

환경침해로 인한 피해배상시 공익사업의 공익성고려 방안*

전 경 윤**

차 례

- I. 들어가며
- II. 환경침해에 대한 인용의무
- III. 불법행위로 인한 손해배상청구에서 제217조의 의미
- IV. 마치며

[국문초록]

고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등으로 인한 손해배상에서, 이들 사업의 공익성을 반영하여 직접적으로 손해배상액을 제한하는 방법은 현행법상으로는 없는 것으로 보여진다. 하지만 위법성 판단에서 인용의무를 판례와는 달리 민법 제 217조와 관련하여 도출한다면, 토지의 통상적 이용으로 인한 침해는 위법성이 없으므로, 손해배상청구권은 부인되어야 하고, 단지 경제적·기술적으로 기대가능한 방지조치와 조정적 보상청구권만이 인정될 수 있다.

이와 같이 위법성 판단에서 인용의무를 판단한다면, 결국 고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등에 대해서는 토지의 통상적 이용인한 침해에 대해서는 위법성이 없으므로 손해배상청구는 부인되어야 하고, 단지 조정적 보상청구권만이 인정될 수 있다.

* 이 논문은 2011년 12월 3일 중앙환경분쟁조정위원회와 공동으로 개최되었던 한국환경법학회 제107회 정기학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다. 그리고 이러한 주제가 선정된 이유는 중앙환경분쟁조정위원회에서 공익사업으로 인한 환경침해시에 피해배상액을 산정하는데 있어서 공익성을 반영할 수 있는 방법에 대해서 연구하여 발표하여 줄 것을 요구하였기 때문이다.

** 경희대학교 법학전문대학원 교수

조정적 보상청구는 특별희생에 따른 정당한 보상이 아니라, 상당한(적당한) 보상이다. 조정적 보상은 재산권의 내용규정을 통한 부담을 추가적 조정을 통해 완화시키고, 재산권의 헌법적 안정화를 도모하는 것이므로 최소한의 재산권내용의 적정성과 비례성을 확보할 수 있는 정도이면 족하므로, 보상을 하더라도 완전보상까지는 필요가 없다.

이에 따라 고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등의 공익사업으로 인한 환경침해에 대해서 간접적인 방법으로 손해배상액이 제한되는 효과를 얻을 수 있다고 할 것이다.

I. 들어가며

1. 서

20세기 중반이후 과학기술의 발달과 이에 수반한 급진적인 인구의 증가, 공업화, 인구의 도시집중으로 인하여 자연의 자정능력을 훨씬 초과하는 오염물질을 대량으로 배출하게 되어서 환경에 대한 침해는 인간의 생존자체를 위협하는 결과가 되었고, 오늘날 환경문제는 지구적 관심사가 되었다.

이러한 환경침해문제에 대해서 인간은 생존과 산업발전을 계속하기 위하여 환경보호를 위한 기술을 개발하고 환경침해에 대한 법적인 조치를 확대·강화해 나가고 있다. 역사적으로 본다면 환경침해에 대해서 私法的 救濟가 먼저 발전했으며 公法的 規制가 적극화되기 시작한 것은 제2차대전 이후부터의 일이다.

물론 공법적 규제가 효율적으로, 그리고 성공적으로 실시된다면 환경침해는 그 만큼 감소되거나 줄어들었다고 할 수 있으나, 실제 각종의 공법적 규제가 증가하고 엄격해지고 있는 현재에 환경침해는 과거보다 더욱 심하고 광범위하게 일어나고 있는 것을 보면, 오늘날 환경법의 중요성은 공법적 규제에 있다고 말할 수 있을지라도 환경침해에 대한 피해의 私法的 救濟를 논하는 環境私法(Umweltprivatrecht)의 중요성이 약화되었다고 할 수는 없을 것이다.¹⁾ 또한 환경침해에 대해서 사법적 피해구제를 강

1) 김상용, 불법행위법, 법문사, 1997, 264면.

화하는 것은 역으로 환경침해를 예방하는 기능도 갖게 될 것이다.²⁾ 이러한 환경침해로 인한 피해배상에서 고려할 것은 환경침해가 근대 산업사회에서는 피할 수 없는 불가피한 현상을 가지고 있다는 것이다. 즉 환경침해가 시민생활 또는 기업활동에서 일응 허용된 행위일 경우가 많고, 산업사회와 도시의 인구집중으로 어느 정도의 침해는 불가피한 현상으로 나타난다는 것이다. 그러므로 일정한 환경침해에 대해서는 피해자가 끈적하여야만 하고 이에 대해서는 손해배상청구나 유지청구를 할 수 없는 것이다. 우리 민법 제217조에서는 일정한 생활방해를 인용하도록 규정하고 있고, 손해배상청구의 위법성에서 수인한도론 등이 나타나는 것은 이러한 연유에서이다.

2. 환경침해로 인한 손해배상청구에서 공익성 고려의 필요성

최근 우리사회에서 환경침해로 인한 손해배상 중에서 특히 소음침해로 인한 손해배상이 많이 문제로 되고 있는데, 그 대표적인 사례를 보면 다음과 같다.

사례1] 명보빌라, 현대빌라, 창조빌라 등(이하 명보빌라 등이라고 한다)은 경인고속도로 부천인터체인지 동쪽 1km지점에 위치하고 있는데 고속도로변을 따라 동서방향으로 144m에 걸쳐 9개동으로 구성되어 있고, 도로변과 가장 가까운 곳의 이격거리는 9m이며 도로변에는 흡음형(알루미늄) 방음벽이 길이 144m, 높이 4.5m로 설치되어 있다. 국립환경연구원은 2001. 11. 20.에서 2001. 11. 2명보빌라 5동의 1호 라인과 4호 라인에서 소음도를 측정하였는데, 소음도가 가장 높은 곳은 4층 1호로서 주간 77dB(A), 야간 78dB(A)이고, 가장 낮은 곳은 1층 4호로서 주·야간 64dB(A)이었다.³⁾

346인의 명보빌라 등 주민들은 중앙환경분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청하였

2) 불법행위로 인한 손해배상의 기능은, 발생한 손해를 전보해 주는 보상적 기능이 주된 것이지만, 부차적으로 예방적 기능이 일반적으로 인정된다.

3) 명보빌라 등의 각 호별 측정 소음도와 동, 호별 거리를 고려한 추정 소음도는 아래와 같다.

층별	호별	소음도			호별	소음도			호별	소음도			호별	소음도		
		주간	야간	평균		주간	야간	평균		주간	야간	평균		주간	야간	평균
4층	401	77	78	78	402	74	75	75	403	71	72	72	404	70	69	70
3층	301	75	76	76	302	74	73	74	303	70	70	70	304	68	66	67
2층	201	68	69	69	202	68	68	68	203	67	67	67	204	67	66	67
1층	주차공간			102	66	68	67	103	65	66	66	104	64	64	64	

고, 중앙환경분쟁조정위원회는 2002. 2. 14. '원고는 신청인 346명 중 피고 주민들 305명에게 합계 166,450,000원을 지급하고, 방음벽 높이 보강, 차량속도제한 등의 방음대책을 강구하여 피고 주민들 거주 주택의 소음도가 도로변 소음 환경기준 65dB(A)를 초과하지 않도록 하여야 한다'는 취지의 재정결정을 하였다.

이에 대하여 원고(한국도로공사)가 채무부존재확인 등의 소를 제기하였고, 수원지방법원⁴⁾은 유지청구와 관련하여, '원고는 부평-신월 간 경인고속도로로부터 발생하는 소음이 각 별지 목록 2 기재 피고 주민들의 주택을 기준으로 65dB(A) 이상 유입되지 않도록(창문을 개방한 상태에서의 소음도를 말한다) 할 의무가 있는 바, 구체적으로는 부천시 오정구 명보빌라 앞에 설치되어 있는 길이 144m 높이 4.5m 방음벽에 흡음형방음벽(알루미늄)을 추가 설치하여 높이를 13m로 보강함이 상당하다' 하면서, 손해배상과 관련하여서는, "별지 목록 2 기재 피고 주민들이 경인고속도로에서 발생하는 소음으로 인한 피해의 정도, 그 거주 기간, 거주지의 지역적 특수성, 침해행위의 공공성 및 사회적 가치, 도로 확장 공사와 명보빌라 등 건축의 선후관계, 소음발생 후 입주한 점 등을 고려하여 별지 목록 2 기재 피고 주민들의 거주지의 소음 정도에 따라 위자료 액수를 다음과 같이 정하기로 한다. 소음도 75dB(A) 이상: 300,000원, 70-74dB(A): 250,000원, 66-69dB(A): 200,000원."

이에 원고가 항소하였으나 원고의 항소는 기각되었고⁵⁾, 대법원에서는 민법 제758조 공작물책임에 의하여 수인한도를 넘는 경우에는 손해배상책임이 인정된다고 하면서, 원고의 상고를 기각하였다.⁶⁾

사례2) 김포공항에서 발생하는 소음 등으로 인근 주민들이 입은 피해에 대해 손해배상청구를 한 사건에서, 대법원⁷⁾은 "국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002다9158 판결 참조), 여기서 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 할 것이다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결 참조). 그리고 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는

4) 수원지방법원 성남지원 2003. 10. 2. 선고 2002가합1044(본소), 2002가합2139(반소) 판결.

5) 서울고등법원 2004. 6. 15. 선고 2003나75888(본소), 2003나75895(반소) 판결.

6) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결.

7) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2003다49566 판결.

공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 할 것이다”라고 하면서, 손해배상청구를 인용하였다.

대법원은 피고(대한민국)가 김포공항을 설치·관리함에 있어 항공법령에 따른 항공기 소음기준 및 소음대책을 준수하려는 노력을 경주하였다고 하더라도, 김포공항이 항공기 운항이라는 공공의 목적에 이용됨에 있어 그와 관련하여 배출하는 소음 등의 침해가 인근 주민들에게 통상의 수인한도를 넘는 피해를 발생하게 하였다면 김포공항의 설치·관리상에 하자가 있어서, 김포공항을 설치·관리하는 국가는 이에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.⁸⁾

사례3] 서산시 해미공군미행장 인근에서 양돈업에 종사하던 3인이 국가를 상대로 군용항공기소음으로 母豚이 유산한 데 대한 손해로 재산적·정신적 손해의 배상과 항로변경을 요구한 사안에서, 중앙환경분쟁조정위원회는 재산적 손해에 대해서는 유산피해의 개연성이 있다고 하여서 이를 인정하였으나,⁹⁾ 국가의 채무부존재확인 소송에서 제1심법원은 국가의 청구를 인용하였다.¹⁰⁾ 하지만 피고들의 항소에 대하여 원심법원은 피고들이 입은 재산피해는 공군기지에서 발생하는 소음으로 인한 것이고, 피고들의 수인한도를 넘는 위법성이 있다고 하여서 재산적 피해를 인정하였다.¹¹⁾ 이에 원고가 상고하였으나, 대법원¹²⁾은 “원고는 공군의 F16 전투기 비행훈련장으로 이 사건 공군기지를 설치하여 사용하고 있고, 피고들은 활주로 북쪽 끝으로부터 약 4.5km 떨어진 곳에서 양돈업에 종사하여 온 사실, 이 사건 공군기지에서 는 수개의 비행대대가 편성되어 매일 수십 회에 걸쳐 이착륙 및 선회훈련을 하는

8) 피고가 김포공항을 설치·관리함에 있어 항공법령에 따른 항공기 소음기준 및 소음대책을 준수하려는 노력을 경주하였다고 하더라도, 김포공항이 항공기 운항이라는 공공의 목적에 이용됨에 있어 그와 관련하여 배출하는 소음 등의 침해가 인근 주민인 선정자들에게 통상의 수인한도를 넘는 피해를 발생하게 하였다면 김포공항의 설치·관리상에 하자가 있다고 보아야 할 것이라고 전제한 다음, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하면 이 사건 김포공항 주변지역의 소음과 관련하여서는 항공법시행규칙 제271조상의 공항소음피해예상지역(제3종구역)으로 분류되는 지역 중 85 WECPNL 이상의 소음이 발생하는 경우에는 사회생활상 통상의 수인한도를 넘는 것으로서 위법성을 띠는 것으로 봄이 상당하다고 할 것인데, 이 사건 선정자들의 거주지역이 이에 해당하므로 김포공항을 설치·관리하는 국가는 이에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

9) 이 사안에서 중앙환경분쟁조정위원회는 재산적 손해배상을 인정하였지만, 정신적 피해에 대한 개연성은 인정되지 않는다고 하여서 이를 부정하였다(중앙환경분쟁조정위원회, 환경분쟁조정사례집 제10집, 2001, 219면 이하)

10) 대전지방법원 서산지원 2005. 2. 23. 선고 2002가합126 판결.

11) 대전고등법원 2006. 11. 10. 선고 2005나2279 판결.

12) 대법원 2010. 7. 15. 2006다84126 판결.

데, 그 과정에서 발생하는 소음의 순간 최대치가 피고들의 양돈장 근처에서 모돈에 20~30% 정도의 유산을 일으킬 가능성이 있는 수치인 84 내지 96dB로 측정된 사실, 원고가 소음저감을 위해 소음방지벽, 방음정비고 등을 시설하였으나 지역 및 거리특성상 위 양돈장에는 방음효과가 없었고, 피고들이 위 양돈장에서 기르는 모돈 19두가 2000. 5.부터 2000. 10.까지 사이에 유산을 한 사실, 수의학 전문가의 역학조사 결과 모돈의 유산원인은 질병이 아닌 환경요인에서 오는 스트레스로 추정되며, 위 소음 외에는 위 양돈장에서 모돈에 스트레스를 줄 만한 다른 요인이 확인되지 않는다는 사실을 인정” 하면서 피고들이 입은 위 재산상 손해는 이 사건 공군기지에서 발생하는 소음으로 인한 것으로 이 사건 당시의 소음배출행위와 그 결과가 피고들의 수인한도를 넘는 위법행위라고 하면서 원고들의 상고를 기각하였다.¹³⁾

위와 같은 사건에서 판례는 수인한도와 관련하여 “불법행위 성립요건으로서의 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정하여야 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 할 것이므로 어느 시설을 적법하게 가동하거나 공용에 제공하는 경우에도 그로부터 발생하는 유해배출물로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우에는 그 위법성을 별도로 판단하여야 하며, 이러한 경우의 판단 기준은 그 유해의 정도가 사회생활상 통상의 수인한도를 넘는 것인지 여부”라고 하면서,¹⁴⁾ “그 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 한다”고 하고 있다.¹⁵⁾

이러한 판례에 의할 때, 환경침해로 인한 피해의 발생시에 침해의 정도가 사회통념

13) 해미공군비행장 사건으로 두 개의 대법원 판단이 있는데, 두 번째 사건은 해미공군비행장 인근에서 농, 축산업에 종사하고 있는 주민 25인이 국가를 상대로 정신적 피해에 대한 손해배상청구를 한 사건으로서, 국가배상법 제5조 1항에 의한 영조물의 설치 관리상의 하지를 인정하여 국가의 손해배상책임을 인정하였다(대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다20112 판결, 이에 대해서 자세한 것은, 안경희, 환경민사소송의 최근 동향과 쟁점, 그리고 향후 과제, 강원대학교 비교법연구소 주최 자료집, 2011. 7. 28, 68면 참조).

14) 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결; 대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734 판결; 대법원 2010. 7. 15. 2006다84126 판결.

15) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2003다49566 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결; 대법원 2010. 7. 15. 2006다84126 판결 등.

상 수인한도를 넘고, 침해행위와 손해발생간에 개연성¹⁶⁾이 있으면 모두 배상되어야 하는 손해로 보게 된다.¹⁷⁾ 물론 판례에서도 ‘침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도’가 수인한도를 판단하는데 한 기준이 된다고 하고 있고, 학설에서도 공익성이 많은 기업의 경우에는 쉽사리 배상책임을 인정해서는 안되고, 사회적 가치가 없거나 반사회적인 환경침해에 대해서 쉽게 배상책임을 인정하여야 한다고 하지만,¹⁸⁾ 침해행위가 갖는 공익성은 수인한도를 판단하는데 있어서 여러 가지 열거적 사유의 하나로 인정할 뿐, 특별히 가해행위의 공익성을 이유로 수인의무가 있다고 하여서 유지청구나 손해배상책임을 부인한 예는 없다.

그런데 비행장소음, 고속도로의 소음의 경우를 생각해 보면, 공항은 항공기 운항이라는 공공의 목적에 이용됨에 있어, 현대과학기술상 피할 수 없는 소음을 배출하는 것이고, 고속도로상의 자동차의 주행으로 인한 소음도 마찬가지로 공공의 목적으로 위하여 고속도로는 설치되었으며, 이를 통하여 현대과학기술상 어찌할 수 없는 소음이 발생하고 있다. 즉 비행장에서 비행기가 이륙하고 착륙하면서 소음을 내는 것은 현대과학기술상 당연한 것이고, 비행장에서 비행기가 이착륙하면서 소음을 내는 것이 위법하다고 한다면, 비행장의 이착륙 비행기와 고속도로를 달리는 자동차나 그리고 철길을 따라서 달리는 기차는 위법한 행위를 끊임없이 한다는 것이 된다. 만약 비행장이나 고속도로 또는 철길이 없다면 현대산업사회는 유지될 수 없을 것이고, 우리는 100년 전으로 회귀하여야 할 것이다. 그러므로 비행장소음이나 고속도로의 차량통행으로 인한 소음에 대

16) 개연성설은 환경소송에서 인과관계의 증명은 과학적으로 엄밀한 증명을 요하지 않고, 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당한 정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하고, 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계의 존재를 부인할 수 있다고 하는 것이다(大判 1974. 12. 10, 72다1774; 대판 1991. 7. 23, 89다카1275; 대판 1997. 6. 27, 95다2692; 대판 2004. 11. 26, 2003다2123 등).

17) 이러한 판례에 입장에 따라 최근 항공기소음 소송이 급증하고 있다. 서울중앙지방법원에는 2011년 1-2월에 53건의 소송이 제기되었고, 변호사 1명이 피해주민 6만여명을 모아 하루에 소송 10여건을 한 꺼번에 낸 경우도 있다고 한다. 이러한 소송이 급증한 이유는 2005년 김포공항 소송 이래 11번의 재판에서 모두 주민승소판결을 내리고 있기 때문이라고 한다. 또한 일부 변호사는 기획소송으로서 아르바이트생 20-30명을 고용해 집집이 안내문을 돌리고 현수막을 걸고서 원고를 모집하고 있다고 한다. 전국에 48개 비행장을 운영하는 국방부는 2010년에 배상금으로 1435억원을 지급하였고, 올해는 3700억원이 넘을 전망이라고 한다. (조선일보 2011. 3. 21자, A14면 참조).

18) 구연창, 환경법론(개정판), 법문사, 1993, 576면.

하여 판례와 같이 획일적으로 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 모두 배상되어야 하는 손해인가 하는 의문이 제기된다. 이러한 의문에 대해서는 우리민법 제217조의 의미를 독일 등의 입법례 등을 참고하여 살펴볼 필요성이 있다고 할 것이다. 이를 통하여 공익목적으로 운영되는 고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등의 손해배상에서 공익성을 반영하는 방법을 간접적으로 도출할 수 있을 것으로 보인다.

II. 환경침해에 대한 인용의무

1. 서

독일민법 제1004조¹⁹⁾ 제2항에 의하면, 소유자가 인용할 의무를 지는 경우에는 방해제거청구나 방해예방청구를 할 수가 없다. 즉 독일민법상 환경침해에 대한 유치청구권의 행사시에 독일민법 제1004조 제2항에서 청구권자는 일정한 인용의무를 지는 경우에는, 유치청구권을 행사할 수 없다고 규정하면서 (§1004 Abs. 2 BGB), 환경침해로 인한 인용의무는 독일민법 제906조에 의하여 인용의무가 도출된다고 한다.²⁰⁾ 그러나 우리 민법 제214조²¹⁾에서는 이러한 인용의무에 대한 규정을 두고 있지 않는데, 현대산업사회를 살아가면서 일정한 침해에 대한 인용의무를 가지는 것은 규정의 유무를 불문하고 당연히 인정되는 것으로서, 우리 민법도 환경침해로 인한 유치청구권의

19) 독일민법 제1004조(제거청구권과 유치청구권) (1) 소유권이 점유의 침탈이나 유치 이외의 방법에 의하여 침해가 된 경우에는 소유자는 방해자에 대하여 침해의 제거를 청구할 수 있다. 계속적인 침해가 우려되는 때에는 소유자는 유지의 소를 제기할 수 있다.

(2) 청구권은 소유자가 인용할 의무를 진 경우에는 배제가 된다.

20) Staudingers Komm/Herbert Roth, 13 Aufl., 1996, §906 Rn. 3; Basler Komm/Heinz Rey, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007, Art. 684, Rn. 1; Manfred Wolf/Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 25. Aufl., 2010, S. 396.

21) 우리 판례는 환경침해에 대한 유치청구권의 법적 근거는 제214조에 근거하여 유치청구를 할 수 있다고 한다(대판 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결). 즉 판례는 “건물의 소유자 또는 점유자가 인근의 소음으로 인하여 정온하고 쾌적한 일상생활을 영유할 수 있는 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 수인한도를 넘어서는 경우에 건물의 소유자 또는 점유자는 그 소유권 또는 점유권에 기하여 소음피해의 제거나 예방을 위한 유치청구를 할 수 있다”는 입장이다.

행사시에 제217조에서 토지 통상적 용도(이용)로 인한 침해의 경우에는 피해자가 인용할 의무를 부담한다고 규정하고 있다.²²⁾

이러한 忍容義務(Duldungspflichten)는 침해의 위법성과 관련이 되어서 논의되는 문제로서, 인용의무가 설정이 되는 경우에는 침해의 위법성을 조각시키게 되는 데, 인용의무는 법률행위로서 설정되거나 법률에 의하여 직접적으로 발생할 수 있다.²³⁾ 그러나 임의시온의 형태로 행해지는 환경침해에 대한 유지청구권의 인용의무를 위해서는 제217조의 규정이 특별히 중요한 의미를 갖는다.

2. 민법 제217조에 의한 인용의무

(1) 제217조의 유래와 그 의미

민법 제217조는 독일민법 제906조와 스위스민법 제684조를 계수한 조문이라고 볼 수 있다. 民法案審議錄에 의하면 제217조는 구민법에는 규정이 없는 조문으로서 신설

22) 우리나라나 일본에서는 피해자의 인용의무를 환경침해로 인한 불법행위책임에서 위법성과 관련한 수인한도론을 통해서 일반적으로 논하고 있는데, 피해자의 일정한 침해에 대한 인용의무는 독일민법에서와 같이 원래 민법 제214조의 유지청구권의 행사시에 제217조와 관련하여서 일정한 침해에 대한 인용의무를 논하는 문제로서, 환경침해로 인한 불법행위책임에서의 수인한도론은 불법행위책임의 위법성에서 독자적으로 논의되는 것이 아니라, 기본적으로 민법 제214조와 제217조의 관련하에서 발생하는 인용의무가 환경침해로 인한 불법행위책임에서 어떠한 의미를 가질 수 있느냐를 논하는 것이 타당할 것이다.

그리고 우리 판례가 말하는 수인한도론은 일본의 학설과 판례의 내용을 그대로 수입한 것으로서, 일본의 수인한도론의 프랑스의 학설과 판례의 내용을 그대로 수입했다고 할 수 있다. 프랑스민법은 근린폐해에 대한 명문규정이 없으며, 수인한도의 판단시에는 근린폐해가 이루어진 지역성, 가해자와 피해자간의 토지이용의 선후관계, 폐해의 계속성 및 그 강도, 제반법령의 준수여부, 손해의 회피가능성 또는 손해배치조치의 유무 등을 종합적으로 고려하고 있다(박수근, 프랑스법에서의 근린폐해이론의 전개, 환경법연구, 제24권 2호, 2002. 12. 275-279면 참조).

23) 법률행위로 인한 인용의무는 침해가 방해자에게 설정된 제한물권(예, 지역권 등)에 의하거나 채권적 권리(예를 들어, 임대차 등)에 의하여 정당화 될 때 생긴다(Manfred Wolf/Marina Wellenhofer, aaO., S. 338). 법률상의 인용의무는, 첫째로 일반적으로 침해를 정당화하는 위법성조각사유(정당방위(제760조 제1항), 긴급피난(제760조 제2항), 자구행위(제209조))가 있으면 소유자는 허용된 침해를 금지할 수 없으므로 인용의무가 생긴다. 둘째로 수많은 공법상의 규정(건축법, 도로법, 환경관계법) 및 사법상의 규정, 특히 상린관계규정(제216조 이하)으로부터 인용의무가 생긴다.

한 조문²⁴⁾이라고 하면서, 외국의 입법례로 독일민법 제906조와 스위스민법 제684조²⁵⁾ 및 중화민국민법 제793조²⁶⁾를 들고 있다.²⁷⁾ 그러면서 외국입법례로 소개한 독일민법 제906조를 보면 “토지소유자는 瓦斯, 증기, 息氣煙, 媒熱, 음향, 진동의 침입 기타 타인의 토지로부터 오는 유사한 간섭이 토지사용을 방해치 않으며 또는 방해가 근소한 때 혹은 토지의 장소적 관계상 타인의 토지의 통상의 사용에 기인하여 생한 것인 때는 이를 금할 수 없다. 단 이러한 침입이 특별한 유도로 인한 것인 때는 그렇지 않다”고 소개하고 있다. 민법안심의록의 독일민법 제906조의 내용은 독일민법제정시의 제906조의 내용을 그대로 소개하고 있으며, 독일에서는 제906조가 1959년과 1994년에 개정되었다. 1959년 12월 22일에 개정된 제906조는 현행 독일민법 제906조 제2항의 내용으로서 1959년에 개정된 내용을 보면, 본질적 침해가 침해자의 토지의 장소통상적인 이용으로 발생하는 경우에 59년 개정전에는 단순히 인용하도록 하였는데, 개정을 통하여 토지의 장소통상적 이용으로 인한 침해시에 이러한 종류의 이용자에게 경제상 기대할 수 있는 조치에 의해서 침해를 저지할 수 없는 경우에 인용하도록 하였으며, 또한 소유자가 이에 따라서 침해를 인용해야하는 경우에 그 침해가 자기의 토지의 장소통상적인 이용이나 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에는 소유자는 다른 토지의 이용자에게 금전에 의한 상당한 보상을 청구할 수 있다고 하여서 조정적 보상청구권을 입법하였다. 그리고 1994년 개정을 통하여서는, 공법과 사법의 조화를 위하여, 제906조 제1항 제2문에서 “법률이나 법규명령(Rechtsverordnungen)에 규정된 한계기준(Grenzwerte)이나 권고기준(Richtwerte)이

24) 민법 제217조는 민법 제214조의 입법과 밀접한 관련이 있는데, 구민법에서는 소유권에 기한 물건적 청구권의 규정이 없었으므로, 또한 민법 제217조와 같은 규정이 없었다.

25) 민법안심의록(上卷) 137면에서는 스위스민법 제684조 제2항은 ‘매연, 불쾌한 기체, 음향, 또는 진동에서 생기는 침해로써 토지의 위치 및 臭性質上 또는 隣人이 인용하지 아니하면 안될 범위를 넘은 자는 특히 이를 금한다’고 소개하고 있으며, 스위스민법 제684조 제2항은 그 후 개정이 없었다. 현행의 제684조 제2항은 ‘토지의 위치와 성상이나 장소사용에 따라서 연기나 매연, 불쾌한 냄새, 소음이나 진동에 의한 허용되지 않는 침해와 특히 유해한 침해를 금지된다’고 하고 있다.

26) 민법안심의록(上卷) 137면에서는 중화민국민법 제793조는 ‘토지의 소유자는 타인의 토지의 瓦斯, 증기, 臭氣, 熱煙, 熱氣, 灰屑, 喧騒, 진동 및 기타 이와 상류한 것이 침입한 때는 이를 금지할 수 있다. 단 침입이 경미하거나 또는 토지의 형상지방관습에 의하여 상당하다고 인정되는 때는 그렇지 않다’고 소개하고 있다.

27) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록(上卷), 137면.

이러한 법규정에 따라서 조사되고 평가된 침해에 의해서 초과되지 않으면 일반적으로 (in der Regel) 비본질적 침해이다”라고 규정하고, 제3문에서는 “연방임및시온방지법 제48조에 의해서 만들어지고 기술의 수준을 반영하는 일반적인 행정규칙상에서의 수치도 마찬가지이다”라고 개정을 하였다.²⁸⁾

이와 같이 민법 제217조는 독일민법 제906조와 스위스민법 제684조를 계수한 조문으로서, 토지의 이용으로 인하여 발생할 수 있는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동과 같은 불가량물(Imponderabilien)²⁹⁾의 침입으로서 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주는 경우에 이웃 토지소유자의 인용의무에 대해서 규정을 하고 있는 것이다.³⁰⁾ 민법 제217조는 상린관계에 관한 규정으로서, 인접토지 상호간의 토지의 이용을 조절하지만 기본적인 목적이 있다고 할 수 있다. 그러므로 본조는 제211조의 소유권의 내용과 제214조의 소유권에 기한 방해제거 및 방해예방청구권과 밀접한 관련을 갖는다. 즉 본조의 규정을 통하여 제214조에 의한 청구권의 행사의 일정한 한계를 설정하는 규정이라고 볼 것이다.³¹⁾ 이러한 인용의무는 제217조에 의하면 토지소유자에게만 설정되는데, 제214조에 의해서 환경침해에 대한 유지청구권을 가지는 제한물권자 등도 같은 인용의무가 설정되어야 한다.³²⁾

일반적으로 환경침해로 인하여 피해를 받은 자가 가해자를 상대로 민사상 손해배상 청구나 오염물질의 배출의 증지를 청구하는 유지청구를 할 수 있다. 환경침해에 대한 이러한 청구권의 행사에 있어서는, 환경침해를 입었다고 하여서 모든 경우에 다 인정될

28) 1994년 개정의 내용과 그 문제점에 대해서는 Peter Marburger, Zur Reform des §906 BGB, Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag(1997), S. 921ff. 참조.

29) 불가량물은 제217조 제1항에서 규정된 보기처럼 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 불가량(unwägbar)의 물질을 말한다. 그러나 이는 정확한 표현이 아니라고 하면서, “일정한 토지이용과 불가피적으로 결합되어 있는 간섭”이라고 하는 견해도 있다(郭潤直, 물권법(제7판), 박영사, 2002, 180면).

30) 박윤직, 전거서, 180면; 전경운, 환경침해로 인한 위법성판단과 환경정책기본법 제31조의 효력, 민사법학 제22호, 2002, 433면.

31) 郭潤直/柳元奎 집필, 민법주해(V), 박영사, 1992, 289면.

32) 그리고 제217조는 문제된 토지 사이의 공간적 적용범위(räumlicher Anwendungsbereich)에 대해서는 아무것도 규정하지 않았으나, 기본적으로 좁은 상린관계적 범위에서만 적용된다는 것은 분명하다. 물론 직접적으로 서로 경계하는 토지에서만 제217조가 적용되는 것이 아니라 몇 킬로미터 떨어진 주위에서의 환경침해에 대해서도 적용된다(Peter Marburger Zur zivilrechtlichen Haftung für Waldschäden, in: Waldschäden als Rechtsproblem, UTR Band 2, S. 116).

수 있는 것이 아니라 일정한 경우에는 이를 참고 받아들여야 하는 경우가 있다. 환경침해에 대한 이러한 인용의무를 규정한 것이 본조의 원래적인 의미라고 할 것이다.

즉 본조에서는 인접지에서 배출되는 매연·진동·소음·악취·폐수 등의 불가량물에 의한 침해를 입은 경우에 제214조의 물권적 청구권의 행사에 의해서 보호받을 수 있지만, 현대사회에서 필요악이라고 할 수 있는 생활방해의 제거를 위해 제214조의 방해제거청구권이나 방해예방청구권의 행사를 무제한 허용하는 것도 타당하지 않으므로, 방해가 토지의 통상의 용도에 의해서 발생하는 경우에는 이웃토지의 거주자는 이를 인용하도록 하여 상린관계자 상호간의 토지이용조절을 피하고 있다. 다시 말하면, 본조는 환경침해로 인한 유지청구권의 행사시에 일정한 경우에는 인용의무를 설정하여 유지청구권을 행사할 수 없는 경우를 규정하고 있는 것이다. 또한 이러한 인용의무의 설정이 환경침해로 인한 손해배상청구에서 위법성을 조각시키는 수인한도를 설정하게 되는 근거조항이 된다.

그러므로 제217조에 대한 규명은 매연·열기체·액체·음향·진동 등의 불가량물에 의한 침해의 경우에 인용할 의무가 생기는 경우가 어떠한 경우이고, 그리고 적당한 조치는 어떠한 것이 있을 수 있는가에 대한 규명을 통해서 본조에 대한 설명을 할 수 있으리라 생각된다.

(2) 제217조에 의한 인용의무의 내용

(가) 경미한 침해

제217조 제2항에 의하면 토지의 소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동의 침입 및 다른 토지로부터 오는 기타 이와 유사한 작용, 즉 일반적인 不可量物의 침입이 토지의 통상적 이용에 의한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다고 규정하고 있다. 그러나 불가량물의 침해가 있다하더라도 침해가 전혀 없거나, 침해가 있다하더라도 경미한 침해(unwesentliche Beeinträchtigung)³³⁾에 불과한 경우에는 제217조 제2항의

33) 독일민법 제906조에서는 침해를 本質的인 侵害(wesentliche Beeinträchtigung)와 非本質的인 侵害(unwesentliche Beeinträchtigung)로 나누어서, 비본질적인 침해는 특별한 유도를 통한 침해가 아닌 경우에는 항상 인용할 의무가 있다고 하고, 본질적인 침해의 경우에는 본질적인 침해가 장소통상적인 침해인 경우에는 일정한 방지조치를 청구할 수 있고 이것을 통하여 방지할 수 없는 경우에는 인용하

토지의 통상적 이용에 적합한 것이 아니라 하더라도 이를 인용할 의무가 당연히 있다고 할 것이다.³⁴⁾³⁵⁾ 이것은 침해가 토지의 통상적 이용에 의한 것인가의 판단 이전에 침해의 속성으로부터 정하여지는 제1차적인 가치판단으로서, 현대 산업사회를 살아가면서 경미한 환경침해에 대해서 인용의무를 지는 것은 당연하다고 할 것이다.³⁶⁾ 독일 민법 제906조³⁷⁾ 제1항에서는 명문으로 토지의 소유자는 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연, 소음, 진동의 침입 및 다른 토지로부터 오는 유사한 작용, 즉 일반적인 불가량물의 침입이 그의 토지의 이용을 침해하지 않거나 단지 비본질적으로 침해할 뿐인 때에는 이를 금할 수 없다고 규정하고 있다. 그러므로 토지의 소유자는 불가량물에 의한 환경침해가 비본질적인 침해인 경우에는 인용하여야 한다.

이에 따라 소유자는 제214조에 의해서 환경침해가 경미한 침해가 아닌 경우에만 유지청구를 할 수 있다. 경미한 침해란 타인의 토지의 이용을 침해하지 않거나 중대하지

여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 본질적인 침해와 비본질적인 침해의 구별은 기본적으로 비본질적인 침해는 항상 *忍容*하여야 하고 본질적인 침해는 그렇지 않기 때문에 구별의 필요성이 있는 것이다. 우리 민법은 제217조에서 이러한 구별을 하지 않고서 다만 토지의 통상적 이용으로 인한 침해는 인용할 의무가 있다고 규정만 하고 있는데, 이러한 전제에는 비본질적인 침해는 인용할 것을 전제로 하고 본질적인 침해인 경우에는 일정한 경우, 즉 토지의 통상적 이용의 경우에 인용하여야 한다는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 독일민법에서처럼 본질적인 침해와 비본질적인 침해의 구별은 당연히 필요하나, 그 용어의 사용에서 본 글에서는 輕微한 侵害와 重大한 侵害로 사용하고자 한다.

34) 李英俊, 물권법(전정신판), 박영사, 2009, 452면.

35) 1984년 4월 민법개정작업시에 독일민법 제906조 제1항과 같이 민법 제217조 제1항에서 환경침해가 토지이용을 방해하지 아니하거나 침해의 정도가 중대하지 아니한 경우에는 인용하여야 한다는 규정을 신설하고자 했으나 입법이 되지 못하였다(金相容, 物權法(改訂版), 법문사(1995), 388면).

36) 우리 판례도 수인한도를 넘는 환경침해에 대해서만 유지청구를 하거나 손해배상을 청구할 수 있다는 입장에 있으므로, 경미한 침해에 대해서는 인용의무가 있다는 것을 전제로 하고 있다고 할 것이다.

37) 독일민법 제906조(불가량 물질의 유입) (1) 토지의 소유자는 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연, 열, 소음, 진동의 침입 및 다른 토지로부터 오는 유사한 작용이 자기의 토지의 이용을 침해하지 아니하거나 또는 단지 비본질적으로만 침해하는 경우에는 이를 금할 수 없다. 법률이나 법규명령에 규정된 한계치나 기준치가 이 규정에 따라서 조사되거나 평가된 침해에 의해서 초과되지 않으면 일반적으로 비본질적인 침해이다. 연방입법시온방지법 제48조에 의해서 만들어지거나 기술의 수준을 반영하는 일반적인 행정규칙상에서의 수치도 또한 같다. (2) 본질적 침해가 다른 토지의 장소통상적인 이용으로 야기되고 이러한 종류의 이용자에게 경제상 기대할 수 있는 조치에 의해서 침해를 저지할 수 없는 경우에도 또한 같다. 소유자가 이에 따라서 침해를 인용하여야 하는 경우에 그 침해가 자기의 토지의 장소통상적인 이용이나 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에는 소유자는 다른 토지의 이용자에게 금전에 의한 상당한 보상을 청구할 수 있다. (3) 특별한 유도에 의한 침입은 허용되지 않는다.

않게 침해하는 것을 말한다.³⁸⁾ 침해가 경미한 침해이냐의 여부는 구체적이고 객관적인 척도에 따라서 정해져야 하는데, 관계된 토지의 합리적이고 평균적인 이용자의 느낌(Empfinden)³⁹⁾과 침해된 토지의 사용목적(공장지역이나 주택지역이나)과 구체적인 이용이 중요하게 된다.⁴⁰⁾ 우리나라의 판례는 인근 고속도로에서 유입되는 소음으로 인하여 입은 환경 등 생활이익의 침해를 이유로 일정 한도를 초과하는 소음이 유입되지 않도록 하라는 내용의 유지청구(유지청구) 소송에서 “그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는지의 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 인·허가 관계 등 공법사기준에의 적합여부, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하고 있다.⁴¹⁾ 그리고 침해가 사회통념상 인용할 의무를 넘어서는지의 여부는 손해배상청구소송에서도 이와 유사하게 판결하고 있다.⁴²⁾

그리고 토지에 대한 침해가 경미한 침해이나 중대한 침해이나 또는 뒤에서 보게 되는 토지의 통상적 이용에 적당하나에 관계없이, 경미한 침해이지만 인접한 토지에 의한 특별한 유도로 인하여 침해가 이루어지면⁴³⁾ 항상 허용되지 않는 침해이고 토지의 소유자는 인용의무가 없다고 할 것이다. 독일민법 제906조 제3항에서는 특별한 유도를 통한 침입은 경미한 침해라도 허용되지 않는다(§906 Abs. 3 BGB)고 하고 있다.

(나) 토지의 통상적 이용과 방지조치청구

환경침해가 경미한 침해가 아니라 할지라도, 즉 중대한 침해라 할지라도 토지의 통상의 용도에 적합한 것일 때에는 이웃 토지소유자나 거주자는 제217조 제2항에 의해서 이를 인용할 의무가 있다. 그 결과 제214조에 의한 유지청구권은 이러한 경우에는 배제된다.

토지의 통상적 이용의 문제에서는 침해받는 토지가 아니라 가해하는 토지가 판단

38) Manfred Wolf, a.a.O., Rdnr. 261.

39) BGH, NJW 1993, 1656; 金相容, 전계서, 363면.

40) Staudingers Komm/Herbert Roth, a.a.O., §906 Rdnr. 159.

41) 대판 2007. 6. 15, 2005다37904, 37911.

42) 대판 1995. 9. 15, 95다23378; 대판 1997. 7. 22, 96다56153 등.

43) 예를 들어, 아파트 등의 공동주택에서 현관문을 통하여 음식물 조리시의 냄새를 배출하는 것은 경미한 침해라도 허용되지 않는다고 할 것이다.

의 기준⁴⁴⁾이 되어야 하나 침해의 중대성의 문제에서는 침해받는 토지가 기준이 되어야 한다.⁴⁵⁾ 방해하는 토지의 이용, 즉 주위에 있는 토지의 다수가 대략 같은 침해적인 효과의 종류와 정도를 가지고 이용되어질 때에는 토지의 통상적 이용으로 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 즉 문제된 지역에서 지배적 실제적인 이용관계가 표준적이다. 그러므로 여기서 통상의 용도에 적합한 것이냐의 여부는 거래관념 등에 의해서, 또는 침해에 관계된 지역의 평균적 주민의 가정적 감정에 의해서⁴⁷⁾ 정해야 한다.⁴⁸⁾ 즉 토지의 통상적 이용이란 주위에 있는 토지의 다수가 대략 같은 침해적인 효과의 종류와 정도를 가지고 이용될 때에는 토지의 통상적 이용이라고 볼 수 있다. 물론 구체적인 경우에는 하나의 배출시설(예를 들어, 하나의 커다란 산업시설)이 주위의 특징을 결정할 수 있다. 이러한 경우에는 그러한 하나의 대규모 단일운영(Einzelbetrieb)의 오염물질배출이 제 217조 제2항의 토지의 통상적 이용이 될 수 있다.⁴⁹⁾ 즉 하나의 커다란 산업시설도 토지통상적 이용이 될 수 있고, 특히 초지역적인 교통시설에서 발생하는 침해도 토지통상적 이용에 해당할 수 있다. 고속도로에서 차량운행(Autobahnverkehr),⁵⁰⁾ 철도운영(Eisenbahnbetrieb),⁵¹⁾ 지역간 버스노선(Omnibuslinien),⁵²⁾ 공항(Flughäfen)⁵³⁾ 등

44) 그러나 토지의 통상적 이용의 판단기준을 가해하는 토지를 기준으로 하지 않고 침해받는 토지를 기준으로 한다는 견해(金相容, 전계서 363면)가 있으나, 토지의 통상적 이용의 문제는 가해하는 토지가 판단의 기준이 되고, 침해의 중대성 문제에서는 침해받는 토지가 기준이 된다고 할 것이다. 이는 제217조 제2항에서 "이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것일 때에는 이를 인용할 의무가 있다"라는 조문에서 분명하다고 할 것이다. 판례에서도 가해토지를 기준으로 토지의 통상적 이용여부를 판단하고 있다(대판 1974. 6. 11, 73다1691; 대판 1974. 12. 24, 68다1489).

45) Staudingers Komm/Herbert Roth, a.a.O., §906 Rdnr. 182.

46) A.a.O., §906 Rdnr. 180.

47) 郭潤直/柳元奎 집필, 전계서, 308면.

48) 우리 판례에서도 토지소유자가 경계선에서 한치의 거리도 두지 아니하고 건축한 교사의 2층에서 6층까지의 각 난간 끝부분이 이웃 토지를 약간 침범하며, 그 난간에서 떨어지는 빗물과 학교에서 버리는 각종 오물이 이웃지붕과 마당에 떨어져 기와와 장독대가 깨어지기도 하고, 학생들이 지붕위에 올라가며 주먹을 내려다 보고 부녀자를 희롱하는 일이 허다하고 심지어는 불이 붙은 담배꽂이를 집어던지는 등 계속적인 소유물방해와 소음 및 불안상태를 조성한다면 이는 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것이라 할 수 없으므로 이웃 거주자는 인용할 의무가 없다고 하고 있다(대판 1974. 6. 11, 73다1691).

49) BGHZ 69, 105; BGHZ 97, 105.

50) RGZ 159, 129; BGHZ 54, 384.

51) RGZ 70, 150.

52) RGZ 134, 152.

은 토지 통상적 이용에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 제217조 제2항의 규정처럼 토지의 통상적 이용에서 발생하는 환경침해라고 해서 모두 피해자가 인용해야 한다는 것은 피해자에게 너무나 큰 고통이 될 것이다. 그러므로 제217조 제1항에서 適當한 防止措置를 청구할 수 있도록 규정하고 있는 것으로 보아서 원칙적으로 경미한 침해가 아닌 침해에 대해서, 즉 토지 통상적 이용으로 인한 중대한 침해에 대해서 피해자는 적당한 방지요지를 청구할 수 있다고 할 것이다. 이때 ‘적당한’ 조치란 기술적으로 가능할 뿐만 아니라 가해자에게 이러한 조치를 취하는 것이 경제적으로 기대가능한 모든 조치, 즉 사회통념상 기대가능한 모든 조치로 해석을 하여서, 경제적으로 기대가능한 모든 조치를 통하여 막을 수 없는 침해에 대해서만 그러한 침해가 경미한 침해가 아닐지라도 토지의 통상적인 이용으로서 피해자가 인용하여야 하는 것으로 보아야 할 것이다.⁵⁴⁾ 독일민법 제906조 제2항에서는 명문으로 소유자는 본질적인 침해라 할지라도 침해가 방해하는 토지의 장소 통상적 이용(ortübliche Benutzung)에서 초래되고, 이러한 종류의 이용자에게 경제적으로 기대가능한 조치를 통하여 침해를 저지할 수 없는 경우에는 본질적인 침해도 인용하여야 한다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 따라서 우리 민법에서도 제217조 제1항과 제2항의 관계로 보아서 토지의 통상

53) BGH NJW 1973, 326.

54) 1984년 4월 민법개정작업서에 민법 제217조를 독일민법 제906조 제2항과 같이 제217조 제2항에다 토지 이용으로 인한 침해가 중대할지라도 그 영향이 이웃 토지의 장소적 관행상의 이용으로 인하여 발생하고 또한 이러한 종류의 토지이용자가 경제적으로 기대가능한 적당한 조치를 하여도 이를 방지할 수 없는 경우에는 인용하여야 한다고 규정하려고 하였으나 성사를 이루지 못하였다(金相容, 전거서, 388면). [1984년 개정안]을 보면 다음과 같다.

제217조(생활방해의 금지와 조정적 보상청구권) ① 토지의 소유자는 이웃 토지의 사용으로 발생하는 가스, 증기, 냄새, 매연, 검댕, 열, 소음, 진동의 유입 및 유사한 영향이 자기의 토지이용을 방해하지 아니하거나 침해의 정도가 중대하지 아니한 경우에는 이를 금할 수 없다.

② 이로 인한 토지이용의 침해가 중대할지라도 그 영향이 이웃 토지의 장소적 관행상의 이용으로 인하여 발생하고 또한 이러한 종류의 토지이용자가 경제적으로 기대가능한 적당한 조치를 하여도 이를 방지할 수 없는 경우도 전항과 같다. 이와 같이 토지소유자가 영향을 인용하지 않으면 아니될 경우에 있어서 그 영향이 자기 토지의 장소적 관행상의 이용 또는 수익을 기대할 수 없을 정도로 침해하는 때에는 이웃 토지의 이용자에게 금전으로 적당한 조정적 보상을 청구할 수 있다.

③ 특별한 유도에 의한 유입은 허용되지 않는다.

55) 독일민법 제906조는 원래 1959년 12월 22일의 개정전에는 단순히 비본질적인 침해의 경우와 토지의 장소 통상적 이용에 의한 침해의 경우에 인용할 의무가 있다고 규정하였으나 1930년대부터 발전한 상관관계적 공동체관계(nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis)이론의 발달과 이를 수용한 판례

적인 용도에서 벗어지는 침해에 대해서 이웃 토지소유자나 거주자는 무조건 인용해야 하는 것이 아니라, 먼저 경제적으로 기대가능한 방지조치를 이러한 이용자에게 청구하고 기술적·경제적으로 기대가능한 방지조치를 통하여서도 저지할 수 없는 침해는 경미한 침해가 아닐지라도 인용해야 하는 것으로 보아야 할 것이다.

즉 경미한 침해가 아닌 침해가 토지의 통상적 이용의 침해라 할지라도 침해가 경제적으로 기대가능한 조치(wirtschaftliche zumutbare Maßnahmen)로서 저지할 수 있을 때에는 토지소유자나 거주자는 인용할 필요가 없다. 경제적으로 기대가능한 방지조치로서, 오염물질 배출원을 제거하는 기술적인 설비가 고려될 수 있으나, 침해를 어쨌든 경미한 침해로 줄일 수 있는 특별한 예방수단(예를 들어, 소음에 대한 방음벽의 설치 등)도 방지조치로 볼 수 있다.⁵⁶⁾ 방지조치의 경제적인 기대가능성의 유무는 객관적인 척도로서 결정되어야 하는데, 구체적인 방해자의 급부능력에 의해서가 아니라 요구되는 방지조치가 관계된 종류의 이용자에게, 즉 관계된 분야의 평균적 운영에서 기대가능하기에 따라서 결정하여야 한다.⁵⁷⁾ 그러나 장기간 동안 관계된 분야에서의 평균적인 운영에서 더 이상 적당한 수익을 기대할 수 없을 정도로 기대가능한 방지조치가 높은 비용을 요구할 때에는 방지조치는 기대될 수 없는 것으로 보아야만 한다.⁵⁸⁾

3. 조정적 보상청구권

(1) 서

조정적 보상청구권은 환경침해로 인한 피해자의 구제조치중의 하나로서 우리 민법

(RGZ 154, 161; BGH, LM Nr. 1 zu §903 BGB; BGHZ 16, 366)에 따라서 제906조를 개정하여서 토지의 장소통상적 이용(ortübliche Benutzung)에 의한 침해의 경우에 단순히 인용하는 것이 아니라 이러한 종류의 이용자에게 경제상 기대할 수 있는 조치에 의하여 그 침해를 저지하도록 청구할 수 있도록 하면서, 아울러 토지의 장소통상적 이용에 의한 침해로 인용하여야 하는 경우에 그 침해가 피해자의 토지의 장소 통상적 이용이나 토지의 수익을 과도하게 제한하는 경우에는 調整的 補償請求를 할 수 있도록 규정하였다.

56) Münchener Komm/Säcker, 2. Aufl., 1986, §906 Rdnr. 102.

57) Staudingers Komm/Herbert Roth, a.a.O., §906 Rdnr. 207.

58) A. a. O., §906 Rdnr. 207.

은 명문의 규정을 가지고 있지 않다. 하지만 우리 민법상에서도 조정적 보상청구권(Ausgleichsanspruch)을 인정하기 위한 해석론적 시도가 전혀 불가능한 것은 아니고, 민법 제217조 제1항의 적당한 조치청구의 한 내용으로서 보상청구권을 인정할 수 있으며, 다음과 같은 경우에는 환경침해로 인한 피해자 보호의 법적 틈을 메우기 위해서라도 우리 민법상에서도 보상청구권이 인정될 여지가 있다.⁵⁹⁾ 즉 환경침해를 방지하는 것이 경제적·기술적으로 기대불가능하나 토지의 통상적 이용으로 인해서 인용할 수밖에 없는 경우에는 피해자는 단지 보상청구만 할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁶⁰⁾

(2) 토지의 통상적 이용에 의한 인용의무가 과도한 침해일 때

민법 제217조 2항에 의해서 토지의 통상적 이용으로 인한 침해에 대해서는 적당한 방지조치로서 침해를 방지하는 것이 경제적·기술적으로 기대불가능한 경우에는 피해자는 침해를 인용할 수 밖에 없다. 그러나 이러한 침해가 단순히 토지의 통상적 용도에 의한 침해로서 인용하게 하는 것은, 피해자에게 과도한 침해를 인용시키는 경우가 발생할 수 있다. 구체적으로 보면, 침해가 관계된 토지의 통상적 이용이나 그 토지

59) 헌법 제23조 제1항 2문은 재산권의 “내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하고 있으므로, 재산권의 보호영역은 다른 기본권처럼 헌법해석에 의해서가 아니라 입법자에 의해서 결정된다는 것을 명시하고 있다. 입법자가 재산권의 내용규정을 결정할 때에는 기본권 일반이론에 의해서 과잉금지 원칙, 신뢰보호 원칙 및 평등의 원칙 등을 준수하여야 한다. 전체적으로 재산권의 내용규정이 과잉금지의 원칙을 준수하지만, 예외적으로 구체적인 사례에서 개인의 재산권적 법적 지위에 가혹한 부담을 야기하는 경우에는 이를 완화하는 특별한 규정을 둔다면 위헌적인 측면이 제거될 수 있다. 이렇게 재산권의 내용규정 자체는 전체적으로 합헌적이지만 예외적으로 규율되는 특정인에게 위헌적인 요소를 담고 있는 경우에 이를 완화하여 합헌적인 범위로 끌어들이는 예외적인 규정이 필요하다. 이런 규정은 경과규정, 예외 및 면제규정, 기타 행정적·기술적 예방규정 및 보상규정 등으로 다양하게 나타난다. 특히 입법자가 재산권의 내용규정을 정하면서 보상을 하여야만 합헌적인 내용규정이 되는 경우에, 이를 ‘보상의 무가 있는 내용규정’이라고 한다(강태수, 분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 관한 고찰, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004. 6. 141-145면 참조). 보상의무가 있는 내용규정은 재산권의 내용을 규정하는 법률 자체는 존속시키면서 개인의 지나친 부담을 덜어주는 보상을 통해서 당해 법률의 위헌성을 해소시키는 규정이다(BVerfGE 58, 137, 150f.). 헌법재판소는 개별제한구역의 지정으로 인하여 예외적으로 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 법률상으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익권이 폐지된 경우에는 입법자가 그 부담을 완화하는 보상규정을 두어야만 비로소 헌법상으로 허용될 수 있다고 판시하였다(헌재결 1998. 12. 24, 89헌마214 등).

60) 李英俊, 전계서, 458면.

의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 경우에 보상청구권이 인정될 필요성이 제기된다.

독일민법 제906조 제2항 제2문은 명문의 규정으로서 독일민법 제906조 제2항 제1문에 의해서 침해를 인용해야 하는 의무가 있는 경우에 그 침해가 자기의 토지의 장소통상적인 이용(ortübliche Benutzung)이나 자기의 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에는 다른 토지의 이용자에 대해서 적당한 보상(angemessen Ausgleich)을 금전으로 청구할 수 있다고 하고 있다. 우리나라에서도 이러한 보상청구권을 인정하기 위하여 1984년 4월 민법개정작업시에 제217조를 독일민법 제906조와 같이 개정⁶¹⁾하여서 보상청구권을 명문화하지는 시도가 있었으나 성사를 이루지 못하였다.⁶²⁾

이때 기대할 수 있는 정도의 문제는 침해의 본질성의 판단에서와 같이 침해되는 토지소유자의 개별적인 관계에서가 아니라 토지의 장소적이고 통상적인 성질, 형식, 목적에 따라서 침해되는 토지의 정상적이고 평균적인 이용자의 느낌에 의해서 판단되어야 한다.⁶³⁾

그러므로 개별적인 사건의 모든 사정은 고려되어야 하는데, 첫째로 침해의 기간·종류·강도와 사실상의 효과, 둘째로 이용자의 기대가능한 보호조치를 통하여 이용자가 인용해야 할 의무 등이 고려되어야 한다. 기대할 수 있는 정도를 넘어서는 침해는 삶의 토대의 파괴나 구체적인 위험처럼 특별히 중대한 침해일 필요는 없고, 또한 경제적인 수익의 심각한 방해를 요구하는 것은 아니다.⁶⁴⁾ 그러나 제217조 제2항과는 달리 침해받는 토지가 기준이 되어서 토지의 통상적 이용을 결정하여야 한다. 이때 침해자의 귀책사유는 요구되지 않는다. 그리고 입증책임은 유치청구권에서와 같이 청구권자가 부담하는데, 침해가 기대할 수 있는 정도를 넘어서서 발생하였다는 것과 중대한 침해, 즉 본질적인 침해로부터 발생한 손해를 입증하여야 한다.

61) 제217조 2항을 다음과 같이 개정하자고 하였다(“... 이와 같이 토지소유자가 영양을 인용하지 않으면 아니될 경우에 있어서 그 영향이 자기토지의 장소적 관행상의 이용 또는 수익을 기대할 수 없을 정도로 침해하는 때에는 이웃 토지의 이용자에게 금전으로 적당한 조정적 보상을 청구할 수 있다”).

62) 金相容, 전제서, 388면.

63) Staudingers Komm/Herbert Roth, a.a.O., §906 Rdnr. 218.

64) A. a. O., §906 Rdnr. 219.

한편 이러한 보상청구권의 내용에 대해서는 독일민법 제906조 제2항 제2문은 적당한 보상을 금전으로 청구할 수 있다고 규정하는데, 이에 대해서 독일의 판례는 보상청구권에 의한 보상은 독일민법 제249조 이하에 따르는 손해배상을 주는 것이 아니라, 피해자가 기대할 수 있는 범위를 초과하여 입은 재산상의 손해의 보상을 공법상의 공용수용에 의거하여 청구권의 범위를 정하고 있다.⁶⁵⁾ 이로써 조정적 보상청구권은 상실된 재산상 손해의 거래가액(Verkehrswert)의 보상으로 이행되게 되어 진다. 그러나 이러한 독일의 판례에 반하여 독일민법 제906조 제2항 제2문의 조정적 보상청구권과 손해배상청구권 사이에는 본질적인 차이가 있을 수 없으므로, 독일민법 제249조 이하에 따라서 완전한 손해의 보상이 주어져야 한다는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 왜냐하면 배출자의 사법상의 이익을 위하여 과하여진 인용의무의 경우에 그것을 통하여 발생한 전체손해의 배상만이 상당한 보상이 될 수 있다는 것이다.⁶⁷⁾

4. 소결

앞에서 본 것과 같이 민법 제217조의 의미는 경미한 침해에 대해서는 인용해야 하고, 중대한 침해에 대해서는 위법한 침해로서 유지청구를 청구할 수 있으나, 중대한 침해라도 가해토지의 통상적인 이용으로 야기되었을 때에는 인용을 하면서 기술적·경제적으로도 기대가능한 조치를 적당한 조치청구로서 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 또한 중대한 침해로서 가해토지의 통상적인 이용으로 인한 침해시에 기술적으로도 가능하고 경제적으로도 가능한 침해의 방지조치를 통해서도, 피해토지의 통상적인 이용이나 토지의 수익을 기대할 수 없는 경우에는 적당한 조치의 내용으로서 보상을 청구할 수 있는 것으로서 볼 수도 있을 것이다.

두 법익이 충돌하는 경우에 한 법익의 과도한 희생을 막고 적절한 보상을 주기 위한 조정적 보상청구권은 우리 민법에서는 명문으로 인정되지는 않으나, 민법상 존재

65) BGHZ 85, 375; BGHZ 92, 143.

66) Münchener Komm/Säcker, a.a.O., §906 Rdnr. 118; Gerd Landesberg/ Wilhelm Lülling, Umwelthaftungsrecht, 1991, §906 Rdnr. 12.

67) 상당한 보상과 조정적 보상에 대해서 자세한 것은, 조태제, 사업손실보상, 토지공법연구 제29집, 2005. 12, 150-156면; 박근성, 손실보상의 발전방향, 토지공법연구 제41집, 2008. 8, 4-13면 등 참조.

하는 법률적 틈을 메우기 위하여 민법 제217조 제1항에서 규정하는 ‘적당한 조치’ 청구의 한 내용으로서 보상청구권을 인정할 필요성이 제기되어지고, 또한 사실상으로는나 법적인 이유로서 제214조의 환경침해에 대한 유지청구권이 배제되는 경우에 피해자에게 적절한 피해의 보상을 주기 위하여서 보상청구권의 인정이 필요하다고 보인다.

하지만 현행민법 제217조에 이러한 해석론, 즉 적당한 조치청구에서 경제적·기술적으로 가능한 방지조치청구를 끌어내거나 조정적 보상청구권을 도출한 경우 등은 경우에 따라서는 제217조의 법문상의 의미를 너무 확장해서 해석한 바도 없지 않다고 할 것이다. 물론 우리 민법의 틈을 메꾸기 위한 시도로서 가능한 해석론이라 생각은 되지만, 궁극적으로는 제217조에 대한 개정을 통하여 환경침해로 인한 인용의무의 명확한 설정과 인용의무를 넘는 침해에 대해서 어떠한 방지조치청구를 할 수 있는가와 인용의무와 관련한 보상청구를 인정하는 경우 등을 명문의 규정을 두어서 명확히 할 필요가 있다고 생각된다.

기본적으로 독일민법 제906조 등을 계수한 현재의 우리 민법 제217조는 독일민법 제906조를 1959년에 개정하기 전의 조문과 유사한 것으로서, 환경침해문제가 복잡해지고 다양화된 현재에는 환경침해로 인한 인용의무의 설정과 관련된 문제를 해결하기에는 분명한 한계를 노출시키고 있다고 할 것이다. 그러므로 1984년 민법개정작업시에 논의되었던 제217조 대한 개정논의수준으로 개정되는 것이 타당하다고 생각된다.

III. 불법 행위로 인한 손해배상청구에서 제217조의 의미

민법 제217조에 의하면, 경미한 환경침해는 인용의무가 있고 중대한 침해에 대해서는 유지청구권을 행사할 수 있으나, 중대한 침해가 토지 통상적 이용으로 인한 침해의 경우에는 인용해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 중대하지만 토지통상적 이용으로 인한 침해에 대해서 피해자에게 이를 단순히 인용하도록 하는 것은 타당하지 않으므로, 제217조 제1항의 적당한 조치청구로부터 기술적·경제적으로 기대가능한 방지조치를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이고, 또한 이를 통하여서도 피해 부동산의 통상적 이용이나 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 경우에 보상청구권이 인정된다고 할 것이다.

그러면 제217조에 의한 인용의무가 불법행위로 인한 손해배상청구시에는 어떠한 의미를 가지는가? 이에 대해서 독일의 통설은 독일민법 제906조에 의해서 忍容해야 하는 부동산의 침해는 위법하지 않으므로, 피해자는 비록 본질적이지만 장소통상적 이용으로 인한 침해에 대해서도 독일민법 제823조 1항에 의한 손해배상청구권이 인정되지 않는다고 한다.⁶⁸⁾ 독일민법 제906조 1항에 의해서 인용해야 하는 비본질적 침해에 대해서는 상권자의 사회공동생활에서 일정한 사소한 방해는 피할 수 없고 사회상당성(sozialadäquat)이 있으므로 손해배상없이 감수해야 한다는 것은 분명하다. 그러나 본질적이고 장소통상적 침해에 대해서 불법행위적인 청구권을 배제해야 하는지에 대해서는 의문을 제기하는 입장이 있는데, 중대하고 무엇보다도 예측하지 못한 법익침해, 예를 들어 시설로부터 발생하는 알려지지 않은 위험한 방사선(Strahlen)이 장소통상적 이용에 대한 정의에 포함되어서 장소통상적 이용으로서 위법성이 부인되는 것이 타당하다고 볼 수는 없다는 입장이 있지만, 위와 같은 침해는 장소통상적 이용이라 볼 수 없으므로 위법성이 인정된다고 할 것이다. 독일 판례를 보면, 사격장시설에 의한 인접한 토지의 납오염은 예측되지 않고 특별히 중대한 원고의 토지의 침해라고 하면서 장소통상적 이용으로 인정하지 않고 위법성을 인정하였다.⁶⁹⁾ 그 외 본질적이고 장소통상적 이용으로 인한 침해시에는 피해자에게 독일민법 제906조 2항 2문에 따라서 조정적 보상청구권이 주어지기 때문에 피해받은 부동산권리자의 권리를 위해서 결과에서는 큰 차이를 나타낸다고 할 수 없다.⁷⁰⁾

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

69) LG Hechingen, NJW 1987, 2749(이 사건에서는 피고의 과책이 입증되지 않아서 인접한 토지의 소유자에게는 단지 제906조 2항 2문에 따른 보상청구권이 주어졌다).

70) 독일민법 제906조가 건강이나 신체침해시에 어떠한 의미를 갖는지는 분명하지 않아 논란이 있어서 신체나 생명에 침해시에 유지청구권의 배제는 인정될 수 없고 身體의 完全性에 대한 본질적인 침해는 항상 위법하다고 한다(Eberhard, Lang, "Grundfragen des Privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtvergleichender Sicht," AcP 174, S. 388). 독일의 판례(BGH, WM 1970, 1292)도 소음임박시온을 통하여 다른 사람의 營業無能力을 야기한 자는 그의 행위가 장소통상적 이용이라 하더라도 이것으로서 그의 침해행위가 정당화될 수는 없다고 하였다. 즉 가해자는 건강침해가 독일민법 제906조에 의해서 정당화되어진다고 원용할 수는 없다. 이러한 원칙은 건강침해의 개념을 유기체적으로 측정할 수 있는 침해(organisch messbare Beeinträchtigungen)로 제한하는 한 인정되어야 할 것이다. 만약 건강의 침해를 일반적인 안녕(allgemeines Wohlbefinden)의 단순한 방해로 이해한다면 일정한 건강침해는 제906조에 의하여 인용되어야만 하고 위법성이 없으므로 독일민법 제823조 1항의 청구권에 해당되

우리 민법 제217조의 불법행위로 인한 손해배상청구권에서의 의미를 살펴보면, 소수설에서는 위법성 판단에서의 수인한도가 제217조로부터 도출되어야 한다고 한다.⁷¹⁾ 제217조 제2항에서 토지통상적 이용으로 인한 침해는 인용하여야 한다고 규정하고 있으므로, 토지통상적 이용으로 인한 침해는 침해의 위법성이 없다고 한다. 그러나 다수설과 판례는 위법성판단에서 수인한도를 제217조와 관련하여 도출하는 것이 아니라, 제217조의 인용의무와 관계없이 “수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 할 것이다”라고 하고 있다.

IV. 마치며

고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등으로 인한 손해배상에서 이들 사업의 공익성을 반영하여 직접적으로 손해배상액을 제한하여 결정할 수 있는 방법은 현행법상으로는 없는 것으로 보여진다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같이 환경침해로 인한 유지청구나 손해배상청구에서 위법성을 판단함에 있어서 인정되는 수인한도론을 제217조와 관련하여 도출한다면, 민법 제217조 2항에 의하여 토지통상적 이용으로 인한 침해는 위법성이 없으므로, 손해배상청구권은 부인되어야 하고, 단지 경제적·기술적으로 기대가능한 방지조치와 조정적 보상청구권만이 인정될 수 있다.

위와 같이 위법성 판단에서 수인한도를 판단한다면, 결국 고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등에 대해서는 토지의 통상적 이용으로서 위법성이 없으므로 손해배상청구는 부인되어야 하고, 단지 조정적 보상청구권만이 인정될 수 있다. 조정적 보상청구는 특별희생에 따른 정당한 보상이 아니라, 상당한(적당한) 보상이다. 조정적

지 않을 것이다.

71) 안경희, 전계논문, 69면, 박윤직, 채권각론(신정수정판), 박영사, 2002, 541면.

보상은 재산권의 내용규정을 통한 부담을 추가적 조정을 통해 완화시키고, 재산권의 헌법적 안정화를 도모하는 것이므로 최소한의 재산권내용의 적정성과 비례성을 확보할 수 있는 정도이면 족하므로, 보상을 하더라도 완전보상까지는 필요가 없다. 이에 따라 고속도로 소음, 비행장 소음, 철도 소음 등의 공익사업으로 인한 환경침해에 대해서 간접적인 방법으로 손해배상액이 제한되는 효과를 얻을 수 있다고 할 것이다.

그리고 독일민법 제906조를 계수한 현재의 우리 민법 제217조는 독일민법 제906조를 1959년에 개정하기 전의 조문을 계수한 것으로서, 독일민법은 1959년 개정을 통하여 토지 통상적 이용으로 인한 침해로 인용의무가 설정되는 경우에 피해자보호를 위하여 경제적·기술적으로 기대가능한 방지조치청구와 조정적 보상청구권을 명문으로 입법하였다. 현행 우리 민법 제217조 2항은 토지의 통상적 이용으로 인한 침해에 대해서 피해자의 인용의무만을 규정함으로써 피해자보호에 분명한 한계를 노출시키고 있다. 그러므로 1984년 민법개정작업시에 논의되었던 제217조 대한 개정논의수준으로 제217조가 개정되어서, 가해지의 토지 통상적 이용으로 인한 침해로 인용의무가 설정되는 경우에 피해자에게 경제적·기술적으로 기대가능한 방지조치청구와 이를 통하여서도 피해가 발생하는 경우에 인정되는 조정적 보상청구권을 명문으로 인정하는 민법개정을 하는 것이 필요하다고 생각된다.

논문투고일 : 2012. 3. 31.	심사일 : 2012. 4. 12.	게재확정일 : 2012. 4. 21.
----------------------	--------------------	----------------------

참고문헌

1. 국내문헌

- 곽윤직, 물권법(제7판), 박영사, 2002.
곽윤직, 채권각론(신정수정판), 박영사, 2002.
곽윤직/유원규 집필, 민법주해(V), 박영사, 1992.
김상용, 불법행위법, 법문사, 1997.
김상용, 물권법(개정판), 법문사, 1995.
이영준, 물권법(진정신판), 박영사, 2009.
이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
전경운, 독일 환경사법론, 법원사, 1998.
중안환경분쟁조정위원회, 환경분쟁조정사례집 제10집, 2001.
- 강태수, 분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비관에 관한 고찰, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004. 6.
박균성, 손실보상의 발전방향, 토지공법연구 제41집, 2008. 8,
박수관, 프랑스법에서의 근린폐해이론의 전개, 환경법연구, 제24권 2호, 2002. 12.
전경운, 환경침해로 인한 위법성판단과 환경정책기본법 제31조의 효력, 민사법학 제22호, 2002.
조태제, 사업손실보상, 토지공법연구 제29집, 2005. 12.

2. 외국문헌

- Basler Komm/Heinz Rey, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007,
Gerd Landesberg/Wilhelm Lülling, Umwelthaftungsrecht, 1991.
Hanns Prütting, Sachenrecht, 34. Aufl., 2010.
Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 2. Aufl., 1994.

- Manfred Wolf/Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 25. Aufl., 2010,
Münchener Komm/Säcker, 2. Aufl., 1986.
Staudingers Komm/Herbert Roth, 13 Aufl., 1996,
Eberhard Lang, Grundfragen des Privatrechtlichen Immissionsschutzes in
rechtvergleichender Sicht, AcP 174, 382.
Peter Marburger, Zur Reform des §906 BGB, Festschrift für Wolfgang Ritter zum
70. Geburtstag, 1997, 917.
Peter Marburger/Heinrich Herrmann, Zur Verteilung der Darlegungs- und
Beweislast bei der Haftung für Umweltschäden, JuS 1986, 351.

[Abstract]

The Ways for Public Interest Considerations of Public Services At the Time of Compensating Damages Due to Environmental Infringement

Kyoung Un, Chun

i) In the compensation of damages due to highway noise, airfield noise and railroad noise, there seems to be no methods of limiting the amount of compensation for damages directly by reflecting the public interest of these services according to the existing law.

ii) However, unlike the case of patience duty in the decision of illegality, as the infringement due to conventionnal usage of land has no illegality, the claim of compensation for damages must be denied while only the preventive measures that can be economically and technically anticipated or the regulative compensation claim can be accepted.

iii) If the duty of patience are determined in the decision of illegality above, the claim of compensation for damages must be denied and only the regulative compensation claim can be accepted as the highway noise, airfield noise and railroad noise do not have illegality as a conventionnal usage of land in result.

iv) The regulative compensation claim is not a justifiable compensation by special sacrifice but a suitable(adequate) compensation. As the regulative compensation is the one to relieve the burden through the content regulation of property rights by additional arbitration and to strive for the constitutional stabilization of property rights, the full compensation is unnecessary even if compensated because the extent of being ensure the adequacy and proportionality of minimum property right details would be sufficient.

v) Accordingly, it would be said that an effect of amount of compensation for damages being limited could be gained using an indirect method on the environmental infringement due to public services such as highway noise, airfield noise and railroad noise.

주 제 어 환경침해, 공익사업, 손해배상, 위법성, 인용의무, 토지의 통상적 이용
Key Words environmental infringement, public services, compensation of damages, illegality, duty
of patience, conventionnal usage of land