

環境法の 進化過程 속에 나타난 公法과 私法간의 葛藤構造

이 유 봉*

차 례

- I. 시작하며
- II. 환경사법과 환경공법의 진화의 역사
- III. 환경사법과 환경공법의 갈등구조
- IV. 커먼로를 기초로 발전된 법체계의 경우
- V. 공·사법의 구별에서 발전된 법체계의 경우
- VI. 우리나라에서의 법현실에 대한 검토
- VII. 맺으며

[국문초록]

이 글은 공법과 사법의 이념적인 바탕의 차이를 중심에 두고 환경법에 있어서의 공법과 사법의 긴장과 갈등구조에 대하여 분석한 글이다. 이 글은, 먼저, 환경법의 진화과정을 역사적 사실의 재료로 삼고, 환경사법과 환경공법의 발전 단계와, 그 속에서의 환경사법과 환경공법관계가 어떻게 변화하여 왔는가를 그 변화의 추이를 살펴보았다. 그 다음은, 시대 맥락의 변화 속에서 환경사법과 환경공법간의 관계가 갈등을 빚게 되는 현상에 주의하면서 그러한 갈등적 요소가 무엇에서 비롯되는지 배경적·구조적 원인을 살펴보았다. 그리고, 특히 그러한 갈등이 환경사법시대를 지나서 환경공법시대에 어떠한 양상으로 나타나는지에 주목하였다. 마지막으로, 그러한 환경사법과 환경공법간의 관계변화와 갈등의 양상이 각국이 채택한 법체계에 따라서 어떠한 특수성을 가지고 전개되어 왔는지를 살펴보았다. 이

* 연세대학교 법학연구원 연구교수

의 구체적 분석을 위하여 두 가지의 다른 법체계, 즉 커먼로를 중심으로 발전되어 온 법체계와 공·사법의 이분론에 기초하여 발전되어 온 각각의 법체계에서의 법발전단계에 따른 환경법의 변화와 발전과정을 구체적으로 살펴보았다. 마지막으로, 최근에 문제가 되고 있는 사례들을 중심으로 이러한 문제들이 우리나라에서는 구체적으로 어떻게 나타나고 있는지를 살펴보았다.

I. 시작하며

“*Aqua currit, et debet curerer, ut solebat es juie naturae* (물은 흐른다. 그리고 자연적으로 흘러왔던 것처럼 그렇게 흘러야 한다.)” 물법에 있어서의 이 오래된 법언명은 자연적 존재질서로부터 인간생활에 어떠한 당위가 도출되어질 수 있는지를 말해 주고 있다. 그러나 근대 산업혁명이후 인류의 산업사회가 걸어온 길은 그로부터 점점 멀어져 온 길이었다. 한 때, 높이 솟아오른 공장의 굴뚝이 자랑스런 경제발전의 상징으로 칭송되어지던 시대가 있었지만, 현대사회는 점점 산업사회의 그림자를 경험함으로써 동일한 현상을 두고 이제는 대기오염으로 규정하게 된 상황에 이르게 되었다.

이러한 사회상의 변화에 따라 이에 대한 반응체이자 형성체인 법 또한 변화하여 왔다. 법은 사회현상을 법적 시각에서 바라보는 하나의 ‘창(窓)’을 제시하는데, 이러한 창(窓)의 속성에 따라 그를 통해 바라보는 대상도 다르게 그려졌다. 환경문제를 바라보는 법적 시각도 변화를 겪어 왔고, 그것은 당대에 어떠한 창틀이 주어져 있는가와도 깊은 관계에 놓여 있었다. 또한 변화하는 대상에 맞추어 새로운 창이 필요하기도 하였다.

이 글은 환경문제를 대상으로 바라보는 그러한 창(窓)의 변화에 관하여 탐구한 글이다. 따라서 이 논문에서는 먼저, 환경법의 진화과정에 대하여 관찰한 후, 그러한 변화과정에서 발생하는 환경사법과 환경공법의 갈등상황에 대하여 고찰할 것이다. 그리고 그러한 갈등을 발생케 하는 갈등원리에 대하여 알아본 후, 그러한 갈등을 극복하기 위하여 각국에서 나타났던 법원리에 대한 해석상의 변화와 입법적 노력들에 관하여 비교법적 관점에서 살펴볼 것이다. 이러한 비교를 위하여는, 크게는 커먼로를

기초로 발전된 법체계와 공·사법의 구별에 기초하여 발전된 법체계로 나누어 각각에 해당되는 국가의 경우를 살펴보고, 마지막으로 현재 우리나라에서 진행되고 있는 문제상황에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 환경사법과 환경공법의 진화의 역사

환경법은 다른 법영역들에 비하여 비교적 근자에 대두된 법영역이라고 할 수 있다. 따라서 이는 기존에 확립된 사법과 공법의 법체계를 바탕으로 짚을 틈을 틈은 것이었지만, 새로운 사회적 문제의 대응이라는 사회적 필요에 맞추어 기존의 법체계를 변화시키고 새로운 법체계로서 형성되어 왔다. 따라서 여기서는 이러한 법변천의 과정을 ‘진화’라고 부르기로 한다.¹⁾

주요 선진국들에 있어 환경공법이 체계화를 갖추기 시작한 시기는 1970년대에 들어서이지만, 이들 나라에서는 그 이전에 이미 환경문제를 기존의 사법체계의 틀 내에서 해결하고자 하였던 노력이 상당기간동안 지속되어 왔다. 이 글에서는 이러한 기간을 ‘환경사법시대’라고 규정하였다.

이 기간 동안에는 세계의 주요 산업지역에서 각종 대형환경사건이 터졌으며,²⁾ 이로 인한 시민들의 의식고양과 정치적 이슈화가 진행되었던 점을 특징으로 들 수 있다. 그리고 이러한 사회적 움직임이 법원에까지 이르면서 환경사안에 대한 기존 사법이론의 적용에 있어 새로운 접근이 이루어졌다. 그러나 개별사건중심의 사법적 해결로는 한계점이 인식되었고, 보다 폭넓고 적극적인 대응방식이 모색되었다.

1) 일반적으로 법진화론자들이 의도하는 개념과는 달리, 본 논문에서 사용하고자 하는 ‘進化’의 의미는 어느 특정한 우수모델을 전제로 하는 개념은 아니다. 이 세상의 어떠한 법체계도 완전하지 않으며, 하나의 국가체제 안에서 훌륭하게 기능하는 법체계도 다른 나라에 적용되어질 경우, 정 반대의 결과가 나타날 수 있다. 그렇다면, 방향점이 없는 단순한 변화에 대한 사실의 관찰만이 존재하는가? 그렇다면고는 볼 수 없을 것이다. 이 글에서 뜻하고 있는 진화의 진정한 의미는 각자의 국가와 사회가 스스로에게 가장 적절한 법체계를 향해 찾아 나아간다는 의미로 해석되어질 수 있다.

2) 1940-1952년에 걸쳐 일어난 미국의 러브캐널사건, 1950년대의 영국 런던의 스모그, 1960년 미국 LA의 스모그, 1967년 영국 근해에서의 유조선 토리 캐년호의 유류오염사고, 1970년의 미국 커야호야강에서의 화재, 1950년대와 60년대에 걸쳐 일본에서 발생한 미나마타병사건 등 각종 공해사건들은 그 대표적인 예들이라고 할 수 있다.

이러한 움직임은 대통령의 정치적 선도에 의하여 이루어지기도 하였고, 국회에서의 적극적인 입법의 발의에 의해 이루어지기도 하였다. 또한 시민사회로부터의 압력이 이러한 움직임에 대한 상당한 영향력으로 작용하기도 하였다. 이렇게 정부차원의 적극적 대응을 법제도화하기 시작한 시기를 이 논문에서는 '환경공법시대'로 규정하였다. 이 기간 동안에도 정부규제의 강화와 완화의 주장에 대한 반목과 그 실행에 있어서의 부침이 존재하였고, 그러한 가운데 환경법제는 규제대상에 있어서도 점점 세분화되고 규제방식에 있어서도 점점 정교화 되어갔다.

이러한 환경법의 발전과정은 선진 각국에 있어 공통적으로 경험된 과정들이었다. 그러나 환경법의 체계화에서 나타나는 이러한 공통적 과정에도 불구하고, 구체적으로 살펴보면, 각국은, 각국의 사정, 즉 법적 전통과 정치·경제적 배경에 따라 각 사회에 적합한 발전방식을 택하여 왔다고 볼 수 있다.³⁾

(표1) 논문의 분석틀

	커먼로를 기초로 발전된 법체계	공·사법 이원론을 기초로 발전된 법체계
환경사법/커먼로 시대	환경커먼로 - 기타 제정법 환경커먼로의 범리변화	환경사법 - 기타 공법 환경사법의 범리변화
환경공법/제정법 시대	환경커먼로의 재구조화 환경커먼로 - 환경제정법	환경사법의 재구조화 환경사법 - 환경공법

III. 환경사법과 환경공법의 갈등구조

한편, 이러한 공법과 사법관계에서의 부침의 반복과 상호영향은 공법과 사법이 추구하는 각각의 행동합리성에서 내재적인 힘을 얻으며 그 합리성의 차이로부터 갈등이 발생되기도 한다.⁴⁾ 사법은 사적자치를 실현하기 위한 법적 기반을 마련하며, 공

3) 각국에 있어서의 환경법의 구체적인 진화과정에 대하여는, 李侁峰, 「公法과 私法간의 葛藤에 대한 分析研究: 環境事例를 中心으로」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2008, 18-54면 참조.

4) Wolfgang Hoffmann-Reim/Eberhard Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als*

법은 '공익'으로 대변되는 공동체전체의 이익을 도모하기 위한 법과 제도를 세운다. 이는 구체적 사회문제해결에 있어서는, 일단 개인에게 행위의 자유를 부여하고 타인의 권리침해시 이를 회복하기 위한 법적 수단을 제공하는 방식과, 개인의 가능한 행위의 범위를 국가가 체계적으로 제한하는 방식으로 나타난다.

그런데, 사회적 변화에 직면하여 이러한 각각의 행동합리성은 그에 따른 특유한 조절방식을 통해서 각 법영역을 재구성하거나 다른 법영역에 영향을 미친다.⁵⁾ 이는 서로 다른 행동합리성이 자신의 관점에 맞추어 모든 대상을 재해석하는 것을 전제로 하는데, 공법이 기반하는 행동합리성은 공익이나 공공복리의 개념을 매개로 하여 이를 실현하는 작용을 체계적으로 정당화시키고 적극적으로 뒷받침한다. 반면, 사법이 기반하는 행동합리성은 자유로운 개인행위의 보장이 궁극적으로 사회전체의 이익을 도모한다는 전제하에 사적 자치의 이념으로부터 법작용의 내재적 동인을 얻는다.⁶⁾ 이러한 합리성의 차이는 사익과의 대비를 축으로 다양한 개인과 공동체와의 관계를 설명함으로써 행위에 대한 기준을 도출하고자 하는 **공익적 관점**이나,⁷⁾ 경제적 합리성을 추구하는 일반적인 인간행위의 동기에 근거하여 행위의 판단기준을 제시하는 **효율성의 관점**에 있어서도,⁸⁾ 서로 다른 시각을 강조함으로써 그 차이를 드러내고 있

wechselseitige Auffangordnungen- Systematisierung und Entwicklungsperspeckiven, 1997, S. 264-267.

5) Wolfgang Hoffmann-Reim, supra note 5, at 270.

6) Adam Smith, *The Wealth of Nations*, vol. 4, ch. 2, Chicago edition, 1776, at 477.

7) 가치다원적인 현대사회에서는 공익개념을 절대화하는 것이 점점 어려워지고 있으며, 공익개념은 점점 가변적이고 맥락적 개념으로 변하고 있다. 따라서 규범판단에 앞서 구체적 사실과 그 맥락에 대한 고찰이 점점 중요시되고 있으며, 이러한 고찰을 통해 드러난 '事實的 所與'로도 판단이 어려운 경우, 이러한 가치들 사이에 '選擇의 狀況'이 주어지는 경우도 있을 수 있을 것이다. 이렇게 공동체적 가치로 추구되어야 할 공익개념의 다층성은 헬드(Virginia Held)의 공익에 관한 설명으로부터 뒷받침을 얻을 수 있다. 헬드는 공익개념을 우세이론(preponderance theories), 공동이익으로서의 공익(public interest as common interest), 일원론적 개념으로서의 공익(unitary conception)으로 나누어, 다양한 공-사익의 충돌상황을 설명하고 있다. Virginia Held, *The Public Interest and Individual Interests*, Basic Book, Inc., 1970; 김유환, "영미의 공익 개념과 공익의 범문제화," 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법학연구소, 2006, 52-71면 참조. 이에 대한 보다 자세한 설명으로는, 필자의 앞의 논문, 61-71면 참조. 헬드의 설명에 따르면, 공익 개념 효율성의 개념과 완전히 절연되는 것은 아니다. 즉, 그녀는 파레토최적을 공동이익으로서의 공익의 하나로 보았으며, 또한, 존 롤스(John Rawls)는 파레토효율기준이 제한적으로나마 자신의 정의의 제2원칙인 차등원칙에 부합하는 기준이라고 보았다. John Rawls, *Justice as Fairness: a Restatement*, The Belknap Press of Harvard University Press, Erin Kelly ed., 2001, at 3-4.

다. 공법과 사법이 근거하는 정당화논리에 의하여 제시되어지는 행위의 판단기준들이 구체적인 사건에 있어서의 법판단이나 정책판단에 적용되면서 위와 같은 이론의 현실적합성의 가능성을 보여주고 있으나, 이러한 적용 역시 공법과 사법상의 무게중심의 변화에 따라 상황적응적인 도구로서 이용되었던 측면이 있었다.

그러나 한편, 사회적 변화에 직면하여 기존에 중심적 축에서 있던 법영역이 기존의 권력균형지점을 고수하려고 한다거나 역할이 확대되어지는 법영역이 과도하게 자신의 권한과 범위를 확대하는 경우 공법과 사법간의 마찰을 불러일으키면서 앞에서와 같은 각각의 행동합리성은 그 적절한 재구조화에 한계를 드러내게 된다. 이것은 사법부가 사법자체에 내재되어진 이데올로기성을 간과하고 기존의 정형화된 사법이론이나 형식적 권력분립을 고수하려는 수구적인 태도를 나타내거나,⁹⁾ 통상적으로 입법의 정치적 과정에 있어 공법의 이데올로기성을 이용하는 각종 시대추구행위가 개입되어 민의가 왜곡되어지는 과정에서 빚어지게 된다.¹⁰⁾ 그리고, 결국, 이러한 입법

8) 법현상을 '효율성' 개념에 입각하여 설명하는 견해들도 파레토(Pareto) 효율에서부터, 칼도릭스(Kaldor-Hicks) 효율, 피구(Pigou) 효율, 코즈(Coase)에 의하여 설명된 효율 등에 이르기까지 다양한 스펙트럼하에 존재한다. 그러나 경제학자나 법경제학자들에 의하여 효율성이 논하여지는 경우, 그 대부분은 칼도릭스 효율성에 입각하여 논의를 전개한다고 이해되고 있다. See, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., ASPEN, 2003, at 13; Robin Paul Malloy, *Law & Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice*, West Publishing Co, 1990; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 2nd ed., Little, Brown and Company, 1989, 11-14; Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, no. 1, Oct. 1960, 1-44. 각각의 개념에 대한 보다 자세한 설명은 필자의 앞의 논문, 2-78면 참조. 그밖에 시장효율성(Mefficiency, M: market)과 정부효율성(Cefficiency, C: centralized)를 구별하는 플레처(George P. Fletcher)의 설명에 따르면, 전자는 시장에서의 보이지 않는 손에 의해 결정되는 효율성이나, 후자는 권력을 가진 결정권자(위원회 등)가 비용과 수익을 저울질함으로써 얻어지는 효율성에 대한 판단(소위 비용편익분석, Cost-Benefit Analysis)이다. 전자는 사람들이 원하는 것을 만족시키기 때문에 정당성을 얻고, 후자는 사회전체적 후생을 극대화하려는 것이기 때문에, 타당성이 있다고 평가되어진다. 철학적으로 보았을 때, 전자는 자유주의적 사고의 발로이고, 후자는 공리주의적 사고의 결과이다. See, George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thoughts*, Oxford University Press, 1996, at 168.

9) See, Andrew Jackson Heimert, *Keeping Pigs out of Parlors: Using Nuisance Law to Affect the Location of Pollution*, 27 *Envtl. L.* 403, Northwestern School of Law of Lewis & Clark College, Summer, 1997, at 414-415.

10) See, D. Farber/P. Frickey, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, University of Chicago Press, 1991, at 16, 36; Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 *Stan. L. Rev.* 29, 1985, at 25-35.

과 사법과정의 불완전함은 그 결과인 입법과 사법판단의 부적절함을 드러내게 되어, 과연 민주과정을 거쳐 시행되어지는 법률에 대하여 어느 정도의 존중을 보여야 하는지의 문제가 제시되어지게 된다.

따라서 법과정에서 보여지는 이와 같은 문제점에 대한 방지책이나 해결책으로서 제시되어졌던 것은 권력의 분배와 운용방식에 대한 원칙을 세우거나 이를 재구성하는 것이었다. 때로는 권력의 분립을 또는 권력의 견제와 균형을 강조하는 방식에 의해 이를 실현하고자 하였으나,¹¹⁾ 이는 공법과 사법의 갈등의 해결방식이었음과 동시에 그 자체가 또 하나의 갈등을 빚는 요소가 되기도 하였다.

따라서 환경법이 사법시대를 거쳐 공법이 광범위하게 체계화된 시점에 있어 환경공법의 환경사법과의 갈등의 해소에 있어서도 이를 입법으로 해결하거나 아니면 사법부의 판단에 맡기는 방식을 택하였는데, 입법으로 경우에 있어서도 사법과 입법 흑법으로 과 행정간의 이러한 권력관계의 갈등은 또다시 재현되었다. 이 점에 관한 구체적인 분과 인하여, 입다갓 장에서는, 입면저, 입커먼로를 기초로 한 법체계와 갈등은과 발전시킴으로써 주로 법원이 갈등해결에 판단권과 쫘겼게 된 미국로 경우를 살펴보았다. 그다갓 공쟁로 적 개념구별에 기초한 법체계를 전제로 그와 같은 갈등상황을 주로 로 로 그와을 통하여 해결하고자 했던 독일로 경우와, 입유사한 법 판를 기초로 발전겼게 왔으나 주로 법원으로 법리와 학설을 통하여 또 다른 방식으로 발전하여 온 일본로 경우를 아직 그와이나 학설에 의한 논 미국별로 없으나 판례를 통해서 문제점을 드러내고 있는 우리나라의 경우에 견주어서 살펴보았다.

IV. 커먼로를 기초로 발전된 법체계의 경우

영국에서 발전되기 시작한 커먼로는 법전에 기초하지 않고, 법원이 입법권에 준하는 법판단권을 행사함으로써 형성된 법체계였다. 따라서 개별 당사자를 전제로 사건별로 이루어지는 법형성은 대륙법체계하에서는 입법부가 행하였을 형평적 판단에 뒷

11) See, Roscoe Pound, *Spurious Interpretation*, 7 Colum. L. Rev 379, 1907, 384; John Henry Merryman, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 J. Pub. L., 1968, 10-11.

받침되어 매우 경험적이고 탄력적인 법구조가 되었다. 이에 반하여 제정법은 커먼로를 보완하는 부차적인 위치에 있었다.¹²⁾

이러한 법전통은 혁명을 통해 건국된 미국에까지 영향을 미치게 되었는데, 이는 로크(Locke)와 같은 사상가들의 자유주의사상에 뒷받침을 얻고 강력한 왕권을 대체할 권력의 중심축을 헌법과 연방적 공화주의에 둬으로써 국민의 자유를 보장하고자 하는 독특한 헌법구조로 발전되었다. 이런 가운데 영국적 제도와 몽테스키외(Montesquieu)의 권력분립론에 영향을 받은 미국의 창시자들은 유럽대륙과 같은 엄격한 권력분립보다는 견제와 균형원리에 입각한 국가권력구조를 설계하였고,¹³⁾ 그러한 권력의 견제구도 속에서 사법부는 전통적 커먼로 제정권을 뒷받침으로 강력한 견제세력으로 위치하면서도 상황에 따라 다른 권력기관과의 관계를 조율해 나가는 유연한 권력구조를 가지게 되었다.

환경법의 성장도 이러한 법체계와 전통의 바탕 위에서만 비로소 이해되어질 수 있다. 1970년대 연방환경제정법이 체계적으로 입법되기까지는 환경피해에 대한 주요 법적 수단은 불법침해(trespass), 뉴선스(nuisance)와 같은 커먼로에 기한 것이었다.¹⁴⁾ 그러나 법원에 의해 적용되어졌던 커먼로상의 불법행위책임원리도 항상적인 것이 아니라, 사회경제적 여건에 따라 변화되어왔던 것이며, 초기의 엄격책임 또는 무과실책임의 원칙은¹⁵⁾ 남북전쟁 이후 산업혁명기에 이르러 ‘입법적 허가원칙’¹⁶⁾, ‘적절한 주의의무’¹⁷⁾, ‘행위의 사회적 가치’¹⁸⁾ 또는 ‘공익’¹⁹⁾, ‘합리성심사’²⁰⁾와 같은 개발

12) John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd. ed., Stanford University Press, 1985; 존 헨리 메리만. 윤대규 역, 「시민법전통: 대륙법과 영미법의 비교」, 경남대학교출판부, 2001, 63면 참조.

13) 제임스 매디슨, 김동영 역, “페더럴리스트 47”, 「페더럴리스트페이퍼」, 한울아카데미, 1995, 294-301면 참조.

14) See, *The Restatement (Second) of Torts* §821, §822, 1978.

15) 이는 커먼로상의 “Sic Utere Tuo ut alienum non laedas(타인의 재산권에 손해를 가하는 방식으로 재산권을 이용하여서는 안된다)”원칙이나, “aqua currit, et debet currer, ut solebat es juie naturae(물은 흐른다. 그리고 자연적으로 흘러왔던 것처럼 흘러야 한다)”원칙으로 나타났다.

16) *Radcliff's Executors v. Mayor of Brooklyn*, 4 N. Y. 195, 1850.

17) *Losee v. Buchanan*, 51 N. Y. 476, 1873.

18) *Id.*

19) *Sanderson v. Pennsylvania Coal Co.*, 86 Pa. 401(Sanderson I), 1878; *Pennsylvania Coal Co. v. Sanderson*, 113 Pa. 126(Sanderson IV), 1886.

을 합리화하는 법리들이 도입되기 시작하면서 과실책임이나 형량심사원칙이 법원의 심사원칙으로 자리잡게 되었다.²¹⁾

그러다가 1970년대에 이르러 오염원에 대한 체계적 관리와 그 배출에 대한 엄격한 허가를 제도화한 청정수질법(1972)²²⁾, 청정대기법(1970)²³⁾과 같은 연방환경규제법이 제정되었는데, 이들 연방법들은 미국의 법전통에서 볼 때 이념적으로 공화주의적 배경을 담고 있는 것이었으며, 동시에 자치적 성격보다는 규제적 성격을 지니고 있었다. 이들 법들이 제시하는 배출기준과 허가제도들은 이런 점에서 커먼로에 기한 전통적 사법판단을 대체할 것인가 혹은 기속할 것인가 여부의 논란을 불러일으켰다. ('우선효(preemption)'의 문제) 특히 환경오염행위와 같은 과실여부가 문제되는 사안들에서 이들 환경규제기준들은 법원의 판단에 강항 영향력을 발휘하게 되었는데, 마침내는 허용되는 오염행위에 대한 입법적 판단이 전통적인 사법판단에 우선하는 것인가를 법원 스스로 결정해야 하는 입장에 처하게 되었다.²⁴⁾

20) Booth v. Rome, *Watertown & Ogdensburg Terminal R. R.*, 40 N. Y. 267, 1893.

21) 뉴선스문제를 해결함에 있어 소송당사자들간의 이익에 대한 형량뿐 아니라 사회전체적인 이익에 대하여 형량할 것이 요구되어진다는 것이 마침내 제1차 불법행위에 관한 리스테이트먼트(The 1st Restatement of Torts)에 분명하게 표명되기 이르렀다. 제1차 리스테이트먼트에서 뉴선스는 "토지의 사적 이용이나 향유에 있어서의 타인의 이익에 대한 불법침해에 해당하지 않는 침입"으로 정의되었다. 또한 그 침입은 ① 의도적이면서 비합리적인 경우이거나, 또는 ② 비의도적이면서 과실이나, 부주의한 그리고 현저하게 위험한 행위에 대한 책임원칙 하에 책임이 성립될 수 있는 경우일 것이라고 하였다. 그리고 제1차 리스테이트먼트는 침해의 합리성을 판단함에 있어 행위의 효용성에 대한 형량 기준을 명시적으로 포함시켰다. 이 원칙 하에서는 행위자의 **행위의 효용이 피해의 중대함보다 크지 않아야** 토지이용과 향유에 있어 타인의 이익에 대한 의도적인 침입이 비합리적인 것이 된다. 그리고 이 때 피해의 중대함을 산정하는데 고려되어지는 요소는 **피해의 '정도'와 피해의 '성질', '법이 침해되어진 이용과 향유방식에 부여하는 사회적 가치', '지역적 고려', '피해를 피함으로써 손해를 입게 되는 자에 대한 부담'**이었다. 그리고 행위의 효용을 산정함에 있어 고려되어지는 요소들이 마찬가지로 동일하게 피해의 중대함을 산정함에 있어서도 고려되어야 했다. The Restatement (First) of Torts § 822, 826, 827, 828, 1934-1939.

22) Clean Water Act 1972.

23) Clean Air Act 1970.

24) 이러한 점을 잘 보여주고 있는 대표적 사례로는, 1970년대와 1980년대에 걸쳐 수차례 소송상 논란이 되었던 밀워키(Milwaukee)사건이 있다. See, *Illinois v. City of Milwaukee*, 406 U. S. 91, 1972; *Illinois v. City of Milwaukee*, 599 F. 2d 151, 161-162, 7th Cir. 1979; *City of Milwaukee v. Illinois & Michigan*, 451 U. S. 304, 1981.

V. 공·사법의 구별에서 발전된 법체계의 경우

한편, 근대 유럽대륙에서 발전되어 온 대륙법체계는 고대 로마시대의 법률을 각국의 사정에 맞는 법전화를 통해 체계적으로 계수함으로써 이루어진 것이었다. 로마법적 전통은 공·사법에 대한 엄격한 구별의 개념을 이어가게 했고,²⁵⁾ 라드브루흐(Radbruch)와 같은 학자는 이러한 개념구별을 선형적인 것이라고도 하면서 이러한 사고의 틀을 이어 나갔다.²⁶⁾ 그러나 이러한 이분화된 개념적 구별의 사고는 때로는 자유주의와 결합되어 개인주의적 사법을 옹호하면서 사적 자유를 주장하기 위한 법이념적 도구가 되는가 하면, 때로는 공법의 우위를 강조함으로써 강력한 공권력에 기반한 국가목표실현을 위한 법이념적 도구가 되었으므로, 켈젠(Kelsen)과 같은 이는 그 구별은 이데올로기적인 것이라고 비판하였고,²⁷⁾ 하버마스(Habermas)는 그러한 사회맥락의 변화 속에서 공법과 사법의 패러다임이 어떻게 변화되어왔는가를 설명하였다.²⁸⁾

한편, 근대 계몽합리주의의 영향은 유럽대륙에서도 시민의식을 고취하고 혁명과 민족국가의 건설을 불러일으켰는데, 각국에서 이루어진 법전편찬은 이러한 혁명적 기운을 반영하는 것이었고, 기존의 절대왕권을 대체하여 입법부의 지위가 새로운 권력의 중심을 형성하면서, 입법과 사법과 행정의 엄격하게 분리된 권력구조를 형성하게 되었다.²⁹⁾ 그리고 법원의 관사는 반드시 법전의 명문을 근거하여 구체적 사건을 해결해야만 했으며, 커먼로판사와 같은 '형평성'에 대한 판단을 하는 것이 자체되었고

25) See, Inst. 1, 1, 4 (Moyle); Dig 1, 1, 1, 2 (Monro) Sherman in Charles Phineas, *Roman Law in the Modern World*, vol. II: Manual of Roman Law Illustrated by Anglo-American Law and the Modern Code, The Boston Book Company, 1993, at 15.

26) See, Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Koehler, Erik Wolf und Hans-Peter Schneider ed., 1973, at 220; 구스타브 라드브루흐(최종고 역), 「법철학」, 2001, 174-175면 참조.

27) See, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Deuticke, 1960, at 285; 한스 켈젠, 변종필, 최희수 역, 「순수법학」, 길안사, 1999, 424면 참조.

28) See, Jürgen Habermas, *Paradigms of Law; Habermas on Law and Democracy*, Michel Rosensfeld & Andrew Arato ed.: Critical Exchanges, University of California Press, 1998, 13-25; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, The MIT Press, 1996; 위르겐 하버마스, 박영도 역, 「사실성과 타당성: 담론적 법이론과 민주주의적 법치국가 이론」, 나남출판, 2000, 465-532면 참조.

29) John Henry Merryman, *supra* note 13, at 10; 존 헨리 메리만, 윤대규 역, 앞의 책, 2001, 65-66면.

이는 의회의 몫으로 간주되어졌다.³⁰⁾ 그리고 경우에 따라서는, 의회가 부여한 권한에 입각한 행정행위들에 대하여 기존 사법부의 판단에 맡기는 대신 별도의 판단기관을 설치함으로써 양원적 사법구조가 형성되어진 경우도 있었다.³¹⁾

그러나 이러한 도그마화된 경직된 법체계와 권력구조는 사회의 진화에 따라 필연적으로 곤란을 겪게 되어, 법도 사회의 변화에 따라 진화될 수 있는 통로를 놓아두지 않으면 안 되었다. 그러한 환기구의 구실을 하는 것이 사법상의 일반원칙들이었는데, ‘신의성실원칙’, ‘권리남용원칙’과 같은 일반원칙들을 통하여 법원의 판사는 상당정도의 재량적 판단을 행할 수 있었다. 그러나 사회적 필요는 국가가 사회의 변화에 적극적으로 대응할 것을 요구하게 되고, 마침내는 의회의 논의를 거쳐 각종 입법들로 나타나게 되거나, 헌법개정이라는 강력한 법적 수단을 통하여 국가체계전반의 변화로도모하는 것으로 나타나기도 하였다.³²⁾

환경법의 사회적응과정도 이와 다르지 않았다. 일본은 전후 산업발전기에 산업공해가 전세계에서 가장 우려되는 수준에 있었던 만큼, 1950-70년대 각종 공해사건들에 직면하면서 민사상의 법이론의 발전이 법원을 통해 급속하게 이루어졌다.³³⁾ ‘권리남용이론’이나 ‘개연성이론’, ‘수인한도의 법리’³⁴⁾ 등은 이러한 과정을 통하여 민법전의

30) Id.

31) John Henry Merryman, *supra* note 13, at 11; 천병태, 『행정법: 행정법총론』, 제2판, 삼영사, 1998, 61면. 예를 들면, 프랑스는, 사법불신에서 비롯한 엄격한 권립분립적 태도에 입각하여 사법부와는 별도의 조직인 콩세이데타(Conseil d'état)를 두었다. See, Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, 153-154.

32) 대한민국 제8차 개정헌법(1980. 10. 27 개정헌법 제9호) 제33조; 대한민국 현행헌법(1987. 10. 29 개정 헌법 제10호) 제35조; 독일기본법(1994. 11. 15 발효) 제20조(a).

33) 원래 일본민법(明治29. 4. 27, 法律 第89)은 상관관계상의 생활방해금지에 관한 규정이 없이, 불법행위에 관한 제709조에서, “고의 또는 과실에 의해서 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 발생하는 손해를 배상할 책임”을 진다고 규정하고 있었다. 이 조항에 따라, 불법행위가 성립하기 위하여 반드시 ‘권리침해’가 필요한 것인가가 문제되었고, 이를 긍정하였던 초기의 관례가 있었지만(雲右衛門事件: 大判 大正3. 7. 4), 이는 이후, “법적인 보호를 받을 가치가 있는 이익”에 대한 침해에도 불법행위 성립을 긍정하게 되었다(大學湯事件: 大判 大正14. 11. 28). 이후, 권리침해는 위법성을 강하게 징표하는 불법행위의 하나로 파악하고, 가해행위의 태양과 피침해이익의 종류·성질사이의 상관관계를 고려하여 행위가 위법한가라는 위법성판단이 불법행위요건판단의 중심이 되어야 한다는 ‘상관관계론’이 보다 설득력을 얻게 되었다. 我妻 榮, 『事務管理·不当利得·不法行為』, 日本評論社, 1940, 125면 이하, 井上繁規, 『受忍限度の理論と實務』, 新日本法規, 平成17年, 4면에서 인용참조.

34) 앞의 ‘상관관계론’은 나아가, 한편으로는, 적법한 권리행위라 할지라도 타인에게 수인할 수 없는 피해

법조문상의 한계를 극복하기 위한 시도에서 나온 법리들이었다. 쓰라린 경험의 소산이었던 일본에서의 이러한 법리의 발전은 우리나라 판례에 많은 영향을 끼치게 되었고,³⁵⁾ 특히 ‘수인한도론’의 법리는 생활방해(민법 제217조)³⁶⁾나 불법행위(민법 제750조)³⁷⁾사건을 망론하고 우리나라 환경사례에서도 권리침해여부와 당사자들 간의 이익 조정을 위한 판단기준으로서의 일반원칙으로 자리잡아 왔다.³⁸⁾

한편, 독일의 경우는 법원에서 제기된 문제들을 체계적인 입법화를 통해서 해결하

를 미치는 경우에는 불법행위를 인정하는 ‘권리남용론’으로(日本 大判 大正8. 3. 3. 民錄25集356頁, 野村好弘, 「公害の判例」, 有斐閣, 1971, 117면 이하; 日本最判 昭47. 6. 27. 民集26卷5号1067頁; 대법원 2001. 6. 26선고 2000다44928, 44935판결 참조), 다른 한편으로는, 적법한 권리행사여도, 공익성, 지역성, 선주관계, 피해자의 특수사정, 계속성, 공법적인 기준과의 관계, 당시의 기술상 최선의 방법을 다했는가 등에 기하여 피침해이익의 종류·성질, 침해행위의 태양과의 상관관계를 판단하여 침해행위의 영향이 피해자에게 있어서 사회관념상의 수인한도를 넘는 경우에는 불법행위가 된다고 하는 **수인한도론**으로 발전되어 공해사건을 통해서 판례상의 법리로서 정착되어 왔다(大阪高判 昭和環判第1. 2. 7 判時797号36頁; 名古屋地判 昭和環判5. 5수인한도를判々251号206頁; 東京地八王子支判 昭和環判6. 7. 13 判時1008号19頁; 東京地判 昭和環判5. 5수인한도를判々251号206頁; 東京高裁 昭和環判8. 7. 19 判時853号46頁 등 참조). 앞서와 같은 해석상의 논란을 일으키던 일본민법 제709조는 2004년 민법해사에 의하여(平成 16, 法律 第147·全改, 平成17. 4. 1 施行), 불법행위의 성립요건에 “타인의 권리”외에도 “법률상 보호되는 이익”에 대한 침해가 추가되었다. 加藤一郎, 公害法の生成と展開, 岩波書店, 1968, 5면, 井上繁規, 앞의 책, 5-7면에서 인용참조; Westlaw Japan, (<https://go.westlawjapan.com/wljp/app/fulllaw?rs=WLJP.1.0&vr=1.0&src=rl&srqid=ia744c0470000129da6a45b13ca4f473&docguid=If0621330139f11dd91c2010000000000&spos=2&epos=2&page=0&td=5>, 2010. 6. 15 방문).

35) 일조권분쟁에서 권리남용론을 적용한 우리나라 사례로는, 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000다44928, 44935판결 참조.

36) 대한민국 민법(1958. 2. 22제정, 법률 제8720호) 제217조 (매연 등에 의한 인지에 대한 방해금지) ① 토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다. ②이웃거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 **인용할 의무**가 있다.

37) 대한민국 민법 제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. ; 제751조 (재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

38) 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4697판결; 대법원 1991. 7. 23. 선고 89다카1275판결; 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다카26607, 90다카26614판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153판결; 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두5092판결; 대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다63565판결; 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003다2123판결; 대법원 2004. 11. 26. 선고 2004다2366판결.

고자 했던 점이 두드러진다. 우리나라 민법이 독일구민법을 바탕으로 하여 제정된 것인 만큼, 그 구조는 매우 유사한 것이었으나, 독일의 경우 두 차례에 걸쳐 이뤄진 민법개정(1959년, 1994년)과 임미시온방지법의 제정(1974년)으로 환경오염유발행위로 인한 법적 갈등요소를 입법적으로 사전에 조정하려는 경향을 나타냈다.³⁹⁾

그러나 판례상의 사법원리의 발전을 이룬 일본도, 사법상의 임미시온문제에 대한 체계적인 제도화를 이룬 독일도, 1970년대에 이르러서 각종 환경규제입법이 급격하게 증대하게 되는 시대상황에 이른 점에서는 차이가 없었다. 그리고 우리나라의 경우도 마찬가지로 80년에 헌법상 환경권이 도입되고 90년대에 이르러 환경법이 체계적인 모습을 갖추면서 오염발생행위에 대한 규제가 각종 입법을 통해 이루어지고 있는 시점에 와있다. 그렇다면, 환경공법이 체계화되고 공고화된 상황에서 의회의 입법과 그 위임을 통해 이루어진 각종 환경공법기준들이 법원에서의 환경사법상의 권리구제에 어떠한 영향을 줄 수 있는가가 문제로 되지 않을 수 없다. 독일의 경우 환경규제입법과 사법적 판단간의 관계에 관하여서도 입법을 통해 해결하고자 하였으나(독일민법 제906조,⁴⁰⁾ 연방임미시온방지법 제14조⁴¹⁾), 우리의 경우 이러한 입법은

39) 독일에 관한 논의에 대하여는, 특히, 전경운, “환경책임법상 공법 및 환경기준의 법적 의미: 독일에서의 논의의 중심으로,” 『환경법연구』, 제1집, 2008; 안경희, “공법상 배출허용기준의 사법상 의미,” 『비교사법』, 제11권, 4호, 2003, 323-355면; 안경희, “독일법상 임미시온과 인용의무에 관한 공·사법적 고찰,” 『인권과 정의』, 2003, 8, 63-85면; 안경희, “임미시온법의 역사적 발전,” 『현대민사법연구』, 최병욱교수 정년기념논문집, 법문사, 2002, 139-178면 참조.

40) BGB(1896. 8. 18제정, 1959. 12. 22개정) §906(불가량물의 유입) (1) 토지소유자는 이웃 토지의 사용으로 발생하는 가스, 열기, 악취, 매연, 검댕, 열, 진동의 유입 및 유사한 간섭이, 자기의 토지이용을 방해하지 아니하거나 침해의 정도가 중대하지 아니한 경우에는 이를 금지할 수 없다. (2) 또한 이로 인한 토지이용의 침해가 중대할지라도 그 간섭이 이웃 토지의 장소적 관행상의 이용으로 인하여 발생하고, 또한 이러한 종류의 토지이용자가 경제적으로 기대가능한 적당한 조치를 하여도 이를 방지할 수 없는 경우에도 같다. 이와 같이 토지소유자가 간섭을 인용하지 않으면 안되는 경우에, 그 간섭이 자기 토지의 장소적 관행상의 이용 또는 수익을 기대불가능할 정도로 침해하는 때에는 이웃 토지의 이용자에게 **금전으로 적당한 조정적 보상**을 청구할 수 있다. (3) 특별한 유도에 의한 유입은 허용되지 아니한다. ; BGB(1896. 8. 18제정, 1994. 9. 21개정) §906(불가량물의 유입) (1) 토지의 소유자는 가스, 열기, 악취, 연기, 매연, 열, 소음, 진동 및 다른 토지로부터 나오는 이와 유사한 간섭이 토지의 이용을 방해하지 아니하거나 또는 비본질적으로 방해하는 경우에는, 그 유입을 금지할 수 없다. 간섭이 법률 또는 법규 명령에 정하여진 한계치 또는 기준치를 이룰 법령의 규정에 따라 조사하고 평가한 결과 넘지 아니하는 경우에는 원칙적으로 **비본질적인 방해**만이 존재하는 것이다. 연방임미시온보호법 제48조에 기하여 제정되고 또 현재의 기술상태를 반영하는 일반행정규칙에 정하여진 수치에 대하여도 또한 같다.”

아직 찾아볼 수 없고 다만 법원의 판례들은 환경공법이 제시하는 입법적 기준을 당해 법익보호를 위한 '최저기준'으로 보고 이를 수인한도원칙의 판단요소로 간주하는 견해를 나타내고 있다.⁴²⁾

VI. 우리나라에서의 법현실에 대한 검토

우리나라의 경우, 1963년 공해방지법제정을 시작으로 다수의 환경입법이 행해지기 시작하였으나, 사실상 국민들의 성장된 환경의식을 바탕으로 환경법이 체계화되기 시작한 것은 90년대 들어서였다고 할 수 있다.⁴³⁾ 또한 이 즈음을 전후로 하여 환

41) BImSchG(1974. 3. 21. 제정, 1974. 4. 1. 시행) §14 다른 특별한 권원에 의하지 아니하고 사법상의 권원에 기하는 경우에는, 토지로부터 이웃 토지에 미치는 유해한 간섭의 방지를 위하여, 당국의 허가를 받아 설립된 영업설비에 대하여는 **영업정지를 구할 수 없다**. 다만 피해자는 유해한 간섭을 배제하는 설비의 설치만을 요구할 수 있을 뿐이다. 방지설비의 설치가 기술수준에 비추어 불가능하거나 경제적으로 대체불가능한 경우에는 **손해배상만을 청구할 수 있다**.

42) "건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 동 법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보충하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 **최소한도의 기준**으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘는 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다." 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850판결. 그밖에, 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528판결; 서울고등법원 2007. 6. 8. 선고2004나33102; 서울민사지법 1989. 1. 12. 선고 88가합2897판결; 청주지방법원 1998. 2. 26. 선고 97카합613판결 참조.

43) 선진국들에 있어 공통된 환경법의 진화적 과정이 대체적으로 적용될 수 있음에도 불구하고, 우리나라의 환경법의 성장과정을 보면, 몇 가지 특징적인 점이 지적될 수 있다. 그 중 하나는, 개별적인 사법상의 분쟁을 경험하기에 앞서 국가주도의 입법이 행해지는 경우가 많았다는 것인데, 이러한 입법들은 일반인들의 인식의 성장에서 비롯된 것이 아니었으므로 현실에 대한 고민없이 다소 정치적인 목적에 의하여 행하여진 경우가 많았다고 할 수 있다. 金圭夏, "大韓民國における環境法の展開—日本法繼受の一斑として," 大阪大学 127号, 1983. 8, 134-135면 참조. 다시 말하면, "한국의 환경법은 태생부터가 자생적이지 못한 것"이었고 그 발전에 있어서도 대부분이 정부주도의 것이었다고 할 수 있다. 홍준형, 「환경법」, 박영사, 2005, 52면. 때문에 이러한 입법들의 존재는 심각하게 받아들여지지 않았고, 그러한 입법이 행해지기 전후에 있어 법적용에는 별다른 차이가 없는 경우가 많았다. 또 다른 하나는, 사적 분쟁이 법원에 이르게 된 경우, 입법과정에서 볼 수 있는 것과 마찬가지로 우리나라 법체계가 법리에 대한 고민에 앞서 외국사법판단이론의 영향을 많이 받았다는 것이다. 일본법과의 관계에 있어서 이러한 측

경적 법익을 다루는 법원의 판단들도 눈에 띄게 증가하였다. 그 이전에도 70년대 초 이후부터 국지적인 공해사건들이 존재하여 왔음을 확인할 수 있지만, 80년에 헌법적 권리가 된 환경권이 당사자들에 의하여 법원에서 권리로써 주장되어지기 시작한 것도, 일조권과 같은 새로운 형태의 권리가 법원에서 인정되기 시작한 것도 이 즈음이 라고 할 수 있다.

이러한 증가된 사법판단들 가운데, 사법과 공법의 관계를 보여주는 법적 논점으로 는 환경권의 사법상의 효력도 있을 수 있겠으나, 여기서는 특히 환경피해에 대한 사 법규제에 있어서의 일반적인 판단기준으로 정착한 수인한도와 관련하여 논란이 될 만한 최근 사례를 중점적으로 검토해보도록 하겠다.

1. 재건축주상복합 L아파트의 일조권분쟁사건 (건축법상의 허가과 일조권·조망권·주거환경이익침해)

2007년 재개발 L아파트의 일조권분쟁사례에서 이 사례는 재건축주상복합아파트의 건축이 인근 아파트주민들의 일조권의 침해인가가 문제가 된 사건인데, 원심은 건축 법상 적법한 허가과 규정준수를 들어 위법한 건축이 아니라고 본 반면, 고등법원은 기존의 법원의 판례를 그대로 적용하여 공법규제의 준수여부를 수인한도의 판단요소 의 하나로써 고려하고 그 자체를 행위의 위법성을 정하는 결정적 판단요소로 보지는 않았다.⁴⁴⁾ 고등법원과 같은 입장이 우리나라 대법원판례에 나타나는 주류적 입장이라 고 할 수 있는데, 법원에서의 이와 같은 서로 다른 태도를 살펴보면 다음과 같다.

당초 원고들은 “이 사건 건물이 20층 이상으로 건축될 경우 피해 아파트에 거주하

면이 부각된 글로는, 金圭夏, 앞의 글, 1983. 8. 142면 참조. 그러나 환경문제가 새로이 등장하였던 초기의 법원의 판단들에는 이러한 점이 두드러진 것이 사실이라고 할 수 있겠으나, 이 후 시간이 지남에 따라 사법판단들도 우리나라의 법적 지형에 맞추어 나름대로 정착해 나갔다고 할 수 있다.

44) “건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 동 법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 **원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것**으로서 **특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당**하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 **수인한도**를 넘는 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다.” 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850판결; 대법원 2000. 5. 16. 선고 98다56997판결.

는 원고들의 일조권, 조망권, 주거환경의 이익이 사회통념상 수인한도를 넘을 정도로 침해될 것이므로 그 침해를 예방하기 위하여 피고들은 신축예정인 이 사건 건물 중 20층을 초과하는 건축공사를 하여서는 아니된다.”⁴⁵⁾고 주장한 데 대하여, 피고들은 “이 사건 공사는 적법하게 건축허가를 받아 시행한 것으로서 정당한 소유권의 행사이고, 원고들의 생활이익이 침해되지 않을 뿐만 아니라 설령 침해된다 하더라도 사회통념상 수인할 정도에 불과하며, 만약 허가받은 층수보다 낮은 층수로 건축하게 될 경우에는 피고들이 막대한 손실을 입게 될 것이므로 원고들의 주장은 부당하다.”⁴⁶⁾고 주장하였다. 이에 서울지법 남부지원은

“이 사건 건물에 대하여 적법하게 건축허가를 받았을 뿐 아니라, 이 사건 건물의 건축은 용적률, 건폐율 등에 있어 건축법상 위반되는 부분이 없고... 따라서 일조권 침해를 원인으로 한 원고들의 위의 주장은 이유 없다.”

고 결정하였다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾

그러나 항소심에서는 불법행위에 기한 손해배상청구로 청구원인이 변경되었고, 법원은 원심과 달리 원고의 청구를 인용하였다.

“건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 등 법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 **원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한의 기준으로 봄이 상당하고**, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 **형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다.**”⁴⁹⁾

이러한 태도는 대법원의 기존의 태도와 동일한 것으로 서울고등법원은 이러한 논리에 입각하여 건축법상의 규제와는 별도로 경인지역의 일반적인 주거형태를 고려하여,

45) 서울지방법원 남부지원 2004. 4. 2. 선고 2002가합16690판결.

46) 위의 판결.

47) 서울고등법원 2007. 6. 8. 선고 2004나33102판결.

48) 참고로, 일본의 일조권에 대한 관례에서도 법원들 사이에서 이와 같은 입장의 대립을 보인 관례들도 있다. 東京地判 昭和40, 12, 24. 下民集16券12号1814頁과 東京高判昭 42, 10, 26. 高民集20券5号458頁 비교참조.

49) 서울고등법원 2007. 6. 8. 선고 2004나33102판결.

“동짓날을 기준으로 9시부터 15시까지 사이의 6시간 중 일조시간이 연속하여 2시간 이상 확보되거나, 8시부터 16시까지 사이의 8시간 중 일조시간이 통틀어서 최소한 4시간 이상 확보되는 경우의 일조방해는 이를 수인하여야 하고, 위 두 가지 중 어느 것에도 속하지 않는 일조방해 만이 수인한도를 넘는다.”⁵⁰⁾

고 판시하였다.

2. 분양아파트의 일조미달에 기한 하자담보책임청구사건

1997년경 분양아파트의 입주자모집공고에 신청하여 신축된 아파트에 입주하게 된 원고들이, 분양된 아파트에 수인한도를 넘는 일조권, 조망권, 프라이버시권 등의 침해가 있어 일반적인 주거로서 갖추어야 할 상태를 결여한 하자가 있다고 주장하며 아파트를 건설하여 분양한 회사를 상대로 하자담보책임 내지 채무불이행 책임에 기한 손해배상을 청구하였다.

당초 2004년 대전 지방법원은, “일조 등에 관하여 명시적인 약정이 없었다 하더라도 **신의칙상 적어도 사회통념상 용인되는 수인한도 내의 일조량**이 확보되는 아파트에 대한 공급의무가 있다고 한 후, 기존의 일조권침해에 대한 불법행위소송에서와 마찬가지로,

“일조 등의 침해가 **사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부**는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법적 규제 역시 이를 판단함에 있어서 중요한 자료가 될 수 있다(대법원 2002, 12, 10. 선고 2000다72213판결 등 참조)”

고 판단하였다. 또한 이 법원은 피고들이 건축관계 법령을 준수하여 적법하게 건축된 것이므로 손해를 배상할 책임이 없다는 주장에 대하여,

“건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 동 법규에 적합한지 여부가 일조 등의 침해로 인한 건축물의 하자 여부를 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만 이러한 **공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조를 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별**

50) 위의 판결.

한 사정이 없는 한 일조 보호를 위한 일응의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘는 경우에는 주거로서의 하자가 존재하는 것”

이라 하여 피고의 주장을 배척하고 책임을 인정하였다.⁵¹⁾

이에 대전고등법원은 대전지방법원의 판단을 거의 인정하고,

“원고들이 일조량의 미달로 주거환경에서 건강상 위해 뿐만 아니라 난방비, 전기료 등의 지출도 큰 점, 원고들이 분양 받은 이 ○○아파트 각 세대의 분양가격은 그 평수와 사양에 따라 정하여져 있을 뿐 일조 등의 침해를 고려하여 정해지지 않았고, 원고들 중 상당수는 추첨에 의하여 분양 받았고 그렇지 아니한 원고들도 대부분은 분양 받을 당시 이 ○○아파트가 완공되지 아니하는 등의 사정으로 각자 분양 받은 세대에 대하여 위 일조권 침해 등을 고려하여 가격결정권을 행사하지 못한 점, 관련 법규정이 동지를 기준으로 일정한 일조량을 확보하여야 한다고 규정하고 있는 점, 피고들이 이 ○○아파트 한디축하면서 일조방해 한어는 정도 회피할 수 있었다고 보이는 점, 대도시 인구의 과밀화 및 토지의 효율적 이용을 위한 건물의 고층화 경향이 있는 점 등을 종합할 때 이 ○○아파트의 경우 동지일을 기준으로 9시부터 15시까지 사이의 6시간 중 일조시간이 연속하여 2시간 이상 확보되지 아니하는 일조방해의 경우에는 **사회통념상 일반적으로 용인되는 수인한도를 넘는 경우라고 봄이 상당하다**”⁵²⁾

고 판단한 후 원고의 피해를 원심보다도 더 넓게 인정하였다.

그러나 최근에 결정된 대법원판결을 보면, 하급심들과는 다른 결론을 내리고 있다. 즉, 대법원은,

“아파트 분양계약에서의 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임은 분양된 아파트가 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 하거나 주택법상의 **주택건설기준 등 거래상 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 인정된다**”⁵³⁾

고 전제한 후,

“구 건축법 시행령(1999. 4. 30. 대통령령 제16284호로 개정되기 전의 것) 제86조 제2호 (나)목은, 공동주택의 일조 등의 확보를 위한 건축물의 높이 제한에 관하여 ‘동일 대지 안에서 2동 이상의 건축물이 서로 마주보고 있는 경우에는 건축물의 각 부분의 높이는 각각 서로 마주보는 외벽의 각 부분으로부터 다른 쪽의 외벽의 각 부분까

51) 대전지방법원 2004. 8. 25. 선고 2002가합3291.

52) 대전고등법원 2006. 12. 27. 선고 2004나8508판결.

53) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다9139판결.

지의 거리의 1.25배 이하 또는 당해 대지 안의 모든 세대가 동지일을 기준으로 9시에
 서 15시 사이에 건축조례가 정하는 시간 이상을 연속하여 일조를 확보할 수 있는 높
 이 이하로 규정하였는바, 건축물의 높이와 건축물 사이의 거리가 위 조항의 전단에서
 정하는 기준에 부합하는 경우에는 해당 건축물은 동지일의 연속 일조시간에 관계없이
 위 조항에 적합하게 건축된 것이라고 해석하여야 한다.”⁵⁴⁾

“분양된 아파트가 건축관계법령 및 주택법상의 주택건설기준 등에 적합할 뿐만 아
 니라, 분양계약 체결 당시 수분양자에게 알려진 기본적인 건축 계획대로 건축된 경우
 에는 아파트 각 동세대의 방위나 높이, 구조 또는 다른 동과의 인접 거리 등으로 인
 하여 일정 시간 이상의 일조가 확보되지 아니하고 조망이 가려지며 사생활이 노출된
 다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 특별한 사정이 있지 않는 한, 이를 가지고 위 아
 파트가 그 분양계약 당시 수분양자에게 제공된 기본적인 건축 계획에 관한 정보에 의
 하여 예상할 수 있었던 범위를 벗어나 분양계약의 목적물로서 거래상 통상 갖추어야
 하거나 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에
 해당된다고 할 수 없다.”⁵⁵⁾

라고 판시하였는데, 이는 계약상의 하자담보책임에 관한 것이기는 하나, 환경분쟁에
 있어서의 불법행위 등의 판단에서 보여준 기존의 대법원의 태도를 전제할 때는 다소
 의외의 결과라 할 수 있는 것이고, 환경침해소송에서 불법행위법리와 하자담보책임
 의 법리의 차이와 그 양자의 관계를 각각 어떻게 법적으로 파악할 것인지에 대한 논
 의의 필요성을 보여주는 사례라 할 것이다

3. 수도권매립지침출수로 인한 해양오염사건

이 사건에서는 서해안 김포지구의 간척지에 조성된 4개의 매립장으로 구성된 수도
 권매립지에서의 매립과정에서 발생하는 침출수가 강화군 등의 어장에 유입되어 어장
 의 황폐화시키자, 이에 어업행위로 경제활동을 영위하는 어민들이 수도권매립지관리공
 사를 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였다. 피고는 수도권매립지에서 발생
 되는 침출수를 관련 법규에 따라 정화처리하여 배출하였고, 배출된 침출처리수는 폐
 기물관리법상 배출허용기준을 준수하였으므로 피고에게는 과실이 없다고 주장하였으

54) 위의 판결.

55) 위의 판결.

나, 인천지방법원은 환경정책기본법 제31조 제1항에 따른 무과실책임규정을 근거로,

“환경정책기본법의 위 규정은 손해의 발생과 책임에 관한 입증책임을 환경오염을 발생시키는 사업자에게 과하는 규정으로서 민법 제750조에 대한 특별규정이라고 보아야 하므로 환경오염으로 인한 손해배상 사건에 관하여는 민법의 손해배상 규정에 우선하여 환경정책기본법의 손해배상 규정을 적용하여야 한다. 설령 수도권매립지에서 배출하는 침출처리수의 오염물질농도가 폐기물관리법이 정하는 허용기준치 이하라 하더라도 이러한 공법상의 기준을 준수하는 것은 행정적인 제재를 받지 않을 뿐이지 그로 인한 사법상의 책임까지 면제된다는 것은 아니어서 위 허용기준치가 어패류에 전혀 악영향이 없는 정도라거나 그렇지 않더라도 통상의 수인한도 내의 것이라고 볼 수 없는 이상 피고의 위 주장은 이유없다”⁵⁶⁾

고 판단하였다.

그러나 서울고등법원은 원심을 뒤집고 원고들의 주된 조업장소가 인천국제공항 및 공항고속도로 건설이나 영종도 준설토투기장에 의한 어업피해범위에 대부분 포함되어 있으므로, 원고들에게 공공사업에 따른 어업권제한보상이 주어졌거나 피해가 발생하지 않은 것으로 조사되어 손실보상에서 제외된 경우 등이라고 인정한 후,

“설령 원고들에게 보상받지 못한 어떤 피해가 있고 그것이 피고의 침출처리수배출로 인한 것이라 하더라도, 원고들의 이사건 어장에 대한 권리는 면허어업권자의 권리와 달리 이 사건 어장을 배타적으로 지배할 수 있는 권리가 아니고, 피해가 없는 지역으로 회피하여 조업할 수도 있는 점, 피고의 침출처리수가 이 사건 어장에 영향을 미쳤다 하더라도 그 정도는 극히 미미한 점, 육상에서 배출되는 배출되는 모든 오폐수는 정화처리과정을 거쳐 중국적으로 해양으로 방류될 수밖에 없는 점, 현재 피고의 침출수처리장에서 배출되는 침출처리수는 관련법령이 정하는 규제기준보다 훨씬 낮은 수준에서 배출되고 있는 점, 피고가 운영하는 수도권매립장은 원고들을 포함한 수도권 주민들이 생산하는 생활폐기물 등을 처리하는 시설로서 공공적 성격을 가진 시설인 점, 피고도 폐기물매립장으로 인한 인근주민들의 환경조건을 개선하기 위하여 여러 가지 지원사업을 시행하고 있고, 관련 규정에 따라 원고들에게도 그 혜택이 주어질 수 있는 점 등을 종합하면 원고들이 입은 다소의 피해는 수인한도 내에 있는 손해”⁵⁷⁾

라고 판단하고 “그 손해가 수인한도를 넘는 위법한 것이어서 피고에 대하여 불법행위가 성립한다고 볼 수는 없다”고 판단하였다.

56) 인천지방법원 2007. 10. 12. 선고 2003가합1286판결, 2003가합2723(병합)판결, 2003가합6558(병합)판결, 2004가합7077(병합)판결 참조.

57) 서울고등법원 2009. 8. 18. 선고, 2008나40467판결 참조.

법원내부에서도 합의된 태도를 찾기 어려운 이들 사례를 통해 드러난 바와 같이, 생활방해사건에서 시작된 수인한도에 관한 논의는 점점 환경분쟁일반이론으로 그 적용영역을 넓혀가고 있는 양상이며, 구체적 사건에서 권리·의무관계를 결정하는 결정적 기준으로 작용하고 있다. 이의 판단에 있어서는 공법상 규제기준의 준수여부가 사실상 주요한 판단요소로 작용하고 있음을 볼 수 있고, 이에 대한 사법적 의미에 있어서는 법원이 종래에는 이를 최저기준으로 파악하고 수인한도를 넘는가를 판단하는 하나의 판단요소로 보는 태도를 취하여 왔으나, 근자에 이에 대하여 문제를 제기하고 있는 몇몇 판례들이 나타나고 있는 것으로 보인다.

VII. 맺으며

‘커먼로’, ‘공법’ 등과 같은 특정 법의 영역이나 법이론을 합리성 혹은 공익성 등의 이유로 지지하는 사람들은 그것을 ‘자유’나 ‘자연’이라는 것에서부터 정당성을 얻고자 하는 경향이 있다. 그러나 그들의 의도와는 달리 어떠한 법과 법체계든 그것은 상당히 정치적인 출발을 가진 것이었다. 영국의 커먼로의 출발도 실은 정복을 통한 지배의 정당화를 얻기 위하여 시작된 것이었고⁵⁸⁾ 공사법이론은 근대 자유주의적 바탕위에서 재탄생 된 것이었다.⁵⁹⁾ 또한 근대민법전, 사회주의법, 루스벨트(Roosevelt)시대의 규제법과 같은 성문법들은 일종의 혁명적 사고의 산물이거나 그 영향을 받은 것들이었다. 그리고 비교적 이후에 등장한 근대공법 역시 근대 국가주의와 민족주의의 산물이었다.

따라서 사람들의 의도나 그것을 지지하는 명분의 훌륭함은 그것이 기대고 있는 디딤돌의 무게보다 더 큰 경우들이 많았다고 볼 수 있다. 때문에 우리가 법을 관찰하면서 볼 때, 그에 대한 존중과 믿음에도 불구하고 여러 가지 모순된 현상이 발견되어질 수밖에 없다. 즉, 커먼로나 사법에 내재된 ‘자유’를 왜곡하는 속성은 이를 자유나 자

58) See, Frederick G. Kempin, JR., *Historical Introduction to Anglo-American law*, West Publishing Co., 1990, at 7.

59) See, Heinrich de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht: dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des allgemeinen Schuldrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, 7-10.

연에 빗대어 설명하는 사람을 매우 당혹스럽게 만든다. 그리고 입법에 내재되어 있는 지대추구적 속성은 자신의 삶을 뒤로 하고 공동체적 운명을 고민하여 온 사람들을 매우 난감하게 만든다. 그런데 사실상 이러한 법의 불완전과 모순이 공·사법의 갈등과 반목의 순환구조를 형성해 온 것이라고 볼 수 있다. 이러한 반목과 갈등의 구조는 환경법의 성장과정 속에서 잘 그려진다.

산업혁명 이전에는 환경도 경제도 특별히 우월적 비중을 가지는 것이 아니었지만 산업혁명을 거치면서 그것에 대한 차별적 가치화는 '공익'의 이름으로 나타나기 시작했다. 산업혁명이나 우리나라에서와 같은 고속도의 경제성장기에서는 경제발전이 공익의 지위를 가지고 있었다. 그리고 그것은 국가에 따라 정부자체의 적극적 주도로 이루어 지기도 했고, 그러한 국가의 개입을 전통적으로 달가워하지 않는 미국의 예에서 볼 수 있듯이 법원에 의해 그러한 지위가 확인되어지기도 했다. 사실 이것은 아담 스미스(Adam Smith)의 구상과는 다른 것이었다.⁶⁰⁾ 보이지 않는 손의 인도를 따르는 것이 아니라 보이는 손이 스스로 인도함으로써 법원리는 '자연'적인 것에서 멀어져 갔다. 그러다가 환경사법시대에 있어서 이러한 사법이론이 내재적 변화를 겪게 되었는데, 이는 산업발전이 급격하게 이루어졌 확 정부가 이에 대하여 무감각한 일본에서 특히 그러 하였다. 시민들의 탈출구는 법원으로 가서 스스로 자신들의 권리를 재정의하여 나가는 방안 나가해서 찾아볼수밖에 없었다. 그렸 확동시에 이것은 법원의 존재가치를 확인 시켜주는 일이기도 했다. 만일 법원이 형식적이고 엄격한 권력분립적 사고를 고수하였 더라면 이러한 법리의 변화·발전은 이루어질 수 없었을 것이다. 그렸 확이러한 과정 나가해 형성되어법원인식의 전멘어저의회로 넘어가기 시작했다. 환경공법시대에 이르러서는 입법이 인위적으로 사법이론의 변화를 형성하기도 하고 그에 대한 직·간접적 압력으로 작용했다. 그것은 공법과 사법간의 갈등뿐 아니라 국가기관들 간의 갈등도 초래하게 되었는데, 그에 따라 사법부와 입법부 멀어져행정부 중에서 누가 더 지혜로운 공익의 판단자인가가 문제가 되었다. 그에 따라 자신들왔져행한 권리의 설정이나 행위 기준의 설정이 더 존중받아야 h전멘주장하여법원서로 그러한 어렵고 복엽 이역 전멘타

60) 아담 스미스의 본래의 생각은 "사적 개인은 일반적으로 공익을 추구하지 않으며 자신이 얼마나 공익을 추구하고 있는가를 알지 못한다. 그는 오직 그 자신의 이익을 추구할 뿐이며 그의 의도와는 상관 없는 목적을 추구하는 보이지 않는 손에 의하여 인도되어 진다."는 것이었다. Adam Smith, *supra* note 7, at 477.

기관에 미루 산업발전이 급격히나타났다. 이를 행함에 있어법원의 존재가치를 존일본
에원의 역 전멘강조합으로써 켜주는 일이방식으로 기능하기도 하는 반면, 입법이나 행
정의 역`에 힘을 실음으로써 공법우위의 논리로서 기능할 여지도 가지고 있다. 우리
나라의 경우도 법학일본실정에서 의 발달이 공·사법재가치에 기초하고 있는데 환경
사례에서의 공·사법의 충돌상황에서 에원은 기본적으로 입법이나 행정일이판단기준보
다는 사법일이판단을 우선으로 여김으로써 켜주는 일이태도를 견지하고 있는 것으로 보
인다. 그졌 이판단을 가능케 하는 조건은 개념적인 재가치에 친숙하고, 환경공법서
의 규범으로서의 성숙성이 부족하여, 선진국에 비하여 아직 갈등구조가 첨예화되어지
지 않리하였황에 기액 다고 볼 수 있다. 법원의 이러한 태도는 의회나 정부 나가책 역
하에 따라 환경이익의 수호에 불리하게 작용할 수도 있고, 유리하게 작용할 수도 있다.
다만, 지금변화원리의 옻황으로서는 적절 이판단이라고 평가된다. 그졌 확최근에 나온
판례들을 가해서 알 수 있듯이 장래의 환경공법서 의 발달에 따라 이러한 갈등옻황은
우리나라의 경우에도 예상되어지는 것이라 할 수 있으므로 그 갈등해결방식에 대한 분
석연구가 심층적으로 이루어져야 할 것으로 본다.

“옛 스승은, 아무것도 걸치지 말고
 훨훨 벗어 던져 알몸이 되라고 한다.
 알몸이 되라고 하면 우리들은 또
 ‘알몸’이라는 옷을 걸치려고 한다.
 진정한 알몸은 어떤 옷이든
 마음대로 입었다 벗었다 할 수 있는 사람이다.
 어떤 연장이든 자유자재로 쓸 수 있는 사람이다.
 그 옛 스승은 이것을 ‘경계를 타는 사람’이라고 했다.”

법정스님

참고문헌

- 김유환, “영미의 공익 개념과 공익의 범문제화,” 「서울대학교 법학」, 제47권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2006.
- 구스타브 라트브루흐 저, 에릭 볼프·한스페터 슈나이더 [공]편, 최종고 역, 「법철학」 (제1판), , 삼영사, 1997.
- 안경희, “공법상 배출허용기준의 사법상 의미,” 「비교사법」, 제11권 4호, 한국비교사법학회, 2003.
- _____, “독일법상 임미시온과 인용의무에 관한 공·사법적 고찰,” 「인권과 정의」, 통권324호, 대한변호사협회, 2003.
- _____, “임미시온법의 역사적 발전,” 「현대민사법연구: 최병욱교수 정년기념논문집」, 법문사, 2002.
- 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이, 김동영 역, 「페더럴리스트페이퍼」, , 한울 아카데미, 1995.
- 위르겐 하버마스, 박영도 역, 「사실성과 타당성: 담론적 법이론과 민주주의적 법치국가 이론」, 나남출판, 2000.
- 李侑峰, “公法과 私法간의 葛藤에 대한 分析研究: 環境事例를 中心으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2008.
- 전경운, “환경책임법상 공법 및 환경기준의 법적 의미: 독일에서의 논의를 중심으로,” 「환경법연구」, 제29권 제3호, 한국환경법학회, 2007.
- 존 헨리 메리만, 윤대규 역, 「시민법전통: 대륙법과 영미법의 비교」, 경남대학교출판부, 2001.
- 천병태, 「행정법I, 행정법총론」, 삼영사, 1998.
- 한스 켈젠, 변종필·최희수 역, 「순수법학」, 길안사, 1999.
- 我妻 榮, 事務管理·不当利得·不法行為, 日本評論社, 1940.
- 野村好弘, 公害の判例, 有斐閣, 1971.
- 加藤一郎, 公害法の生成と展開, 岩波書店, 1968.

- 金圭夏, 大韓民国における環境法の展開—日本法繼受の一環として, 大阪大学127号, 1983.
- 井上繁規, 受忍限度の理論と実務, 新日本法規, 2005.
- Cane, Peter, Rethinking the Relationship Between Tort Law and Environmental Regulation, 41 Washburn L. J. 427, 2002.
- Coase, Ronald H., The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol. 3, no. 1, Oct. 1960.
- de Wall, Heinrich, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrech: dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des allgemeinen Schuldrechts, Mohr Siebeck, 1999.
- Farber, Daniel A., The Story of Boomer: Pollution and the Common Law, Environmental Law Stories, Lazarus, Richard J., Oliver A. Houck Editors, Foundation Press, 2005.
- _____, Eco-Pragmatism: Making Sensible Environmental Decision in an Uncertain World, University of Chicago Press, 1999.
- _____, Taking Slippages Seriously: Non-compliance and Creative Compliance in Environmental Law, 23 Harv. Env'tl. L. Rev., 1999.
- Farber, Daniel A. & Philip P. Frickey, Law and Public Choice: A Critical Introduction, University of Chicago Press, 1991.
- Findley, Roger W., Daniel A. Farber, Jody Freeman, Ann E. Carlson, Cases and Materials for Environmental Law, 7th ed., Thomson West, 2006.
- Fletcher, George P., Basic Concepts of Legal Thoughts, Oxford University Press, 1996.
- Habermas, Jürgen, Between Facts and Norms, The MIT Press, 1996.
- Held, Virginia, The Public Interest and Individual Interests, Basic Book, Inc., 1970.

- Hoffmann-Reim, Wolfgang und Eberhard Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige*, Nomos Verlagsges, 1997.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre: mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, 2nd ed. Deuticke, 1960.
- Kempin, JR. Frederick G., *Historical Introduction to Anglo-American law*, West Publishing Co., 1990.
- Malloy, Robin Paul, *Law & Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice*, West Publishing Co, 1990.
- Phineas, Charles, *Roman Law in the Modern World, vol. II: Manual of Roman Law Illustrated by Anglo-American Law and the Modern Code*, The Boston Book Company, 1993.
- Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 2nd ed., Little, Brown and Company, 1989.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 6th ed., ASPEN, 2003.
- Radbruch, Gustav, Erik Wolf und Hans-Peter Schneider ed., *Rechtsphilosophie*. (8. Aufl.), Koehler, 1973.
- Rawls, John, *Justice as Fairness: a Restatement*, Erin Kelly ed., The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.
- Shapiro, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986.
- Rosenfeld, Michel & Andrew Arato ed., *Habermas on Law and Democracy, Critical Exchanges*, University of California Press, 1998.
- _____, *Roman Law in the Modern World, vol. II: Manual of Roman Law Illustrated by Anglo-American Law and the Modern Codes*, Boston : The Boston Book Company, 1993.
- Smith, Adam, *The Wealth of Nations*, vol. 4, ch. 2, Chicago edition, 1776.
- Sunstein, Cass R., *Interest Groups in American Public Law*, 38 *Stan. L. Rev.* 29, 1985, 25-35.

- Heimert, Andrew Jackson Keeping Pigs out of Parlors: Using Nuisance Law to Affect the Location of Pollution, 27 *Envtl. L.* 403, Northwestern School of Law of Lewis & Clark College, Summer 1997.
- Merryman, John Henry, The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law, 17 *J. Pub. L.*, 1968.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 4th ed. / 6 th ed., ASPEN, 1992/2003.
- Pound, Roscoe, Public Law and Private Law, 24 *Cornell Law Quarterly* 469-482, 1938-1939.
- _____, Spurious Interpretation, 7 *Colum. L. Rev* 379, 1907.

[Abstract]

The Systematic Conflicts
between Private Law and Public Law
in the Evolution of Environmental Law

Lee, Eu Bong

A polluter was sued, based on the private law remedies, for the damages in order to recover suffering from contaminated water or air. However, the polluter acted in compliance with the standards of environmental statutes. In this case, is his or her act justifiable? This question can be controversial to simply answer.

Traditionally, particularly in civil law system, private law has been considered as a separate realm from public law, having logical and systematic completeness and independence within itself. However, as administrative agencies and public law have grown noticeably and enlarged progressively, they began to penetrate through the circle of private law and encroach on long-standing such belief on the one hand and holding their own logics and legal system on the other hand. The opening environmental case shows the dilemma that environmental laws coexist, is facing.

The idea that draws distinct lines between private and public law tends to have people lose sight on how to solve the problem and ignore the fact that those two realms are correlated and interacting. However, instead of giving up viewing them discrete, this study rather supposed it, but focused primarily on how their relation has been changed and what makes the initiative within their dynamic relation move. It is because the distinction between the two laws is embedded in the fundamentally different ideas supporting private autonomy and public good, respectively (even though either private law or public law

often failed to achieve its ideological goals). Taking these ideological backgrounds seriously, this research aims to analyze what makes them contrasted and conflicting, and to suggest how to handle with such tension.

To achieve this purpose, first, this thesis examined legal evolution process in the environmental law, while putting emphasis on the initiatives between the private and the public environmental law. Secondly, this study analyzed the reasons for differentiating private law from public law, and what makes the legal initiative between them move. Thirdly, this analysis reviewed whether legal system, according to which the relation between private and public law is understood differently, influences how to deal with such tension between the two laws in the environmental law context. To show such review concretely, this research investigated how the environmental law developed its legal theories and legislatures under two different legal systems that are based on public/ private law dichotomy and common law. For this comparison, this study analyzed relevant legal issues in US law and German, Japanese and Korean Laws such as 'Balancing theory', 'Public interest', 'Preemption', 'No right abuse theory', 'Bearable limit theory' and 'Vicinal community relation theory' as exemplifications for each legal system.

주 제 어 공법과 사법의 관계, 공법과 사법간의 갈등, 환경사법과 환경공법, 환경공·사법의 조화, 환경커먼로와 환경제정법, 우선효, 수인한도

Key Words environmental private law, environmental public law, common law and statute, public law, private/public law dichotomy, preemption, acceptable limit