

환경책임법상 공법 및 환경기준의 법적 의미*

- 독일에서의 논의를 중심으로 -

전 경 운**

차 례

- I. 서론
- II. 공법상의 인·허가와 환경책임
- III. 환경기준과 환경책임
- IV. 마치며

I. 서론

1. 환경침해에 대한 방어청구권과 손해배상청구권

물·공기·토지 등의 환경이 인간의 생활을 위하여 적당한 상태를 유지하거나, 그러한 상태가 되도록 국가가 관여하여야 하는 경우에서의 환경법은 공법의 영역에 속하고, 환경침해에 대하여 개인적인 법익의 보호를 목적으로 하는 경우에서의 환경법은 사법의 영역에 속한다.¹⁾ 이러한 사법적인 환경법을 환경사법(Umweltprivatrecht)이라고 말하는데, 환경문제에 주로 적용되고 사법상의 개인의 이익을 방어하는데

* 이 논문은 한국환경법학회 제89회 학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것임.

** 경희대학교 법과대학 교수

1) Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. Aufl., S. 265.

사용되는 방어청구권(Abwehransprüche)²⁾과 환경침해로 인한 손해배상청구권이 이에 속한다.³⁾

독일법상 환경침해에 대하여 피해자는 독일민법(BGB) 제1004조에 의해서 방해제거청구권과 방해예방청구권을 행사할 수 있는 데, 이러한 청구권은 독일민법 제906조에 의해서 비본질적인 침해나 장소통상적 이용(ortübliche Benutzung)으로 인한 침해인 경우에는 인용할 의무가 부과된다. 이때 피해자가 장소통상적 이용으로 인하여 인용할 의무가 있는 경우에 피해자의 희생에 대하여 제906조 제2항 제2문에 의해서 침해가 자기의 토지의 장소통상적 이용이나 자기의 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 경우에는 조정적 보상청구권(Ausgleichsanspruch)이 주어지게 된다. 아울러 연방임및시온방지법(BImSchG) 제14조 제2항에 의해서도 동법에 의해서 인가를 받은 시설에 대해서는 가동중지를 요구할 수 없고 예방조치만을 청구할 수 있도록 규정하면서, 이러한 예방조치가 기술수준에 의해서 실행할 수 없거나 비대체적인 때에는 오로지 손해배상만을 청구할 수 있다고 규정하여서 제906조 제2항에서와 같은 희생책임(Aufopferungshaftung)을 규정하고 있다. 그리고 불법행위에 기한 손해배상청구는 독일민법 제823조 제1항과 제2항에 의해서 행하도록 하고 있다. 독일에서도 다른 제국가와 마찬가지로 환경침해로 인한 피해자의 손해배상의 어려움을 덜어주고자 위험책임을 인정하는 많은 입법을 하였다.⁴⁾

-
- 2) 현재 발생하여 계속되고 있는 환경침해나 장차 발생할 우려가 있는 환경침해를 예방하기 위한 청구권을, 일반적으로 우리나라에서는 유지청구, 금지청구, 중지청구 등의 용어를 사용하고 있으나, 독일에서는 방해제거청구(Beseitigungsanspruch)와 방해예방청구(Unterlassungsanspruch)를 합하여 방어청구권이라는 말을 쓰고 있다(자세한 것은, 전경운, 환경침해피해의 사법상 구제법리, 환경법연구 제25권 2호, 2003. 12, 345-346면 참조).
- 3) Michael Klopfer, *Umweltrecht*, 1989, § 4 Rdnr. 292; Reiner Schmidt, *Einführung in das Umweltrecht*, 4. Aufl., Rdnr. 39-40; Peter-Christoph Strom, *Umweltrecht*, 6. Aufl., Rdnr. 88.
- 4) 불법행위에 의한 손해배상청구를 危險責任(Gefährdungshaftung)으로서 규정하는 입법을 보면 1990년에 제정된 환경책임법(UmweltHG)은 일정한 시설의 환경침해에 대한 위험책임을 규정하고, 1957년에 제정된 수질관리법(WHG) 제22조에는 수질오염에 대한 위험책임을 규정하고, 1990년에 제정된 유전공학법(GenTG) 제32조 이하에서는 유전공학작업에 기

이렇게 독일에서는 환경침해로 인한 개인의 법익의 침해를 보호하기 위하여 제거청구권과 방해예방청구권은 물권법적으로 손해배상청구권은 불법행위적으로 해결하고, 일정한 경우에 피해자의 법익의 과도한 희생을 방지하기 위한 희생책임으로서 보상청구권을 규정하고 있다. 그 외 계약법상의 담보책임 등에 의한 환경침해책임을 학설과 판례에 의해서 인정되고 있다.

2. 문제의 제기

독일민법(BGB) 제1004조는 소위 물권법적인 환경보호의 전면에 서 있어서, 환경침해에 대한 방해제거청구권과 방해예방청구권의 중심규정이 되는데, 독일민법 제1004조에 의한 방어청구권의 행사시에 공법상의 규정이나 시설의 認許가 위법성평가에 영향을 미칠 수 있는지가 문제가 된다. 즉 테니스장판결(Tennisplatz-Urteil)에서처럼 지구상세계획(Bebauungsplan)과 건축허가(Baugenehmigung)에 대하여 상린관계자가 대항할 수 있는지의 여부가 문제된다.

또한 TA-Luft 등의 환경기준이 독일민법 제906조상의 침해의 본질성의 판단 등에서도 고려될 수 있는지가 문제된다. 배출허용기준 등의 환경기준의 준수가 민법상의 책임법에서 어떠한 의미를 가질 수 있는지, 즉 독일민법 제906조의 의미에서 소유권에 대한 침해가 본질적인 침해인지 여부에서 판단기준으로 작용할 수 있는지, 또한 불법행위책임에서 위법성판단과 관련하여 어떠한 의미를 가질 수 있는지를 살펴볼 필요성이 있다. 즉 많은 환경공법들은 유해한 환경물질의 배출을 규제하는 세분화된 규정들을 다수 가지고 있는데, 민사법적 관점에서 이들 규정들이 민사법원도 구속하느냐의 여부가 문제된다. 이에 따라 본고에서는 환경책임법에서의 공법상의 허가나 인가의 법적 의미와 환경기준의 환경책임법적 의미 등을 독일의 학설과 판례를 중심으로 하여 고찰하고자 한다.

인하는 환경침해에 대해서 위험책임을 규정하고 있다. 이 외에 원자력법(AtG) 제25조 이하에서는 핵시설에 의한 핵에너지 사고로 인한 손해 등을, 연방광산법(Bundesberggesetz) 제114조 이하에서는 鑛害의 배상을 위험책임으로 규정하고, 아울러 책임법(Haftpflichtgesetz), 항공교통법(Luftverkehrsgesetz) 등에서 환경침해와 관련된 위험책임을 규정하고 있다.

II. 공법상의 인·허가와 환경책임

1. 서

환경침해로 인한 불법행위책임이나 방해제거 또는 방해예방청구권의 행사시에 공법상의 규정이나 시설의 認許可가 위법성평가에 영향을 미칠 수 있느냐가 문제가 된다. 불법행위책임과 방해제거·방해예방청구의 위법성판단에서 환경행정법 등의 공법과의 관계에서의 독자성은 그렇게 간단히 판단할 수 있는 문제는 아니기 때문이다.

2. 방어청구권 행사와 공법상의 인·허가

(1) 건축법상의 허가

이와 관련하여서 독일에서 문제가 된 테니스장판결(Tennisplatz-Urteil)에서 처럼 지구상세계획(Bebauungsplan)과 건축허가에 대하여 상린관계자가 대항할 수 있는지의 여부가 문제된다. 즉 환경침해에 대한 위법성판단에서 공법적 규정과 사법적 규정의 관계가 문제되는데,⁵⁾ 독일민법상의 환경침해에 대한 방해제거청구권과 방해예방청구권이 건축과 그에 상응하는 시설의 운영에 대한 건축계획법(Bauplanungsrecht)에 의한 허가로서 배제될 수 있느냐하는 것이 문제로 된다.

이러한 문제는 1982년 12월 17일의 독일 연방대법원(BGH)의 테니스장판결(Tennisplatz-Urteil)⁶⁾이 동기가 되었다.⁷⁾ 독일 건축이용령(Baunutzungsverordnung:

5) Medicus, Bürgerliches Recht, 17. Aufl., Rdnr. 442.

6) BGH, NJW 1983, 751(이 사안을 보면, 피고 스포츠협회에 의해서 운영되는 테니스장에서 경기의 통하여 발생된 소음침해가 원고의 주택지에 허용되느냐의 다툼이었다. 원고는 건축이용령(Baunutzungsverordnung: BauNVO)의 의미에서 혼합지역(Mischgebiet)의 토지의 소유자이고, 피고도 마찬가지로 S시에 의하여 특별건축평면(Sonderbaufläche)으로서 지구상세계획에 테니스장으로 명시된 곳에서 테니스장을 운영하고 있었다. 그리고 원고의 집은 테니스장에서 4미터만 떨어져 있어서 테니스 경기에서의 소음과 공이 튀는

BauNVO) 제6조 제2항 제5호에 의하면 테니스장은 혼합지역(Mischgebiet)에 지구상세계획상 원칙적으로 허용되는데, 독일 연방대법원(BGH)은 독일민법 제906조 제2항 제1문상의 장소통상적 이용(ortsübliche Benutzung)⁸⁾의 검토에서 구체적인 상황에서는 위의 건축법에 의한 규정은 중요하지 않은 것으로 취급하였다. 이것은 독일 연방대법원의 일반적인 판결과 일치하는데, 독일 연방대법원은 장소통상성(Ortüblichkeit)은 그때 그때의 판단지역의 사실상의 관계에 따라서 측정하여야 한다고 하였다. 즉 주위에 있는 토지의 다수가 같은 침해적인 작용의 종류와 범위하에서 이용되느냐가 장소통상성의 판단에 중요하다는 것이다. 공법상의 건축기준계획(Bauleitplanung)은 단지 장소통상적 이용의 조사에 일반적인 실마리의 구실을 할 뿐이지, 구체적으로 계획에 따르는 이용이 장소통상적 이용으로서 판단되어서는 안된다는 것이다.⁹⁾

그러나 이러한 민법상의 견해는 공법학자들에 의해서는 상당한 저항에 부딪혔는데, 그 주장내용을 보면 다음과 같다. 건축기준계획과 그의 실현이 사법상의 상관관계법(Nachbarrecht)에 의해서 방해될 수 있다는 것은 건축법(Baugesetz) 제1조 제1항에 규정된 건축기준계획(Bauleitplanung)의 과제¹⁰⁾를 실현할 수

소음 등으로 생활에서 방해를 받았다. 이에 원고는 피고에 대하여 독일민법 제1004조 제1항 제2문에 따라서 유지청구의 소를 제기하였고, 연방대법원에 의해서 인용되었다. 판결 이유에서 연방대법원은 테니스장의 소음은 원고의 토지의 이용을 본질적으로 침해하였고, 피고의 이용은 장소통상적 이용(ortübliche Benutzung)이 아니기 때문에 원고의 인용 의무(Duldungspflicht)는 부정된다고 하였다).

7) Peter Marburger, "Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts," *Das Gutachten Marburgers zum 56. DJT(1986)*, Bd. I C102.

8) 독일민법 제906조 제2항 1문에서는 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연 등의 침입이 본질적 침해라 할지라도 토지의 통상적인 이용으로 야기되고 경제상 기대할 수 있는 조치에 의해서 침해를 저지할 수 없는 경우에는 인용하여야 한다고 규정하고 있다.

9) Münchener Komm., 2. Aufl.(1986), §906 Rdnr. 16; Günter Hager, *Sportanlagen im Wohnbereich*, UPR 1985, S. 193.

10) 건축법 제1조 제1항에 의하면 "건축기준계획의 과제는 이 법상의 조치에 따라서 지방자치단체에서의 토지의 건축적인 또는 기타의 이용을 준비하고 지도하기 위한 것이다"라고 규정하고 있다.

없게 한다는 것이다. 즉 현재의 상태의 유지를 목적으로 하는 민법상의 방어청구권에 의해서 입법자는 거의 지구상세계획(Bebauungsplan)을 만들 수 없다는 것이다.¹¹⁾ 이러한 문제의 해결을 위하여 공법상의 입장에서 2가지 해결책이 제시되었는데, 첫째는 지구상세계획은 건축법 제1조 제5항 제7호에 따르는 형량명령¹²⁾으로 족하고, 기타 법적인 하자가 없으면 계획에 일치하는 이용에 대해서는 상린관계자에게 인용의무가 주어지고, 독일민법 제1004조에 따르는 제거청구권 내지 방해예방청구권이 배제된다는 것이다.¹³⁾ 둘째는 지구상세계획은 장소통상적 이용이므로 계획에 일치하는 이용은 독일민법 제906조 제2항 제1문의 의미에서의 장소통상적 이용으로 보아야 하고 상린관계자의 민법상 인용의무의 토대가 된다는 것이다.¹⁴⁾

이러한 공법상의 주장에 대하여 민법상의 견지에서 또한 확실한 반론이 제기되었다. 건축법은 지구상세계획에 그러한 私法形成的 效力을 고려하지 않았고, 또한 지구상세계획이 근본적으로 임의시온방지법적인 상린관계법의 우위에 설 수 없다는 것이다.¹⁵⁾ 그리고 사법적 이익은 건축계획에서 고려의 중요한 요소의 하나에 불과하고, 계획확정절차에서 시민의 법적 보호가능성은 구체적으로 자신의 이해가 문제가 되는 민사상의 절차보다는 부족하다는 것이다. 마지막으로 정해진 건축계획의 내용은 계획의 실행전에는 시민들에게 완전히 알려지지 않고, 지구상세계획의 존속력(Bestandskraft)에 따라서 더 이상 私法上的 權利를 주장할 수 없다면 잘못된 계획의 위험이 상린관계자에게 부담되므로 옳지 않다는 것이다.¹⁶⁾ 그러므로 건축법에 따르는 지구상세계획이 독일민법 제1004조에 의한 방어청구

11) Günter Gaentzsch, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 210.

12) 건축법 제1조 제5항에는 “건축기준계획은 다음의 각호를 특별히 고려하여야 한다”고 규정하고, 제7호에서는 “건축기준계획(Bauleitplanung)은 환경보호, 자연보호와 경관보호에 특히 자연, 물, 공기, 광물산출을 포함한 토양 및 기후에 관심(Belange)을 두어야 한다”고 규정하고 있다.

13) Günter Gaentzsh, a. a. O., S. 209.

14) Jürgen Salzwedel, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 213.

15) Horst Hagen, Sportanlagen im Wohnbereich, UPR 1985, S. 196 ff.

16) Dirk Olzen, Zivilrechtlicher Schutz gegen Belastungen aus der Umwelt, Jura 1991, S. 283.

권의 적용가능성을 배제할 수는 없고, 단지 독일민법 제906조 제2항의 장소통상적 이용의 판단에서는 어느 정도 영향을 줄 수 있다고 본다.¹⁷⁾

(2) 연방임밋시온방지법상의 인가

연방임밋시온방지법(BImSchG)¹⁸⁾ 제14조 제1문에서는 “인접한 토지에 대한 토지에 의한 유해한 환경침해의 방지를 구하는 청구가 특별한 권원(besondere Titel)에 기하지 않고 私法上의 權利에 기하고 있는 때에는 시설에 대한 인가를 다룰 수 없는 경우에는 시설의 가동중지(Einstellung des Betriebs)를 요구할 수 없다. 피해자는 단지 유해한 환경침해를 배제하는 예방조치만을 요구할 수 있다”고 규정하고, 제14조 제2문에서는 “그러한 예방조치가 기술수준에 의해서 실행할 수 없거나 경제적으로 비대체적(nicht vertretbar)인 때에는 오로지 손해배상만을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 독일민법 제906조를 넘어서는 인용의무가 연방임밋시온방지법 제14조에 의해서 설정이 된다.¹⁹⁾

연방임밋시온방지법 제14조는 시설의 위험성으로 인하여 동법 제4조 이하²⁰⁾

17) Dirk Olzen, a. a. O., S. 283; Münchener Komm., a. a. O., § 906 Rdnr. 16.

18) 연방임밋시온방지법(BImSchG)은 1974년 3월 15일에 제정이 되어서 4월 1일부터 시행되었는데, 동법 제1조에서는 “이 법의 목적은 사람, 동물이나 식물, 토양, 물, 공기 및 문화재나 기타의 재화를 유해한 환경침해로부터 그리고 인가를 요하는 시설에 관계되는 한 위험, 현저한 불이익과 기타의 방법으로 초래되는 현저한 부담으로부터 보호하고 유해한 환경침해의 발생을 예방한다”고 규정하여, 임밋시온방지의 기본법적인 역할을 수행한다. 임밋시온방지를 위한 법은 연방임밋시온방지법 이외에 연방의 보충적인 법규명령과 행정규정, 무연휘발유법(Benzinbleigesetz), 비행소음방지법(Fluglärmenschutzgesetz) 및 각 연방주의 임밋시온방지법과 명령이 있다(Reiner Schmidt, a. a. O., S. 57). 임밋시온에 대한 보호는 현대환경법에서 핵심영역에 속하나 그 자체로서 새로운 것은 아니다. 원래 소유권에 대한 환경침해의 사법적 방어청구권으로 발생했으나, 이제 임밋시온에 대한 보호는 공법상 과제가 되었다(Reiner Schmidt, a. a. O., S. 57).

19) Staudingers Komm., 12. Aufl., § 906 Rdnr. 237

20) 연방임밋시온방지법 제4조에서는 위험하거나 환경침해적 시설은 인가가 필요하다고 규정하는데, 구체적으로 유해한 환경침해를 야기하거나 기타의 방법으로 공공이나 상린관계자를 위험하게 하거나, 현저하게 손해를 끼치거나 현저하게 부담이 되는, 즉 시설의 성질이나 운영을 통하여 특별한 정도에서 열거한 것을 야기하기에 적당한 시설의 설치나 가동은 인가를 필요로 한다.

에 따라서 인가를 필요로 하는 시설에만 적용이 되고, 기타의 이유로서 인가를 필요로 하는 시설에는 적용이 되지 않는다.²¹⁾ 그러므로 인가를 받은 시설은 독일민법 제903조·제906조·제1004조를 이유로 한 인가된 시설의 가동중지는 더 이상 요구될 수 없고, 예방조치만을 요구할 수 있는데, 예방조치도 기술적인 상태에 따라서 실현될 수 없거나 경제적으로 비대체적인 경우에는 예방조치의 청구도 허용되지 않고 손해배상(금전적인 보상)만 청구할 수 있도록 하고 있다.²²⁾ 이때 예방조치는 침해가 독일민법 제906조의 범위를 넘어서는 경우에만 행할 수 있고 침해가 비본질적인 때에는 예방조치의 청구도 허용되지 않는다.

이렇게 인가된 시설이 상린관계법적인 제거청구권이나 방해예방청구권으로부터 영향을 받지 않는 이유에 대해서는 다음과 같이 설명이 된다.²³⁾ 표면적으로는 국가의 권력적 행위가 민사법정의 판결에 의해서 다시 판단되어져서는 안된다는 것이고, 보다 깊은 이유는 임밋시온의 문제는 미리 검토되어져서 인가의 수여나 거절을 이끌어야 한다는 것이다. 이러한 임밋시온문제의 사전판단은 공공(Allgemeinheit)과 상린자의 보호뿐만 아니라 한번 창출된 경제적인 가치가 사후에 민사법정의 판결을 통하여 파괴되어지는 것을 방지하는 효과를 가진다는 것이다. 연방임밋시온방지법 제14조²⁴⁾와 독일민법 제906조 제2항의 구체적인 차이점은 연방임밋시온방지법에 따라서 인가를 받은 시설은 침해가 본질적이고 장소통상적이 아닌 침해에 대해서도 인용의무가 존재한다는 것이다.²⁵⁾

연방임밋시온방지법 제14조와 유사한 규정이 원자력법(AtG) 제7조 6항²⁶⁾, 항공교통법(LuftVG) 제11조²⁷⁾, 행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)

21) Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, a. a. O., S. 256.

22) A. a. O., S. 255.

23) A. a. O., S. 256.

24) 물론 이러한 규정은 침해된 상린자를 위해서는 불리한데, 인가행정청은 인가의 수여후에도 공공이나 상린자의 보호를 위하여(§17 BImSchG), 일정한 요건하에서 가동의 중지를 요구하거나(§20 BImSchG) 인가를 철회할 수 있다(§21 BImSchG).

25) Staudingers Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 237.

26) 원자력법 제7조 6항 “연방임밋시온방지법 제14조는 인가된 시설에 의해서 다른 토지에 대해서 행하는 침해에 대해서는 의미있는 것으로 본다”.

27) 항공교통법 제11조 “연방임밋시온방지법 제14조의 규정은 비행장을 위해서 준용된다. 비

제75조 2항²⁸⁾에 규정되어 있다.²⁹⁾ 또한 수질관리법(WHG) 제11조에서는 동법에서의 동의된 이용의 유해한 침해에 대해서는 방해의 제거나 이용의 유지청구나 보호설비나 손해배상의 청구도 배제된다고 규정하고 있다. 다른 공법상의 규정(예를 들어, 연방자연보호법³⁰⁾도 독일민법 제1004조와 제906조에 따르는 방어청구권을 배제할 수 있다.

3. 불법행위책임과 공법상의 인·허가

공법상의 규정도 민법상 의의를 가질 수 있는 위법성 정당화요소를 지정할 수 있다. 예를 들어, Baden-Württemberg 州의 수렵법(Jagdgesetz) 제23조 제1항 제2호에 의하면 수렵권자는 야생하는 개나 야생의 의심이 있는 자유스러운 개를 죽일 권리가 있다. 이러한 규정이 독일민법 제823조 제1항과 관련한 살해행위의 위법성을 배제시킨다는 것은 의심의 여지가 없다.³¹⁾

이와 관련하여서 Erwin Deutsch 교수는 한 범영역에서의 법적인 정당화사유의 포섭은 다른 범영역에서도 근본적으로 인정되어야 한다고 한다.³²⁾ 그러나 또한 위법성의 개념은 모든 범영역에서 동일한 것은 아니며 위법성은 각각의 법질서에 위반한 행위라고 한다.³³⁾ 그러나 공법의 규정에 대한 위반이 아닌 행위는 민법상으로도 위법하지 않은 행위가 있을 수 있다. 그러므로 공법이 피해자의 법익에 대한 침해를 정당화할 때 공법상의 규정을 통한 행위가 독일민법 제823조

행장이 공법상의 목적으로 이용되는 때에도 또한 적용된다”.

28) 행정절차법 제75조 2항 “계획확정결정(Planfeststellungsbeschluss)이 취소될 수 없으면 사업계획의 유지청구, 시설의 제거청구나 변경청구 또는 시설이용의 유지청구는 배제된다.”

29) Münchener Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 105

30) 연방자연보호법(Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG)은 제10조에서 각 연방주는 자연보호를 위하여 토지의 이용을 기대할 수 없을 정도로 침해하지 않는 범위내에서 인용의무를 설정할 수 있다고 규정한다.

31) Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 56. Aufl., 1997, § 823 Rdnr. 36.

32) Erwin Deutsch, *Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren*, 1976, S. 213.

33) A. a. O., S. 207.

제1항의 불법행위적 책임을 조각시킬 수 있다. 그러나 공법적인 규정에 대한 비위반의 의미에서의 합법성이 민법상의 책임을 탈락시키기에 항상 충분한 것은 아니다.

이와 관련하여 불법행위적인 환경책임법(§823 Abs. 1 BGB)에서 공법상의 규정이나 시설의 인가가 위법성평가에 영향을 미칠 수 있느냐가 문제가 된다. 민법상의 상린관계법(§§906-1004 BGB)에서는 Tennisplatz판결에서 보았듯이, 판례와 학설은 민법상의 위법성은 기본적으로 공법상의 규정이나 허가와의 관계없이 독자적으로 결정된다고 보았다. 불법행위법상의 위법성판단에서 행정법과의 관계에서 민법의 독자성은 사실 그렇게 간단하게 설정될 수 있는 것은 아니다. 책임법과 행정법과의 비부가성(Nichtakzessorietät)을 위해서, 사실 법정책적인 논의에서 상린관계법상의 논의가 여기에 그대로 유효하다고 할 수 있지만, 그러나 이것이 인가되고 동시에 행정법적으로 적법한 정상운영(Normalbetrieb)에서 독일 민법 제823조 제1항에서의 보호되는 권리나 법익의 위법한 침해로 인한 손해배상청구권을 발생시킨다는 구체적인 논거를 설정하고 있는 것은 아니다.

먼저 일정한 환경침해에 대한 행정청의 인가(behördliche Genehmigung)가 법질서의 통일이라는 관점아래서 민법이나 형법³⁴⁾의 영역에서 위법성조각사유로서 작용해야 한다는 주장³⁵⁾이 설득력 있어 보인다. 그리고 한편에서는 공법적인 인가의 범위내에서의 행위는 위법성이 배제된다고 주장하고 있다.³⁶⁾ 또한 연방 환경부도 환경의 이용이 공법적으로 허락이 되고 이러한 범위안에서 행동하였으면 가해의 위법성이 기본적으로 조각되므로, 독일민법 제823조 제1항으로서의 법적

34) 형법에서는 ‘권한없는(unbefugte)’ 수질오염(§324 StGB)과 폐기물제거(§326 StGB), ‘행정법적인 의무의 침해아래(unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten)’ 공기오염과 소음야기(§325 StGB), ‘필요한 인가없는(ohne die erforderliche Genehmigung)’ 핵에너지시설의 운영(§327 StGB) 등을 규정하고 있다.

35) Uwe Diederichsen, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, Referat von Prof. Dr. Uwe Diederichsen zum 56. DJT(1986)*, L65.

36) Friedhelm G. Nickel, “Industrielle Produktion und Gefährdungshafung,” *VW* 1988, S. 964.

보호의 약점으로 작용한다고 보았다. 이에 반하여 최근에는 불법행위의 위법성은 공법적인 규정과는 독자적으로 결정해야 한다는 견해가 증가하고 있다.³⁷⁾ 이러한 두 견해는 ‘법질서의 통일’과 ‘민법의 자주성’이라는 슬로건하에서 양극단의 위치에 서있는 것처럼 보인다. 이러한 견해들은 구체적으로 사고손해(Unfallschäden)³⁸⁾와 정상운영(Normalbetrieb)³⁹⁾을 통한 예측한 결과와 예측하지 못한 결과로 유형을 나누어서 살펴보는 것이 효과적일 것이다.

먼저 사고손해시의 인가의 효과로서, 허락된 위험한 시설이나 인가된 위험한 행위에서 인가규정의 준수에도 불구하고 사고적인 사건경과를 가진 경우를 고려해보아야 할 것이다. 이러한 방법으로 허락된 위험이 실현된 경우에는 발생한 법익침해는 곧 위법한 것이다. 예를 들어, 규정에 맞게 인가된 화재위험적인 운영에서 폭발이 있게 되면 안전규정이나 인가의 규정을 준수하였을지라도 이를 통하여 제3자에게 발생한 가해는 합법적으로 행해진 것이 아니고 기껏해야 과실의 인정 여부만이 문제될 수 있을 뿐이다. 환경책임법 이외의 판결에서 오래전부터 독일의 판례는 행정관청에서 지시한 안전조치를 하였고 관청의 대리자에 의해서 위험한 시설이 검사되었을지라도 사고가 발생하면 위법성이 탈락되지 않는다고 하였다.⁴⁰⁾ 마찬가지로 자동차경주의 주체자의 책임은 관중을 보호하는 설비가 행정청의 부담(behördliche Auflagen)에 상응한다고 해서 책임이 배제되는 것은 아니라고 하였다.⁴¹⁾ 제조물책임법(Produkthaftungsrecht)에서도 의약품이나 건

37) Johann W. Gerlach, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*, 1989, S. 94f.; Jost Pietzker, “Mitverantwortung des Staates, Verantwortung der Bürger,” *JZ* 1985 S. 210f.; Claus-Wilhelm Canaris, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten,” in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, S. 56.

38) 사고손해란 모든 의도되지 않고 비전형적인 운영과정하에서의 손해로 이해될 수 있는데, 사고손해 대신에 장애의 경우(Störfälle)의 손해도 부분적으로 언급되는데, 장애(Störung)의 경우는 기술적인 시설의 장애로 이해하여야 할 것이다.

39) 정상운영(Normalbetrieb)은 공법적인 규정이나 인가의 준수아래 시설이나 기계의 규정에 맞는 운영(bestimmungs- und ordnungsgemässe Betrieb)을 말한다.

40) 독일제국법원(Reichsgericht)은 강 위에 통과하는 고압선으로 인하여 선원의 사망이 발생한 경우에 관청이 이를 허가하였을지라도 책임이 발생한다고 하였다(RG, JW 1936, 2911).

41) BGH, VersR 1975, 329.

축자재처럼 위험한 물질의 예방적인 검사나 인가가 생산자에게 이로 인한 책임의 위험을 제거하는 것은 아닌 것이다.⁴²⁾ 그러므로 행정청에 의하여 수여된 인가에도 불구하고 발생된 사고손해시에는 인가로 인해서 위법성이 조각되지 않는다고 할 것이다.

그 다음으로 정상운영시에 예측할 수 없었던 손해가 발생한 경우에는, 즉 예측하지 않은 결과에 대한 행정청의 인가의 효과는 사고손해의 경우와 차이가 있을 수 없다고 할 것이다. 이것은 다음과 같은 보기에서 분명하게 될 것이다. 새로운 시설의 운영이 일반적으로 무해한 것으로 평가되는 에미시온(Emission)을 행정청의 인가를 가지고서 배출하였다. 그러나 뒤에 이러한 에미시온이 사람의 건강에 치명적인 침해를 일으키거나 토양을 심각하게 불이익하게 변경시킨다는 것이 발견되었다. 이러한 경우에 건강침해가 정당화될 수 있다는 것은 단지 시설운영자의 과실유무가 의심될 수 있다는 것에 불과할 것이다.

그리고 인가수여시에 예측한 결과가 정상운영시에 발생한 경우에, 행정청이 이에 필요한 권능을 가지고 있을 때에는 행정청에 의해서 발해진 인가가 본질적으로 위법성정당화요소로 작용할 수도 있을 것이다. 그러나 집행으로서의 행정행위 통행위를 통하여 시민의 권리를 침해할 수 있는 권리, 즉 이로써 시민사이의 관계에서 침해가 서로 정당화되어지는 권리를 허가할 수 있는지의 여부가 문제로 남는다. 분명히 연방임미시온방지법(BImSchG) 제14조, 수질관리법(WHG) 제11조 제1항, 원자력법(AtG) 제7조 제6항은 인가를 통하여 사법관계에 효과를 갖는 인용의무(Duldungspflicht)를 설정할 수 있다고 규정한다. 이러한 특별한 규정은 이러한 특별한 규정이 없는 곳에서는 私法形成的 效果(privatrechtsgestaltender Wirkung)를 가진 공법상의 인용의무는 부인되어야 한다는 것을 역으로 암시한다. 연방임미시온방지법 제14조 제1항에 의한 시설운영자와 그의 상린자 사이의 민법적인 관계에 대한 인가의 효과의 확장은, 인가가 인가의무적인 시설의 설치와 운영을 위하여 선행되어야 하고 동시에 법적으로 규정된 공공(Allgemeinheit)과 상린자의 참여가능성(§§8f. BImSchG)을 통하여 인가가 정당화되어 진다.⁴³⁾ 그

42) Jost Pietzker, *a. a. O.*, S. 211.

러므로 행정청의 결정에 대한 관련자의 구속과 그것과 결합된 사법적인 청구권의 배제는 잠재적인 관계자가, 특히 청문이나 제소권 등을 통하여 행정절차에 참여 되어질 때에만 정당화되어진다.⁴⁴⁾ 또한 더하여 연방임밋시온방지법 제14조 제1 문으로부터의 인용의무는 동법 제14조 제2문에 의한 손해배상청구권과 결합되어 있다.⁴⁵⁾ 하지만 용선로사건(Kupolofenfall)⁴⁶⁾에서의 피해자처럼 연방임밋시온 방지법 제14조 제2문에 의한 청구권자의 범위에 속하지 않으면, 그의 민법상의 청구권은 인가로 인한 인용의무와 관련해서 민법상의 청구권이 배제되어서는 안 될 것이다. 용선로사건에서 인가조건의 준수시에도 발생한 침해가 합법적인 것은 아니고, 과실의 범위에서 TA-Luft와 관련시킨 연방대법원의 판결도 이러한 결과와 일치한다.

43) Rudolf Stich/ Karl-Wilhelm Porger, *Kommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz*, 1988, §14 Rdnr. 1.

44) Franz-Joseph Peine, "Privatrechtsgestaltung durch Anlagenehmigung," *NJW* 1990, S. 2444.

45) 이러한 책임은 독일민법 제823조 제1항에 의한 책임보다 더 맵다고 한다. 왜냐하면 이러한 책임은 희생책임으로서 위법성과 고의과실을 요하지 않기 때문이다(Franz-Joseph Peine, *a. a. O.*, S. 2449).

46) BGHZ 92, 143(피고는 1979년 이래 연방임밋시온방지법 제4조에 의해서 인가받은 철광과 석탄의 용해하는 시설의 운영자이고 1980년 1월에 실시한 시설검사에 의하면 용선로(Kupolofen)로부터의 배기가스에 포함된 분진은 1974년 8월 28일의 공기청정을 위한 기술적인 지침(TA-Luft)에 규정된 한계치에 도달하지 않았다. 원고는 인근에 위치한 O.회사의 직원으로서 근무중 그들의 승용차를 피고사업장의 경계에 위치한 회사전용주차장에 주차시키고 있었다. 사고는 피고의 용선로에서 배출된 분진으로 인하여 원고들의 승용차에 피해가 발생하여서 야기되었다. 원고들은 1980년 11월말과 12월초, 1981년 1월 26일 그리고 1981년 4월 10일에는 산화철분진이 유달리 많이 배출되었고, 용선로가스의 초과방출은 사업장설비의 가동과 감독의 결합으로 인해 허용된 에밋시온한계치를 넘은 것으로서 이는 피고의 경영상의 묵인으로 인해 발생되었고, 배출된 분진은 원고들의 승용차의 라크칠, 유리 와 크롬부위를 부식시켰으며 이 손해는 위 배기가스가 과다배출된 첫날부터 이미 발생하였다는 것이다. 피고는 이에 대하여 용선로를 매일 감독하고 있으며 최대에밋시온한계치를 넘지 않았다고 하면서, 원고들이 주장하는 손해는 그들의 공동과실에 기인한다고 주장하였다. 원고는 원심과 항소심에서 패소하였다. 항소심은 독일민법 제906조 제2항 제2문과 연방임밋시온방지법 제14조는 원고가 피고의 용선로에서 방출된 분진의 영향으로 감소된 부동산의 가치에 대한 보상이 아닌 그들 자동차의 침해로 인한 손해배상을 요구하였기 때문에 적용할 수 없다고 판시하였다).

그러면 연방임깃시온방지법 제14조 제1문에 따라서 인가로 인해서 인용의무가 있는 자가 동법 제14조 제2문으로 인해서 독일민법 제823조 제1항의 손해배상 청구권을 행사할 수 없는지의 여부가 문제로 남는다. 이에 대해서 동법 규정의 본문은 분명히 단지 방어청구권만이 배제된다고 말하고 있다. 이와 관련해서 구영업법(Gewerbeordnung) 제26조는 불법행위적인 청구권을 배제하지 않는다고 제국재판소(Reichsgericht)는 받아들였다.⁴⁷⁾ 그리고 오늘날 다수의 견해는 연방임깃시온방지법 제14조 제2문의 청구권과 독일민법 제823조 제1항으로서의 청구권은 병존할 수 있는 것으로 본다.⁴⁸⁾ 즉 이러한 견해는 인가로 인해서 설정된 인용의무가 독일민법 제823조 제1항의 청구권의 위법성을 조각시키는 정당화사유로서 작용할 수 없다는 것이다. 아무튼 이러한 문제는 부동산권리자가 건강침해로 인한 위자료의 청구를 주장할 때 실질적인 의미를 갖는다. 그러므로 연방임깃시온방지법 제14조 제1문의 인용의무로 인해서 불법행위청구권을 배제하는 것은 받아들일 수 없다고 할 것이다.

즉 행정청의 인가는 불법행위로 인한 손해배상청구권에서 위법성조각사유로서 설정될 수 없으며, 그러므로 독일민법 제823조 제1항의 책임은 행정청의 인가로 인해서 근본적으로 배제될 수 없다고 할 것이다. 바로 무엇보다도 공법적인 임깃시온방지법에서 민법상의 법익에 대한 그러한 필요한 침해권능을 일반적으로 수여하는 것으로 볼 수는 없다. 연방임깃시온방지법 제5조 제1항 제1호에 의하면 인가를 필요로 하는 시설은 공공이나 상린자에게 유해한 환경침해와 현저한 불이익과 부담, 기타 위험이 발생되지 않도록 설치하고 운영하여야 한다. 동법 제6조에서는 제5조에서 주어지는 의무가 충족된다고 보장될 때에만 인가가 수여되도록 하고 있다. 그리고 인가가 필요로 하지 않는 시설도 동법 제22조에서는 기술수준에 따라서 예방할 수 있는 환경침해를 저지하고 예방할 수 없는 침해는 최소한으

47) RGZ 159, 69.

48) Gerhard Feldhaus, *Bundesimmissionsschutzrecht (Kommentar zum BImSchG)*, 1989, § 14 Rdnr. 11; Johann W. Gerlach, "Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht," *JZ* 1988, S. 174.

로 제한하도록 규정하고 있다. 이러한 규정이 타인의 법익을 침해할 권리를 준다고 말할 수는 없다. 연방임밋시온방지법은 무엇이 공법적으로 허락이 되는지를 규정할 뿐이지 공법의 영역을 넘어서서 침해를 정당화하고 있는 것은 아니다. 모든 임밋시온방지법이 동시에 임밋시온허용법이고, 그러므로 시민의 권리에 대한 입법자의 간섭을 규정하는 것이라는 것은 연방임밋시온방지법 제14조로 인한 방어청구권과 관련하여서 해당되는 것이지 불법행위적 책임법에서는 유효한 것이 아니라고 할 것이다.

그러므로 지금까지의 고찰을 종합하자면, 독일민법 제823조 제1항의 위법성에 대한 공법의 영향은 경미한 것이고, 행정청의 인가는 사고손해시와 정상운영을 통하여 인가의 수여시에 예측하지 않은 그러한 침해를 위해서 결코 행정청의 인가가 침해의 정당화사유가 될 수 없다. 그리고 정상운영을 통하여 예측한 침해의 발생시에도 행정이 본질적으로 침해를 합법화할 권능이 없으므로 침해가 정당화될 수는 없다. 연방임밋시온방지법 제14조에 의한 인용의무는 단지 방어청구권만을 배제하고 독일민법 제823조 제1항의 손해배상청구권은 배제하지 않는다. 또한 연방임밋시온방지법 제14조에 의한 인용의무도 인가절차에 참여할 수 있고 대상청구로서 동법 제14조 제2문에 의한 손해배상청구권이 귀속되는 자만이 인용의무를 갖는다. 공법적인 규정은 공법이 타인의 법익의 침해를 정당화할 때에만 불법행위적인 위법성에 의미를 가질 수 있고, 공법이 단지 행위가 공법적으로 허용된다는 것을 설명할 때에는 그렇지 않다고 할 것이다.

III. 환경기준과 환경책임

1. 서

환경법에서 중요한 의미를 가지는 환경기준은 행정기관이나 전문가단체에서 만들어지고 있는데, 일반적인 행정규칙으로서의 환경기준(Umweltstandards)

은 행정내부적인 규정으로서 사인간에 직접적인 법적 효과를 가질 수 없으므로 위법성에서 독자적인 의의를 가질 수는 없다.⁴⁹⁾ 즉 환경기준을 준수하는 것은 행정적인 제재를 받지 않을 뿐이지 기본적으로 사법상의 책임과는 관련이 될 수 없다. 물론 1985년 12월 19일 독일 연방행정법원은 Whyl-Urteil에서 행정규칙인 “배출공기 또는 지표수를 통한 방사능유출량에 대한 일반적 산출기준”은 원자력법상의 허가요건을 구체화시킨 규범구체화적 행정규칙으로서 또한 행정법원도 구속한다고 하였다.⁵⁰⁾ 또한 1978년의 독일 연방행정법원의 Voerda-Urteil에서도, 연방임미시온방지법 제48조에 의하여 TA-Luft를 통하여 확정된 임미시온기준 (Immissionswerte)은 전문가들의 경험과 지식을 기초로 만들어진 것이므로 법원에 대하여 ‘선취된 전문가감정서(antizipiertes Sachverständigengutachten)’로서, 특별한 이유없이 상이하게 판단할 수 없는 높은 지위가 인정된다고 하였다.⁵¹⁾ 이에 따라 TA-Luft 등의 환경기준이 행정법원의 판례를 통하여서는 행정법원에 대하여 실질적인 구속력을 보여주고 있다.⁵²⁾

그러면 TA-Luft 등의 기준치가 독일민법 제906조상의 침해의 본질성의 판단 등에서도 고려될 수 있는지가 문제이다. 즉 배출허용기준 등의 환경기준의 준수가 민법상의 책임법에서 어떠한 의미를 가질 수 있는지, 즉 독일민법 제906조의 의미에서 소유권에 대한 침해가 본질적인 침해인지 여부에서 판단기준으로 작용할 수 있는지, 또한 불법행위책임에서 위법성판단과 관련하여 어떠한 의미를 가질 수 있는지를 살펴볼 필요성이 있다.

49) Peter Baumann, Die Haftung für Umweltschäden aus zivilrechtlicher Sicht, JuS 1989, S. 438.

50) BVerwGE 72, 300(규범구체화적 행정규칙은 단지 규범해석적인 행정규칙과는 달리 규범에 의해 설정된 한계내에서 행정법원을 구속한다는 것이다. 행정법원은 오로지 이 행정규칙이 자의에 의한 조사에 근거한 것인지의 여부와 허가관청이 이러한 산출기준을 적용함에 있어서, 그와 같은 방식으로 정해진 방사선노출치를 기초로 개개의 변수에 관해 현존하는 불확정성에도 불구하고 충분히 수용가능한 평가를 내릴 수 있다고 볼 수 있는지의 여부에 관해서만 심사할 수 있다고 하였다).

51) BVerwGE 55, 250.

52) Peter Baumann, a. a. O., S. 438.

2. 방어청구권의 행사와 환경기준

(1) 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문의 입법과 그 입법의 이유

환경기준은 이의 준수로 유해한 환경침해를 방지할 수 있다는 단지 일반적인 기준에 불과하므로, 만약 유해한 환경침해를 통하여 현저한 손해가 발생하면 배출허용기준치의 준수에도 불구하고 독일민법 제906조상의 본질적인 침해(wesentliche Beeinträchtigung)가 성립할 수 있다. 그러나 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문은 이와 약간 상이한 규정을 두고 있으므로 이 규정의 의미를 살펴볼 필요성이 있고, 또한 DIN-표준(DIN-Norm)⁵³⁾ 등의 기술적 표준에서의 환경기준이 독일민법 제906조상의 본질적인 침해의 인정여부에 대한 판단에서의 의미를 검토할 필요성이 있다.

먼저 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문⁵⁴⁾은 공법과 사법의 조화를 위해서, 제2문에서는 “법률이나 법규명령(Rechtsverordnungen)에 규정된 한계기준(Grenzwerte)이나 권고기준(Richtwerte)이 이러한 법규정에 따라서 조사되고 평가된 침해에 의해서 초과되지 않으면 일반적으로(in der Regel) 비본질적 침해이다”라고 규정하고, 제3문에서는 “연방임대시온방지법 제48조에 의해서 만들어진 기술의 수준을 반영하는 일반적인 행정규칙상에서의 수치도 마찬가지이다”라고 규정하고 있다. 그러므로 제906조상의 침해의 본질성을 판단하기 위해서는 TA-Luft와 TA-Lärm에서의 배출허용기준, 측정방법, 기술적인 취급법(technische Verfahrenswerten) 등에 대한 행정규칙에서의 규정이 중요하게 된다.⁵⁵⁾ 그리

53) DIN 표준은 독일 표준화연구소(Deutsches Institut für Normung e. V.: DIN)의 표준을 말하는데, 이에 관하여 상세한 것은, 진경운, 독일법상 기술적 표준의 제정과 제정자의 책임, 민사법학 제26호, 2004. 9, 76-79면 참조).

54) 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문은 1994년 9월 21일의 ‘물권법개정 법률(Sachenrechtsänderungsgesetz vom 21. 9. 1994)’에 의하여 추가되었다(BGBI. I 2457).

55) Marburger, Peter, a. a. O. C106; BGHZ 70, 102(제906조 1항 1문에서의 침해의 비본질성 및 배출하는 시설의 장소통상적 이용의 평가에서는 측정결과가 TA-Luft에 규정된 기준치와 관련되어야만 하고, 그러한 비교의 진술치(Aussagewerte)의 평가는 TA-Luft에 규정된 측정방법이 고려되어야만 한다).

고 이 규정에 의하면 ‘법률이나 법규명령에서 규정된 한계기준(Grenzwerte)과 권고기준(Richtwerte)’⁵⁶⁾을 준수하거나 연방임깃시온방지법 제48조에 의하여 만들어진 TA-Luft나 TA- Lärm⁵⁷⁾과 같은 행정규칙을 초과하지 않은 임깃시온은 일반적으로 비본질적인 침해(unwesentliche Beeinträchtigung)로 침해를 받는 자가 인용해야 한다는 것이 된다. 이 규정의 의미를 좀더 구체적으로 보면, 법원은 침해가 상응하는 기준치를 초과하지 않은 경우에는 단지 비본질적인 침해만이 인정되는 것으로 일반적으로 받아들여야 하고, 아주 좁게 한정된 요건 아래서만 예외적으로 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 인정될 수 있는 것으로 볼 수 있다는 것이 된다.⁵⁸⁾

이러한 규정의 입법이유는 통상 공법과 사법의 조화를 위하여 개정되었다고 하지만,⁵⁹⁾ 입법이유서 내용을 요약해 보면 다음과 같다. 입법이유서에서는, 제906조 제1항 제2문의 입법을 통하여 비본질적인 침해라는 불확정 법적 개념을 보완하는 것이며,⁶⁰⁾ 만약 침해가 법적 규정을 준수하면 상린관계자는 이를 감수하여

56) 제906조 제1항 제2문상의 법률이나 법규명령에는 연방임깃시온방지법(BImSchG)에 의하여 만들어진 명령이 특히 이에 해당하는데, 소규모난방시설에 대한 시행령(Verordnung über Kleinf Feuerungsanlagen-1. BImSchV), 기화성 할로겐화탄화수소물질의 에미시온 제한에 대한 시행령(Verordnung zur Emissionsbegrenzung von leichtflüchtigen Halogenkohlenwasserstoffen-2. BImSchV), 잔디깎는 기계소음에 대한 시행령(Rasenmäherlärm-Verordnung-8. BImSchV), 대규모난방시설에 대한 시행령(Verordnung über Großfeuerungsanlagen-13. BImSchV), 건설기계소음에 대한 시행령(Baumaschinenlärm-Verordnung-15. BImSchV), 교통소음방지 시행령(Verkehrslärmschutzverordnung-16. BImSchV), 스포츠시설소음방지 시행령(Sportanlagenlärm-schutzverordnung -1. BImSchV)이 이에 해당된다(BT-Dr. 12/7425, S. 88).

57) 연방임깃시온방지법 제48조에 의하여 제정된 일반적인 행정규칙으로서 ‘소음방지를 위한 기술적 지침’(Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm: TA- Lärm)과 ‘공기 오염방지에 대한 기술적 지침’(Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft: TA-Luft)이 있다(Hans D. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz(Kommentar), 5. Aufl., §48 Rdnr. 8-25).

58) Peter Marburger, Zur Reform des §906 BGB, Festschrift für Wolfgang Ritter, 1997, S. 904.

59) BT-Drs. 12/7245, S. 86f.

60) BT-Dr. 12/7245, S. 87f.

야 하고 그렇지 않은 경우에는 상린관계자가 침해에 대해서 방어할 수 있는 것으로 되어, 이를 통하여 방해자 뿐만 아니라 상린관계자에게도 법적 안정성을 확보할 수 있는 것이 된다. 그리고 공법적 환경기준과 관련하여 일반적으로(in der Regel)이라는 표현을 통하여, 기준치의 준수는 항상 반드시가 아니라 통상 침해의 비본질성을 받아들일 수 있도록 하며, 반대로 기준치의 초과시에는 강제적으로 본질적인 침해라는 것을 설정시키지 않고 개별적인 상황에 유보할 수 있도록 한다. 이러한 해결은 배출자를 위하여 분명한 이점을 가져오는데, 지금까지는 배출자가 침해가 단지 비본질적이고 이에 따라 상린관계자가 인용해야 한다는 것을 주장하고 입증해야 했다. 하지만 새로운 입법을 통하여 입증주체의 변화를 가져오는데, 배출자는 단지 공법적 한계치나 기준치의 준수에 대한 진술과 입증만을 부담하고, 반면에 상린관계자는 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 존재한다는 것을 입증해야하기 때문이다. 상린관계자의 이러한 입증에서는 법원이 완전한 확신을 가지도록 입증해야 한다. 그러므로 상린관계자의 입증을 위해서는 법률상의 추정(§292 ZPO)과 유사하게 입증책임의 전환을 발생시키게 된다는 것이다.⁶¹⁾

그리고 독일민법 제906조의 이러한 개정의 이유는 또 다른 측면에서 찾아볼 수 있다. 1982년 독일 연방대법원은 전술한 테스니장판결(Tennisplatz-Urteil)⁶²⁾에서 테니스장의 소음에 대하여 상린관계자의 방어청구를 받아들임에 따라, 스포츠 시설소음이 어느 정도 범위내에서 허용가능한가의 기준마련의 필요성이 제기되었다. 이에 1991년에, 스포츠시설은 연방임및시온방지법에 따라서 인가를 요하는 시설은 아니지만, 연방임및시온방지법상 스포츠시설은 토지에 고정된 설비에 해당되므로 인가를 요하지 않는 시설에 적용되는 연방임및시온방지법의 규정(§§22-25 BImSchG)에 따라서, 연방임및시온방지법 제18차 시행령인 스포츠시설소음방지 시행령(Sportanlagenlärmschutzverordnung)⁶³⁾을 제정하였다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 스포

61) BT-Drs 12/7425, S 88.

62) BGH NJW 1983, 751.

63) Achtzehnte Verordnung zur Durchführung des Bundes- Immissionsschutzgesetzes (Sportanlagenlärmschutzverordnung- 18. BImSchV) v. 18. 7. 1991, BGBl. I

츠시설소음방지 시행령은 정온시간(Ruhezeit)을 포함하는 일정한 시간대에 준수해야 하는 임박시온기준치를 규정하였다.⁶⁶⁾ 즉 1991년 10월 26일에 발효된 스포츠시설소음방지 시행령을 통하여, 연방정부는 스포츠시설의 설치 및 영업에 적용되는 임박시온기준치(Immissions-Richtwerte)를 규정함으로써 스포츠시설소음이 어느 정도 범위에서 허용가능한가에 대한 불만족스러운 법적 상태에 대한 다툼을 종결하려고 하였다.⁶⁷⁾ 또한 연방주를 대표하는 연방참사원(Bundesrat)은 1991년 12월의 연방임박시온방지법 개정법 초안(Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes)에서, 동법에 제25a조

S. 1588.

- 64) 연방임박시온방지법 제18차 시행령의 제정에 의하여 스포츠시설소음이 어느 정도 범위에서 허용가능한가에 대한 불만족스러운 법적 상태에 대한 다툼이 종결되었다고 볼 수 있다. 그리고 시행령의 내용은 TA-Lärm과 VDI-Richtlinie 2058에서 유래한다. VDI-Richtlinie는 독일기술자협회(Verein Deutscher Ingenieure: VDI)의 소음방지, 먼지와 공기청정에 대한 규칙서를 말한다.
- 65) 보다 자세한 것은, 전경운, 스포츠시설의 소음에 대한 규제와 책임, 스포츠와 법(제2권), 한국스포츠법학회, 2001, 273-279면 참조.
- 66) 스포츠시설소음방지 시행령 제2조 제5항에서는 주간(tags), 야간(nachts), 정온시간(Ruhezeit)에 따라서 각각 달리 임박시온기준치를 정하고 있다. 스포츠시설소음방지시행령 제2조 제2항에 의하면, i) 영업지역에서는 정온시간 이외의 주간에는 65dB, 정온시간대의 주간에는 60dB, 야간에는 50dB, ii) 중심지역, 마을지역과 혼합지역에서는 정온시간 이외의 주간에는 60dB, 정온시간대의 주간에는 55dB, 야간에는 45dB, iii) 일반주거지역과 소규모취락지역에서는 정온시간 이외의 주간에는 55dB, 정온시간대의 주간에는 50dB, 야간에는 40dB, iv) 전용주거지역에서는 정온시간 이외의 주간에는 50dB, 정온시간대의 주간에는 45dB, 야간에는 35dB, v) 병원과 간호시설을 위한 요양지역에서는 정온시간 이외의 주간에는 45dB, 정온시간대의 주간에는 45dB, 야간에는 35dB을 스포츠시설의 소음임박시온기준치로 규정하고 있다. 또한 개별적인 단시간의 소음최고치(Einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen)는 일정한 범위내에서만 임박시온기준치를 초과할 수 있는데, 스포츠시설소음방지 시행령 제2조 제4항에 의하면 제2항에서 규정하는 임박시온기준치보다 주간에는 30dB을 야간에는 20dB보다 높지 않게 초과할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 스포츠시설이나 스포츠시설에 의하여 원인된 소음임박시온은 스포츠시설소음방지시행령에 규정한 별표(Anhang)에 따라서 조사되어야 한다.
- 67) Volker Kregel, Änderung von §906 I BGB im Rahmen des Sachenrechtsänderungsgesetzes, NJW 1994, S. 2599; 안경희, 공법상 배출허용기준의 사법상 의미, 비교사법 제11권 4호(통권27호), 2004. 12. 333면.

를 첨가하여, 스포츠시설이 공법적 규정에 일치하여 운영되는 한, 비영업적 목적으로 운영되는 스포츠시설에서의 스포츠소음을 통한 침해에 대하여 상린관계자가 민법상의 방어청구권을 행사하지 못하도록 입법하려고 하였다.⁶⁸⁾ 물론 연방참사원의 이러한 입법안에 대해서, 연방정부는 비영업적 스포츠시설에 대한 분명한 제한은, 영업적 스포츠시설과 다른 공공복지를 위한 시설이 공법적 규정에 일치하여 운영되더라도 민사상 방어청구권을 행사할 수 있다는 반대결론에 이르게 됨으로써, 사법과 공법상 임의시온방지법의 척도의 동일성이 다시 문제될 수 있으므로, 이러한 입법에 대하여 반대의 입장을 표시하였다.⁶⁹⁾ 이러한 연방정부의 기대에 부응하여, Zweibrücken 고등법원⁷⁰⁾은 1992년 4월 2일의 판결을 통하여, 스포츠시설에서 발산되는 소음에 대하여 민법 제906조 제1항의 의미에서의 소음 임의시온의 본질성의 판단에서 스포츠시설소음방지 시행령에 규정된 기준치가 출발점이 되어야 한다고 하였다. 하지만 1992년 4월 24일의 테니스시설 소음임의시온에 대한 Koblenz 고등법원의 판결⁷¹⁾을 통하여서는, 판례에서 민법과 공법상 임의시온방지법 사이에 이루어졌던 조화가 파괴되었다.⁷²⁾ Koblenz 고등법원은 스포츠시설소음방지 시행령상의 기준치의 수용을 거부하고, 제906조상의 침해의 본질성을 판단함에 있어서 위 시행령에서 규정한 기준치를 준수한 경우에도 본질적인 침해가 될 수 있다고 보았다. 이로써 실무상 불확정은 계속 존속할 수밖에 없게 되었다. 이러자 스포츠시설 보유자들이 스포츠시설에 대한 민법상의 방어청구권의 행사를 저지하기 위하여 스포츠로비를 하여, 연방의회의 스포츠위원회(Sportausschuss des Bundestages)의 노력을 통하여, 1994년 9월의 ‘물권법개정 법률’에 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문이 추가되었다.⁷³⁾

68) BT-Dr. 12/1866, S. 6.

69) BT-Dr. 12/1866, S. 6-7.

70) OLG Zweibrücken, NJW 1992, 1242.

71) OLG Koblenz, NVwZ 1993, 301.

72) Volker Kregel, a. a. O., S. 2599.

73) 이러한 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문의 개정과정의 특이함에 대해서는, Klaus Fritz, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von §906 I BGB, NJW 1996, S. 573-574.

(2) 개정내용에 대한 학자들의 입장

이러한 독일민법 제906조 제2문과 제3문에 대해서, Peter Marburger 교수는 입법자가 너무나 조급하고 주의없이 제정한 졸속입법이라고 강하게 비판을 제기하면서, 시급한 개정을 주장하고 있다.⁷⁴⁾ Marburger 교수는 다음의 3가지 점에서 제906조 제1항 제2문과 제3문을 강하게 비판하고 있다.⁷⁵⁾ 첫째로 법률상의 추정과 유사하게 입증책임의 전환(Beweilastumkehr)을 가져온다⁷⁶⁾는 것은 환경사법에서의 체계위반적 침해를 일으킨다는 것이다. 독일민법 제1004조와 제906조에 의한 방어청구권의 행사시 민법 제906조 제1항의 개정전에는, 관련된 상린관계자는 그의 소유권과 피고의 토지에서 발산되는 임밋시온, 임밋시온의 자신의 토지에 대한 침해 및 양자사이의 인과관계만을 진술하고 입증하면 되었다. 그러면 배출자가 침해가 없다거나 단지 비본질적인 침해만이 존재한다는 것, 또는 장소통상적인 침해이면서 경제적으로 기대가능한 방지조치를 통하여 침해를 저지할 수 없음을 입증하여야 했다. 이러한 입증책임의 분배는 각 당사자가 해당 법적 규범의 사실상의 요건을 주장하고 입증해야 한다는 일반적 입증책임원칙에 상응한 것이다.⁷⁷⁾ 그러나 제906조 제1항의 개정을 통하여 배출자가 공법상 한계치나 기준치의 준수를 입증한 경우에는 상린관계자가 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 있다는 것을 입증하여야 한다.⁷⁸⁾ 즉 배출자가 공법상 한계치나 기준치의 준수를 통하여 비본질적인 침해에 대한 입증책임이 면제된다는 것인데, 이는 불명료성에 대한 법적인 입증책임의 분배를 잘 형성된 상태에서 한 쪽으로 기울어진 상태를 만들어 내게 된다. 이것은 사법적인 임밋시온방지법체계의

74) Peter Marburger, a. a. O., S. 921(가능한 한 빨리 개정된 제906조 제1항 제2문과 제3문은 폐지되어야 한다고 한다).

75) A. a. O., SS. 904-913.

76) BT-Dr. 12/7425, S. 88; Klaus Fritz, a. a. O., S. 574; Staudingers Komm/Herbert Roth, 13. Aufl., 1996, §906 Rdnr. 178; Palandt/Bassenge, BGB, 55. Aufl., §906 Rdnr. 20.

77) 이에 따라 원고는 그의 청구권의 근거를 입증하고, 피고는 권리방해적, 권리정지적, 또는 권리멸각적 사유에 대하여 입증책임을 지게 된다.

78) Staudingers Komm/Herbert Roth, a. a. O., §906 Rdnr. 178.

심각한 침해를 의미하게 되고, 또한 공법상의 기준치의 준수가 이러한 체계침해를 정당화시킬 수 있는지의 여부는 분명히 의심스럽다고 할 것이다.⁷⁹⁾ 이로 인해서 제906조 제1항의 개정내용에서도 공법상의 기준치의 준수는 일반적으로(in der Regel) 비본질적인 침해이다라고 규정하였다고 할 것이다. 둘째로 배출자가 제906조 제1항 제2문과 제3문에서 언급한 기준치를 준수한 경우에 침해의 본질성에 대한 입증책임을 상린관계자가 부담하게 된다는 것은, 공법적 규정에 민법의 강한 구속성을 의미한다.⁸⁰⁾ 입법이유서에서도 말하듯이 공법상 기준치의 준수는 항상 반드시가 아니라 통상 침해의 비본질성을 의미함으로, 사실 구체적인 사건에서 민사법원을 통하여 심사될 수 있지만, 민사법원의 검토의 한계는 매우 제한적이라고 할 것이다. 문제되는 공법상의 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 받아들여지자면, 침해의 본질성의 입증시에 상린관계자는 법원이 완전한 확신을 가지도록 입증해야만 하기 때문이다. 또한 공법상의 한계치와 기준치는 사법상의 상린관계법에서 공법적 환경법에서와 같은 구속적 효과를 가질 수는 없다. 왜냐하면 침해의 본질성은 개별적 사건의 구체적인 상황에 의하여 판단되는 것이므로, 공법상의 추상적 일반적 확정이 최종적인 기준이 될 수는 없기 때문이다. 즉 공법상의 한계치와 기준치의 준수와 연결된 입증책임을 전환은 공법에 대한 사법상의 상린관계법의 크다란 종속성을 가져올 것이고, 환경행정법과의 관계에서 환경사범의 필요하고도 승인된 보완적 보호기능은 정지되고 말 것이다. 셋째로 제906조 제1항 제2문과 제3문은 유동적 지시(dynamische Verweisung)를 한 것으로 헌법상 고려에서도 문제점이 있다.⁸¹⁾ 제906조 제1항 제2문은 ‘법률이나 법규명령’에 지시를 하고 있고, 제906조 제1항 제3문은 공포나 효력발생의 확정된 시점의 언급이 없이 연방임및시온방지법 제48조에 의한 ‘일반적인 행정규칙’

79) 그리고 공법상의 한계치나 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 존재한다는 것을 원고가 입증해야 한다면, 사실상 원고의 제1004조에 의한 방어청구권은 거의 성공하지 못할 것이다(Peter Marburger, a. a. O., S. 905).

80) Peter Marburger, a. a. O, S. 908.

81) Peter Marburger, a. a. O., S. 910-912(그리고 제906조 제1항 제2문의 법문상 “일 때는 일반적으로 비본질적인 침해이다”라는 법문 자체는 지금까지의 민법규정과는 매우 상이한, 독특한 규정이라고 할 것이다).

에 지시를 하고 있다. 이것은 민법규정이 장래 변경되는 행정규칙 등에 의하여 영향을 받기 때문에, 지시하는 법규범의 내용과 의무상황이 확정적인 것이 아니라 행정규칙제정자 등을 통하여 변경될 수 있음을 나타낸다. 이것은 헌법상의 대의 민주주의 원칙(Art. 20 Abs. 2 GG)에 반할 뿐만 아니라, 헌법상의 법치국가의 원칙(Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG)에서 유래하는, 관련된 법적 내용이 확정되어야 한다는 원칙(Bestimmtheitsgrundsatz)에 반하게 되기 때문에 무효일 수 있다.⁸²⁾

그러면 1994년에 개정된 제906조 제1항 제2문과 제3문에 대해서 해석론의 입장을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 학설에서는 제906조 제1항 제2문에서 ‘일반적으로(in der Regel)’이라는 표현을 사용하고 있으므로 개별적인 경우에는 침해의 본질성의 판단에서 공법상의 한계치와 기준치에 구속되지 않고 상이하게 판단하는 것이 인정된다고 본다.⁸³⁾ 이에 따라 공법상의 기준치나 한계치를 준수한 경우에 침해의 비본질성이 일반적으로 인정된다는 제906조 제1항 제2문과 제3문의 해석론은 다양하게 전개되고 있다. 먼저 제906조 제1항 제2문과 제3문은 입법이유서에서 밝힌 내용과 동일하게, 일반적으로 법률상의 추정과 유사하게 입증책임의 전환을 가져온다는 입장이 있다.⁸⁴⁾ 이 견해에 의하면 독일민법 제1004조와 제906조에 의한 방어청구권의 행사시, 과거에는 배출자(피고)가 침해가 없거나 단지 비본질적인 침해만이 존재한다는 것, 또는 장소통상적인 침해이면서 경제적으로 기대가능한 방지조치를 통하여 침해를 저지할 수 없음을 입증하여야 했다. 그러나 제906조 제1항의 개정을 통하여 배출자가 공법상 한계치나 기준치의 준수를 입증한 경우에는, 상린관계자가 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 있다는 것을 입증하여야 하므로 입증책임의 전환을 가져온다고 한다.⁸⁵⁾

82) Wolf-Rüdiger Schenke, Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 745.

83) Klaus Fritz, a. a. O., S. 575; Volker Kregel, a. a. O., S. 2600.

84) BT-Dr. 12/7425, S. 88; Klaus Fritz, a. a. O., S. 574; Staudingers Komm/Herbert Roth, 13. Aufl., 1996, §906 Rdnr. 178; Palandt/Bassenge, BGB, 55. Aufl., §906 Rdnr. 20.

85) Staudingers Komm/Herbert Roth, a. a. O., §906 Rdnr. 178.

둘째의 입장은 기존 판례의 견해와 같은 입장을 취하고 있다. 기존 연방대법원의 판례는 공법상의 한계치나 기준치의 초과는 본질적 침해를 위한 간접증거(Indiz)로, 기준치의 준수나 미달은 비본질적인 침해를 위한 간접증거로 보았다.⁸⁶⁾ 물론 기준치의 초과에 대해서 더 분명한 입장을 부여하여서, 기준치의 초과는 본질적인 침해를 의미하고, 기준치의 미달의 경우에는 비본질적인 침해로 인정하는 것이 강제되지 않는다고 하였다.⁸⁷⁾ 바로 이러한 판례의 입장과 같이, 제906조 제1항 제2문과 제3문의 의미를 해석하여, 해당하는 공법상의 한계치나 기준치의 준수나 미달은 침해의 비본질성을 의미하는 간접증거로 보자는 것이다.⁸⁸⁾ 그런데 간접증거(Indiz)로 보자는 견해는 용어적으로 문제가 전혀 없는 것은 아니다. ‘간접증거’는 원래 구성요건과는 관련이 없는 보조사실을 의미하는 것으로서, 즉 법규에서 정하는 구성요건에 해당하는 사실은 아니나 이를 추단할 수 있는 간접사실을 증명함으로써 결국 법규상의 구성요건사실이 충족되었음을 증명하는 것으로서, 단지 간접적으로 법적으로 중대한 것이 되는 보조사실이다. 나아가 간접사실은 주요사실의 존재를 추단하는 기초가 되는 사실이므로 기준준수를 간접사실로 인정하려면 침해의 비본질성이 주요사실이어야 한다. 그런데 제906조 제1항의 의미에서 침해의 비본질성은 사실(Tatsache)이 아니고, 법관의 판단을 통하여 충족되어야 하는 규범적 구성요건(normative Tatbestandsmerkmal)이다.⁸⁹⁾ 그러므로 기준치의 준수여부는 입증수단(Beweismittel)이 아니고 실체법적인 평가를 위한 보조수단(Hilfsmittel)인 것이다.⁹⁰⁾

셋째의 입장은, 제906조 제1항의 침해의 비본질성의 판단에서 한계치나 기준

86) BGHZ 70, 102, 107; BGHZ 92, 143, 151; BGHZ 111, 63, 66f.; BGHZ 120, 239, 251; BGHZ 121, 248, 251f.; BGH NJW 1995, 132, 133.

87) 기준치의 초과는 원칙적으로 본질적인 침해를 의미하고(BGH NJW 1995, 132, 133; BGHZ 120, 239, 256f.), 또한 기준치의 초과는 본질적인 침해를 의미하고 기준치의 미달은 비본질적인 침해임을 전제하지는 않는다고 하였다(BGHZ 121, 248, 251).

88) Karl Heinz Schwab/ Hanns Prütting, Sachenrecht, 32. Aufl., Rdnr. 332.

89) Peter Marburger, a. a. O., S. 916.

90) Peter Bitzer, Grenz- und Richtwerte im Anwendungsbereich des §906 BGB, Dissertation, 2000, S. 107; Peter Marburger, a. a. O., S. 916-918.

치의 준수는 입증책임법적 기능은 없고, 침해의 본질성여부는 법관의 판단을 통하여 구체적으로 충족되므로, 기준치의 준수는 법관이 제906조 제1항의 침해의 본질성여부를 판단하는데 의미를 가질 수 있다는 것이다.⁹¹⁾ 이에 의하면 공법상의 한계치나 기준치의 준수는 법관이 침해의 비본질성을 판단하는데 있어서, 방향설정의 보조수단(Orientierungshilfe) 내지 판단의 보조수단(Beurteilungshilfe), 법의 선취된 평가(antizipierten Würdigung) 내지는 규정의 예(Regelbeispiel)에 불과하다는 것이다.⁹²⁾ 그러므로 규정의 예 내지는 판단의 보조수단으로서 제906조 제1항 제2문과 제3문의 규정형태를 통하여, 사실심법관에게는 개별적 사건의 특별한 상황을 고려할 공간이 남아있게 된다. 즉 TA-Luft와 TA-Lärm에 규정된 기준치에 미달하더라도 개별적인 경우에 본질적인 침해로 평가할 수 있는데, 이는 제906조 제1항 제2문에서 TA-Luft와 TA-Lärm는 일반적으로(in der Regel) 기준적이 된다고 설명되기 때문이다. 입법이유서에서도 기준치의 준수시에 항상 반드시가 아니라 통상 비본질적인 침해로 보자고 하고 있으므로,⁹³⁾ 이러한 해석을 하는 것이 가능한 것이다. 이러한 해석을 통하여 공법상의 규정을 가능한 한 넓게 고려할 수 있으며, 또한 공법에 대한 민법의 필요한 자주성이 지켜질 수 있게 된다.

(3) 독일 판례의 입장

그러면 1994년 제906조 제1항 제2문과 제3문이 개정되고 난 이후의 독일 연방대법원의 판례의 입장은 어떠한가? 독일 연방대법원은 1997년의 판결을 통하여 TA-Luft의 기준치의 준수에도 불구하고 배출한 유해물질들이 건강을 해치는 결과를 야기할 수 있다고 보았다.⁹⁴⁾ 그리고 2001년의 연방대법원의 판례에서는

91) Peter Marburger, a. a. O., S. 917; Peter Bitzer, a. a. O., 107.

92) Peter Marburger, a. a. O., 917; Peter Bitzer, a. a. O., S. 107; Harry Westermann, Westermann Sachenrecht, 7. Aufl., S. 500; Münchener Komm/Säcker, 3. Aufl., 1997, §906 Rdnr. 69.

93) BT-Dr. 12/7425, S. 89f.

94) BGH NJW 1997, 2748, 2749.

좀더 분명하게, 기준치(Richtwerte)의 준수나 미달은 침해의 비본질성을 의미하는 간접증거일 수 있지만, 개별적인 사건에서 적당한 소음임치시의 한계는 수학적 정확성이 아니라 평가하는 판단을 토대로 확정해야 한다고 하면서, 소음침해는 측정치에 의해서가 아니라 사실심법관의 합리적인 판단에 기초가 되는 모든 일련의 상황에 의해서 좌우된다고 하였다.⁹⁵⁾ 이는 1994년의 제906조 제1항 제2문에서 입법자가 ‘일반적으로’라는 표현을 사용함으로써 개별사건과 관련하여 사실심법관의 판단여지를 제공하는 빌미를 제공했다고 하고 있다. 또한 제906조 제1항 제2문과 제3문에서 말하는 환경기준에 해당하는 것은 아니지만, 1998년 판결에서도 DIN-Norm 4150에서 설정된 한계치에 미달되었음에도 불구하고 폭발에 의하여 발생한 진동에 의하여 이웃가옥에 물적 손해가 발생한 사건에서 제906조 제1항의 의미에서 본질적인 침해가 인정된다고 하였다.⁹⁶⁾ 이를 보면 독일의 판례는 공사법의 조화를 위한 제906조 제1항 제2문과 제3문의 개정에도 불구하고, 실제로는 과거의 판례와 같은 입장을 보여주고 있다고 할 것이다.

(4) 기술적 표준상의 환경기준의 법적 의미

지금까지는 제906조 제1항 제2문과 제3문에서 언급된 TA-Luft, TA-Lärm 등의 환경기준의 사법상의 의미를 살펴보았다. 그러면 제906조 제1항 제2문과 제3문에서 해당되지 않는 환경기준과 DIN-표준, VDI-지침 등에서 규정한 환경기준이 제906조상의 침해의 본질성판단에서 어떠한 법적 의미를 가지는지를 살펴볼 필요성이 있다. 예를 들어, 독일에서 VDI-Richtlinie 2058⁹⁷⁾은 법적 실무에서 소음침해에 대한 판단을 함에 있어서 출발점으로 차용되고 있으며, 오늘날 교통소음방지명령(Verkehrslärmschutzverordnung)의 기준이 되고 있다.⁹⁸⁾ VDI-Richtlinie 2058은 영업과 산업(Gewerbe und Industrie)에서 발생하는 소음에 대한

95) BGH NJW 2001, 3119, 3120.

96) BGH NJW 1999, 1029.

97) VDI-Richtlinie는 독일기술자협회(Verein Deutscher Ingenieure: VDI)의 소음방지, 먼지와 공기청정에 대한 규칙서를 말한다.

98) Staudingers Komm/Herbert Roth, a. a. O., §906 Rdnr. 169.

기준치를 규정하고 있다.⁹⁹⁾ TA-Lärm에 대한 VDI-Richtlinie 2058의 우선성 (Bevorzugung)은 VDI-Richtlinie 2058에 규정된 내용이 좀더 최신의 자료를 토대로 하여 새로운 인식상태를 포함하고 있다는 데서 그 정당성이 주어진다.¹⁰⁰⁾ 이에 따라 VDI-Richtlinie 2058은 대부분 장기소음(Dauerlärm)의 평가에서 판단의 보조수단으로 활용이 된다. 즉 공장소음,¹⁰¹⁾ 미니골프시설소음,¹⁰²⁾ 시가전차순회 (Straßenbahnkehre)소음,¹⁰³⁾ 음식점소음, 비행소음, 거리교통(Straßenverkehr) 소음¹⁰⁴⁾ 등의 소음침해에서 판단의 보조수단으로 활용이 되었다.

즉 독일의 판례는 DIN-표준, VDI-지침 등에서 규정한 환경기준은 제906조상의 침해의 본질성 판단에서 판단의 보조수단 또는 권고기준(Richtwert)에 불과하므로 사실심법관이 자신의 판단에 의하여 판단해야 한다고 보고 있다. 구체적으로 보면, 침해하는 시설에서 발산하는 임펄스음수치가 TA-Luft에서 규정한 수치를 초과하면 본질적 침해이고, TA-Luft에서 규정한 수치가 미달되면 침해의 본질성에 대한 판단은 기타 입증된 결과와 더불어서 평가해야 한다고 하였다.¹⁰⁵⁾ 또한 VDI-Richtlinie 2058은 테니스장 소음의 본질성여부를 판단하는데 있어서 판단의 실마리(Anhaltspunkt)로 판단하는 것은 정당하다고 하였으며,¹⁰⁶⁾ 민속축제 소음판결에서도 LAI-Hinweise¹⁰⁷⁾는 전문가에 의하여 만들어지고 연방주에서 적용되는 지침으로서 법원의 판단에서도 판단의 보조수단(Entscheidungshilfe)

99) VDI-Richtlinie 2058에 규정된 소음기준치를 보면, 일반주거지역에서는 주간 55dB(A)·야간 40dB(A), 전용주거지역에서는 주간 50dB(A)·야간 35dB(A), 요양지역 및 병원과 간호시설이 있는 지역에서는 주간 45dB(A)·야간 35dB(A)이다.

100) Staudingers Komm/Herbert Roth, a. a. O., §906 Rdnr. 169.

101) BGHZ 46, 35.

102) OLG Karlsruhe ZMR 1989, 90.

103) BGH NJW 1968, 1133.

104) BGH MDR 1978, 286.

105) BGHZ 70, 102.

106) BGH NJW 1983, 751.

107) LAI-Hinweise는 1988년 4월 26일에 라인란트-팔츠주 환경부장관에 의하여 공포된 것으로서, 여가시설(Freizeitanlage)에서 발산되는 소음의 평가와 판단에 적용되는 환경기준이다.

으로 사용될 수 있으며, TA-Lärm과 유사하게 소위 선취된 전문가감정서로 볼 수 있고, 해당하는 기준치의 초과는 제906조 제1항의 의미에서 본질적인 침해가 된다고 하였다.¹⁰⁸⁾ 그 외 1998년 판결에서도 DIN-Norm 4150에서 설정된 한계치에 미달되었음에도 불구하고 폭발에 의하여 발생한 진동에 의하여 이웃가옥에 물적 손해가 발생한 사건에서 제906조 제1항의 의미에서 본질적인 침해가 인정된다고 하였다.¹⁰⁹⁾ 이와 같이 판례의 입장은 DIN-표준, VDI-지침 등에서 규정한 기준치의 초과는 제906조 제1항의 의미에서 본질적인 침해가 인정된다고 보면서, 기준치의 준수나 미달시에도 사실심 법관이 개별적 사건에서 구체적으로 판단하여 본질적 침해가 인정될 수 있다고 하고 있다. 이러한 판례의 입장과 마찬가지로 학설에서도 DIN-표준, VDI-지침 등에서 규정한 기준치와 관련하여, 이러한 기준치는 침해의 본질성여부를 판단하기 위한 판단의 보조수단 또는 판단의 실마리로서, 사실심법관은 제906조 제1항 제2문과 제3문에도 불구하고 경우에 따라서는 전문가감정의 원용아래, 자신의 합리적인 느낌에 의존하여 판단하여야 한다고 한다.¹¹⁰⁾

2. 불법행위책임에서의 환경기준의 의미

독일민법 제906조에 의해서 인용해야 하는 환경침해는 위법하지 않고, 이에 따라 피해자에게는 독일민법 제823조 제1항에 의한 불법행위로 인한 손해배상청구권도 인정되지 않는다.¹¹¹⁾ 이것은 제906조에 의하여 침해의 비본질성이 인정되면 제823조 제1항에 의한 청구권에서도 가행행위의 위법성이 인정되지 않기 때문이다. 제906조 제1항에 의해서 인용해야 하는 비본질적 침해에 대해서는 상린자의

108) BGHZ 111, 63, 67.

109) BGH NJW 1999, 1029.

110) Staudingers Komm/Herbert Roth, a. a. O., §906 Rdnr. 170; Münchener Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 51-64.

111) Peter Marburger/Heinrich Herrmann, "Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung für Umweltschäden," JuS 1986, S. 355; Staudingers Kommentar/Herbert Roth, a. a. O., § 906 Rdnr. 57.

사회공동생활에서 어떤 사소한 방해는 피할 수 없고 사회상당성(sozialadäquat)이 있으므로 손해배상없이 감수해야 한다는 것이 된다.

TA-Luft, TA-Lärm, DIN-Normen, VDI-Richtlinien 등과 같은 일반적인 행정적 규칙 등으로서의 환경기준(Umweltstandards)도 위에서 살펴본 바와 같이 불법행위책임에서도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다. 즉 행정규칙 등으로서의 환경기준은 행정내부적인 규정으로서 사인간에 직접적인 법적 효과를 가질 수 없으므로 위법성에서 독자적인 의의를 가질 수는 없다.¹¹²⁾ 하지만 이러한 환경기준의 준수는 제906조 제1항의 의미에서 침해가 본질적인 침해인지 여부의 문제에서 고려될 수 있다. 하지만 오늘날 일반적인 견해에 의하면 환경기준치를 초과한 임짓시온은 제906조 제1항의 의미에서 본질적인 침해이고, 반면에 환경기준의 준수를 통하여 침해의 비본질성이 바로 인정되는 것은 아니라고 하고 있다.¹¹³⁾ 즉 환경기준은 이의 준수로 유해한 임짓시온을 방지할 수 있다는 단지 일반적인 기준에 불과하므로 만약 오염된 토지의 식물에 현저한 손해가 확인되면 기준치의 준수에도 불구하고 본질적인 침해가 성립할 수 있게 된다고 할 것이다.

IV. 마치며

환경침해로 인한 방어청구권의 행사에서나 불법행위로 인한 손해배상청구권 행사시에 공법상의 인허가가 위법성 판단에 영향을 미칠 수 있는지의 여부에 대해서 검토해 보았지만, 독일 판례에서 보여주듯이, 건축법에 따르는 지구상세 계획 등에 의한 건축허가가 독일민법 제1004조에 의한 방어청구권의 적용가능성을 배제할 수는 없고, 단지 독일민법 제906조 제2항의 장소통상적 이용의 판단에서만 어느 정도 영향을 줄 수 있다고 할 것이다. 또한 독일민법 제823조 제1항의

112) Uwe Diederichsen, *a. a. O.*, Referat von Prof. Dr. Uwe Diederichsen zum 56. DJT(1986), L58; Peter Baumann, *a. a. O.*, S. 438.

113) BGHZ 70, 102, 110

위법성에 대한 공법의 영향은 경미한 것이고, 행정청의 인가는 사고손해시와 정상운영을 통하여 인가수여시에 예측하지 않은 그러한 침해를 위해서 결코 행정청의 인가가 침해의 정당화사유가 될 수 없으며, 아울러 정상운영을 통하여 예측한 침해의 발생시에도 행정이 본질적으로 침해를 합법화할 권능이 없으므로 침해가 정당화될 수는 없다고 할 것이다.

그리고 1994년에 개정된 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문은 공법과 사법의 조화를 위해서 일반적으로 공법상의 한계기준이나 권고기준을 준수하면 비본질적 침해가 된다고 규정하였다. 그러나 이러한 개정에 대해서는 독일 내부에서 많은 비판에 제기되고 독일의 판례도 그렇게 보지 않고 있다. 즉 독일 판례는 환경기준상의 배출허용기준을 초과하면 침해가 본질적 침해가 되고, 미달하면 침해가 비본질 침해라는 것을 위한 간접증거(Indiz)가 될 수 있을 뿐이라고 하면서, 개별사건에서 적당한 임깃시온의 한계는 사실심법관의 합리적인 판단에 기초하여 모든 일련의 상황에 좌우된다고 하고 있다. 그러므로 배출허용기준에 미달한다고 해서 반드시 비본질적 침해라고 볼 수는 없다. 즉 환경침해가 환경기준에 규정된 수치에 미달하더라도 개개의 경우에는 경미하지 않은 본질적 침해가 될 수 있다고 보는데, 이는 독일민법 제906조 제1항 제2문에 의하면 배출허용기준 등은 一般的(in der Regel)으로 기준적이 된다고 설명되기 때문이다.

우리나라 판례도 “공장에서 배출된 오염물질(아황산가스)의 농도가 환경보전법에 의하여 허용된 기준치 이내라 하더라도 그 유해의 정도가 통상의 수인한도를 넘어 인근 농장의 관상수를 고사케 하는 한 원인이 되었다면 그 배출행위로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다”고 하고 있다.¹¹⁴⁾ 또한 독일 판례도 위와 같이 공사법의 조화를 위한 독일민법 제906조 제1항 제2문과 제3문의 개정에도 불구하고, 실제로는 과거의 판례와 같은 입장을 보여주고 있다고 할 것이다. 그러므로 우리 민법에서는 독일민법 제906조 제1항 제2문 및 제3문과 유사한 규정을 입법할 필요는 없다고 할 것이다. 이는 앞에서 고찰 한 바와 같이, 첫째로 독일민법 제906조 제1항의 개정은 스프르로비를 통하여 상린관계자의 방어청구권 행사

114) 大判 91. 7. 23, 89다카1275.

에 대비하여 스포츠시설영업자를 보호하기 위한 비정상적 개정이었고, 둘째로 이러한 개정내용은 사법의 기능을 제한하는 것으로서 많은 문제점이 있다고 독일내부에서도 지적되고 있는 점 등으로 보아서 이러한 내용을 우리 민법에 서둘러 도입할 필요성은 없다고 할 것이다.

참고문헌

- 김상용, 채권각론(개정판), 법문사, 2003.
- 홍준형, 환경법, 박영사, 2001.
- 김유환, 환경법규에 있어서의 규제실패와 법적 대응, 환경법연구 제16권, 1993. 12.
- 김해룡, 환경기준에 관한 법적 문제, 환경법연구 제19권, 1997. 12.
- 안경희, 공법상 배출허용기준의 사법상 의미, 비교사법 제11권 4호(통권27호), 2004. 12.
- 전경운, 환경침해피해의 사법상 구제법리, 환경법연구 제25권 2호, 2003. 12.
- 동, 독일법상 기술적 표준의 제정과 제정자의 책임, 민사법학 제26호, 2004. 9.
- Erwin Deutsch, *Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren*, 1976.
- Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. Aufl.
- Karl Heinz Schwab/ Hanns Prütting, *Sachenrecht*, 32. Aufl.
- Medicus, *Bürgerliches Recht*, 17. Aufl.
- Michael Klopfer, *Umweltrecht*, 1989.
- Reiner Schmidt, *Einführung in das Umweltrecht*, 4. Aufl.
- Peter Bitzer, Grenz- und Richtwerte im Anwendungsbereich des §906 BGB, Dissertation, 2000.
- Peter-Christoph Strom, *Umweltrecht*, 6. Aufl.
- Claus-Wilhelm Canaris, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten,” in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, 56.
- Dirk Olzen, Zivilrechtlicher Schutz gegen Belastungen aus der Umwelt, *Jura* 1991, 283.
- Friedhelm G. Nickel, “Industrielle Produktion und Gefährdungshaftung,” *VW* 1988, 964.
- Günter Gaentzsch, Sportanlagen im Wohnbereich, *UPR* 1985, 210.

- Johann W. Gerlach, "Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht," *JZ* 1988, 174.
- ders, Gerlach, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*, 1989. 94f.
- Jost Pietzker, "Mitverantwortung des Staates, Verantwortung der Bürgeres," *JZ* 1985 210f.
- Klaus Fritz, *Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von §906 I BGB*, *NJW* 1996. 573.
- Peter Baumann, *Die Haftung für Umweltschäden aus zivilrechtlicher Sicht*, *JuS* 1989, 438.
- Peter Marburger, "Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts," *Das Gutachten Marburgers zum 56. DJT(1986)*, Bd. I ders, *Zur Reform des §906 BGB*, *Festschrift für Wolfgang Ritter*, 1997, 904f.
- Peter Marburger/Heinrich Herrmann, "Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung für Umweltschäden," *JuS* 1986, 355f.
- Uwe Diederichsen, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts*, *Referat von Prof. Dr. Uwe Diederichsen zum 56. DJT(1986)*.
- Volker Kregel, *Änderung von §906 I BGB im Rahmen des Sachenrechtsänderungsgesetzes*, *NJW* 1994, 2599.
- Wolf-Rüdiger Schenke, *Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen*, *NJW* 1980. 745.

<Zusammenfassung>

Die rechtliche Bedeutung öffentliches Rechts und Umweltstandars im Umweltprivatrecht

Chun, Kyoung Un

Zum Umweltprivatrecht im deutschen Recht gehören diejenigen privatrechtlichen Abwehr- und Schadensersatzansprüche, die auch auf Umweltprobleme Anwendung finden können und die in diesem Zusammenhang dem einzelnen die Möglichkeit geben, seine privaten Interessen in Eigeninitiative zu verteidigen. Im Bereich des Umweltprivatrechts ist zu unterscheiden zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen in bezug auf Umweltbeeinträchtigungen und umweltbezogenen Schadensersatz- und Ausgleichsansprüchen.

Zentrale Grundlage für privatrechtliche Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung von Immissionen ist §1004 Abs. 1 BGB. Ein Abwehranspruch aus dieser Bestimmung ist nicht gegeben, wenn der Eigentümer die Umwelteinwirkung dulden muß. Mittels dieser Duldungspflichten kann das öffentliche Recht somit Einfluß auf den privaten Immissionsschutz nehmen. Dieser Einfluß ist vom Gesetzgeber durch die Ergänzung des §906 Abs. 1 BGB gesetzlich geregelt worden. Demnach wird bestimmten öffentlichen Rechten, Rechtsverordnungen und verwaltungsvorschriften die Rechtsmacht zugestanden, den unbestimmten Rechtsbegriff der Unwesentlichkeit vom Immissionen, welche von dem beeinträchtigen Eigentümer zu dulden sind, normative auszufüllen.

Die Neufassung des §906 Abs 1 BGB ordnet an, wie die Wesentlichkeit im Regelfall auszulegen ist. Dies geschieht durch die Rezeption der in der Grenzwerten und Richtwerten manifestierten Vorgaben der Regelwerke. §906 Abs. 1 BGB kann insoweit als Rechtsanwendungsnorm bezeichnet

werden. Aber die Gerichte sind künftig grundsätzlich zur Heranziehung der Regelwerke gezwungen. Abweichenden Beurteilungen sind möglich, soweit es um pauschalierte Vorgaben geht od. wenn betreffende Vorgaben unbeabsichtigt nicht in das Regelwerk aufgenommen wurden. Und die Untersuchung hat gezeigt, daß öffentlichen Rechts auf die Rechtswidrigkeit I. S. d. §823 Abs. 1 BGB geringer ist als vielfach angenommen. Aus diesem Untersuchung folgt, daß rechtswidrige aber wirksame Genehmigungen im Rahmen des §823 Abs. 1 BGB keine rechtsfertige Wirkung haben.

Schließlich glaube ich, die oben genannten deutsche Theorien können aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit auch auf Korea übertragen werden, zumal die koreanischen Rechtssysteme traditionell mehr oder weniger unter Beeinflußung der deutschen Systeme entwickelt worden sind.

주 제 어 : 환경책임, 환경침해, 환경기준, 기술적 표준, 테니스장판결, 건축허가, 연방입시
시온방지법, 한계기준, 권고기준, 입증책임의 전환

Keywords : Umwelthaftung, Umwelteinwirkung, Umweltstandards, Technische Normen,
Tennisplatz-Urteil, Baugenehmigung, BImSchG, Grenzwert, Richtwert,
Beweislastumkehr