

環境侵害被害의 私法上 救濟法理*

전 경 운**

< 차 례 >

- I. 概 說
- II. 環境侵害에 대한 防禦請求權과 補償請求權
- III. 環境侵害로 인한 契約法上의 責任
- IV. 環境侵害時 不法行爲로 인한 損害賠償請求
- V. 맺으며

I. 概 說

1. 問題의 提起

산업혁명 이후 20세기 전까지만 하여도 공업화·산업화의 과정에서 발생하는 환경오염물질의 양이 자연의 정화능력의 범위 내였으므로 환경문제는 개념조차 형성되지 않았고, 단지 環境侵害問題는 단순히 상린관계자 상호간의 生活妨害의 문제로만 파악하여서 근대민법은 인접지로부터 나오는 매연·진동·소음·악취·폐수 등에 의한 방해는 상린관계자 상호간의 단순한 생활분쟁에 지나지 않는 것으로 파악하였다. 그러나 20세기 중반 이후 과학기술의 발달과 이에 수반한 급진적인 인구의 증가, 공업화, 인구의 도시집중으로 인하여 자연의 정화능력을 훨씬 초과하는 오염물질을 대량으로 배출하게 되어서 환경에 대한 침해는 결국 인간의 생존자체를 위협하는 결과가 되고 말았다. 이리하여 오늘날 환경문제는 한 국가만의 문제가 아니라 지구적 관심사가 되었다.

* 이 논문은 2000년 10월 28일, 한국환경법학회와 세계국제법협회(ILA) 한국본부가 공동으로 주최한 학술세미나에서 발표된 것임.

** 명지대학교 법학과 교수, 법학박사

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인 規制가 적극화되기 시작한 것은 제2차 대전 이후부터의 일이다.¹⁾

물론 公法的인 規制가 효율적으로, 그리고 성공적으로 실시된다면 환경침해는 그 만큼 감소되거나 줄어든다고 할 수 있으나, 실제 각종의 공법적 규제가 증가하고 엄격해지고 있는 현재에 환경침해는 과거보다 더욱 심하고 광범위하게 일어나고 있는 것을 보면, 오늘날 環境法의 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.²⁾ 또한 환경침해에 대해서 私法的 被害救濟를 강화하는 것은 역으로 환경침해를 예방하는 기능도 갖게 될 것이다.

2. 環境侵害의 概念 및 그 特質

(1) 環境侵害의 概念

환경침해(Umwelteinwirkung od. Umweltbeeinträchtigung)라는 개념은 독일 環境責任法(Umwelthaftungsgesetz) 제3조 제1항과 독일의 하나의 環境法典(Umweltgesetzbuch)을 위한 시안에서 처음으로 사용한 개념이며, 우리나라에서는 아직 법적 용어로서 규정되거나 크게 사용하고 있지는 않다. 환경침해라는 개념의 변천과정을 살펴보면 제217조에서는 生活妨害(Immission)에 대해서 규정하고 있고, 1963년 제정된 舊公害防止法에서는 公害라는 용어를 사용하였으며, 1977년의 舊環境保全法과 1990년의 環境政策基本法에서는 環境汚染이라는 용어를 사용하고 있다. 그리고 가끔은 환경과피라는 용어가 쓰이고 있지만 이는 환경보호운동의 구호로서는 사용될 수 있을지라도 법률용어로서는 적당하지 않을 것이다.

먼저 公害라는 말은 對症療法的 接近方法에 입각하고 있는 구공해방지법상의 중심개념으로서 사람의 건강에의 위해와 생활환경에의 저해로 인한 피해에 중점을 주고 있으며, 영미법상의 뉴산스(Nuisance)와 독일법의 임밋시온(Immission)에 대응하는 침해현상을 公害라고 부르고 있다.³⁾ 이에 반하여 환경에 대한 適正管理的 接近方法에 의존하고 있는 구환

1) 具然昌, 環境法論(改訂版), 법문사(1985), 571면.

2) 金相容, 不法行爲法, 법문사(1997), 264면.

3) 또한 公害라는 용어는 통속적이고 법률용어는 아니라고 하면서 편의상 공해라는 말을 쓰고 있다

경보전법은 공해개념을 環境汚染으로 대체해서 사용을 하였다든 점에서 두 개념은 매우 유사한 개념이라고 할 수 있다.⁴⁾ 그리고 환경정책기본법에서도 환경오염이라는 개념을 구 환경보전법에서와 마찬가지로 사용하고 있다. 그러나 환경오염이라는 개념은 환경 그 자체에 중점을 두고 있는 개념이라고 볼 수 있다.

이에 반하여 環境侵害(Umwelteinwirkung)는 독일 환경책임법(UmweltHG) 제3조 제1항에 의하면 “물질, 진동, 소음, 압력, 빛, 가스, 증기, 열이나 기타현상이 땅, 공기, 물을 통하여 확산되어지는 것”이라고 하고, 독일의 하나의 환경법전(Umweltgesetzbuch)을 위한 試案에서는 제2조 제3항에서 “환경침해(Umweltbeeinträchtigung)란 환경을 단지 사소하지 않게 불이익하게 변화시키기에 적당한 환경에 현저한 행위에 의해서 기도되는 작용이다”라고 정의하고 있다.⁵⁾ 이와 같이 환경침해는 환경오염과 유사한 개념이면서도 그 용어상 차이가 존재하는데, 環境汚染은 오염된 상태 그 자체에 비중을 두고 있는 반면에, 環境侵害는 법익이 침해된다는 동적이면서도 법적인 개념임을 더욱 적절히 포함하고 있다. 또 환경오염은 보통 그 범위가 광범위한 경우에 사용하기 적합한 용어인 반면에 환경침해는 그 침해의 크기에 관계없이 사용될 수 있는 용어이므로, 환경오염보다는 환경침해가 더욱 폭넓게 환경에 대한 피해를 포괄할 수 있는 개념이라고 볼 수 있겠다. 判例에서도 과거에는 공해나 환경오염이라는 용어를 사용하였으나 이제는 법률용어로서 환경침해라는 말을 공식적으로 사용하고 있다.⁶⁾

(2) 環境侵害의 特質

이러한 환경침해는 근대민법이 생각하지 못하였던 侵害類型으로서, 환경침해로 인한 피해의 私法的 救濟를 위하여 필요한 새로운 법리는 環境侵害의 特質에서 유래한다고 볼 수 있으므로 환경침해의 특질에 대해서 살펴보는 것이 필요할 것이다.

환경침해의 특질⁷⁾을 보면, 첫째로 환경침해는 사람이나 물건에 대한 직접적인 침해가 아니고 대기·물·토양 등과 같은 매개체를 통하여 발생하는 間接的인 侵害로서 인간이나

고 한다(李正雨, 公害에 대한 私法的 救濟, 저스티스 제11권 제1호, 1993/12, 75면; 郭潤直, 債權各論(新訂版), 박영사(1995), 778면).

4) 具然昌, 전계서, 44면.

5) Kloepper, Michael/Rebinder, Eckard/Schmidt-Assman, Eberhard unter Mitwirkung von Kunig, Philip, Umweltschutzgesetzbuch-Allgemeiner Teil, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes 1991, S. 118.

6) 大判 1997. 7. 22. 96다56153 등.

7) 具然昌, 전계서, 35-37면; 吳錫裕, 環境訴訟의 諸問題, 삼영사(1996), 43-46면; 李銀榮, 債權各論(改訂版), 박영사(1995), 709-710면; 李正雨, 전계논문, 76-77면.

물건에 손해를 입힌다. 매개체를 통한 간접적인 침해이기 때문에 손해의 발생·정도·내용 등이 불명확하고 인과관계의 입증에 복잡·곤란하여 손해배상의 문제가 용이하지 않다.

둘째로 환경침해는 近代民法의 입장에서도 시민생활 또는 기업활동에서 일응 허용된 행위일 경우가 많고, 산업사회와 도시의 인구집중으로 어느 정도의 침해는 불가피한 현상을 가지게 된다. 그러므로 일정한 환경침해에 대해서는 被害者가 忍容하여야만 하고 이에 대해서는 배상청구나 유지청구를 할 수 없는 것이다. 우리 민법 제217조에서는 일정한 생활 방해를 인용하도록 규정하고 있고 손해배상청구의 위법성에서 受忍限度論 등이 나타나는 것은 이러한 연유에서이다.

셋째로 환경침해는 媒介體를 통하여 다수의 주민에게 광범위하게 미치는 것이므로 피해가 무한정하게 클 수 있으며, 가해자의 입장에서도 부담하여야 할 배상액이 막대한 액수에 이르게 된다.⁸⁾ 이로 인하여 피해자의 배상청구권은 가해자의 배상능력 유무에 크게 의존하게 되고, 가해자는 상당한 배상능력을 보유하더라도 배상책임의 이행으로 파멸을 가져오는 수가 많으므로 環境責任保險이나 補償基金制度가 마련되어야 할 것이다.⁹⁾

넷째로 환경침해는 계속적으로 서서히 침해되는 것이 보통으로서 환경침해의 원인이 되는 인위적 활동이 계속하는 동안은 그와 함께 침해도 계속적으로 일어난다. 그러므로 환경침해로 인한 피해의 구제는 이미 발생한 침해를 전보해 주는 것만으로는 불충분하고, 계속적으로 발생하는 환경침해의 원인을 제거하고 장래에 발생할 우려가 있는 피해를 방지하기 위하여 留止請求나 妨害除去請求를 취할 것이 요구된다.

다섯째로 환경침해는 대부분이 기업활동에 의하여 부수적·필연적으로 야기되는 경우가 많다. 물론 부분적으로 각 가정의 생활하수나 소음 등에 의하여 일어나는 경우도 있으나 현대의 대부분의 환경침해는 기업활동의 결과로 만들어지고 피해자는 거의 모든 경우가 일반 시민인 경우가 많다. 그리고 이러한 기업활동에 의한 환경침해는 企業의 適法한 活動에 기인하여 발생하는 경우도 많다. 그러므로 환경침해에 있어서는 가해자와 피해자간에 사회적·경제적으로 힘의 불균형이 존재하게 되고 분쟁당사자의 실질적 평등을 위하여 인과관계 등의 입증책임의 경감을 위한 법리의 기반이 된다.¹⁰⁾ 이를 위하여 각국에서는 환경책임법을 제정하여서 무과실책임을 규정할 뿐만 아니라 인과관계의 입증의 완화 등을

8) 吳錫洛, 전계서, 43면.

9) 李均成, 公害의 被害者救濟와 保險, 環境法研究 제2권(1980), 73-92면.

10) 林正平, 共同不法行爲論에 있어서 公害에 대한 小考, 松軒安二濬博士華甲紀念論文集(민사법과 환경법의 제문제, 1986), 532면.

규정하고 있다.

이러한 환경침해의 특질로서는 이외에 지위의 비호환성, 피해의 비회피성, 가해행위의 수익성 등을 드는 경우도 있다.¹¹⁾

3. 環境侵害 被害救濟의 法理構成과 관련 法條文

일반적으로 환경침해로 인하여 피해를 받은 자가 그 피해의 구제를 위하여 취할 수 있는 방법에는, 첫째로 소송외적으로 環境紛爭調整法에 따라서 설치된 환경분쟁조정위원회에 다 조정을 신청하는 경우¹²⁾와, 둘째로 法院에 訴訟을 제기할 수 있는 방법이 있다. 소송을 제기하는 경우에는 환경보호를 위해서 공법적인 규제권을 가지고 있는 행정기관에 그 규제조치의 발동을 청구하는 行政訴訟¹³⁾과 가해자를 상대로 民事上 損害賠償請求나 오염물질의 배출의 중지를 청구하는 留止請求¹⁴⁾訴訟을 제기할 수 있다.

즉 환경침해에 대한 私法的인 피해의 救濟措置로서는 발생한 피해에 대한 損害賠償請求와 환경침해의 방지를 청구하는 留止請求 및 契約上의 責任을 지우는 방법 등이 있다.

이러한 사법적인 대응방안의 법리구성을 두고서 손해배상청구와 유지청구를 일원적으로 구성하여 이를 物權法的으로¹⁵⁾나 不法行爲法的으로 이론을 구성하려는 견해가 있는가 하면, 通說¹⁶⁾과 判例¹⁷⁾에서는 양자를 합하여 留止請求는 물권법적으로 損害賠償請求는 불법행위적으로 이론구성해야 한다는 논의가 있다. 그러나 손해배상청구와 유지청구를 불법행위법이나 물권법중의 하나의 법리에 의해서 해결하는 것은 복잡한 환경침해소송의 해결을

11) 吳錫洛, 전계서, 43-44면; 具然昌, 전계서, 35-37면; 李正雨, 전계논문, 76면.

12) 상세한 것은 徐元宇·崔松和, 環境紛爭調停制度의 開發에 관한 研究, 環境法研究 제7권(1985), 25-78면; 全炳成, 環境汚染被害紛爭調整法, 사법행정, 1992/3, 40-49면; 崔正柱, 환경오염피해분쟁조정제도의 改善方向, 立法調査月報(國會事務處), 1994/6, 46-64면; 權龍雨, 環境紛爭調停制度의 效率化, 環境法研究 제2권(1980), 53-72면 등 참조.

13) 상세한 것은 홍준형, 환경법, 한울아카데미(1994), 158-184면 참조.

14) 환경침해에 대한 현재의 침해의 제거나 장래의 침해의 예방을 구하는 청구를 현재 일반적으로 留止請求이라고 하는데, 유지청구라는 용어가 적당한지의 여부는 뒤에서 자세히 살펴보도록 한다.

15) 金基洙, 公害의 私法的 救濟의 方向과 相關關係의 構成, 環境法研究 창간호(1979), 132-137면.

16) 具然昌, 環境汚染의 私法的 救濟, 法學, 1981/6, 57면; 李太載, 公害의 私法的 救濟에 있어서 因果關係論, 사법행정, 1974/5, 31면; 李光信, 公害事件과 因果關係의 立證責任, 法曹春秋 1974/4, 29면; 張庚鶴, 公害事件判例, 法과 公害(1974), 203면; 林正平, 전계논문, 539면 등.

17) 손해배상청구에 관하여 不法行爲에 근거를 둔 판례로는 大判 1973. 5. 22, 71다2016; 大判 1973. 10. 10, 73다1253; 大判 1974. 12. 10, 72다1774 등이 있고 留止請求의 근거를 물권적 청구권에서 찾은 판례는 서울民地判 1971. 6. 28, 70다9974; 大判 1995. 9. 15, 95다23378; 大判 1997. 7. 22, 96다56153 등의 판결이 있다.

위해서 바람직하지 않고 통설과 판례에서와 같이 각각 그에 맞는 법리구성을 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 환경침해로 인한 사법상의 피해의 구제를 받는 데에는 침해자의 특정문제, 침해자의 過責이나 침해행위의 違法性判斷에서의 문제, 침해행위와 손해발생 사이의 因果關係를 立證하는 문제 등에서 피해자에게 많은 어려움이 있다. 따라서 각국은 이러한 피해자의 어려움을 극복하고자 특별법을 제정하는 사례가 점차 증대하고 있으며, 또한 학설과 판례를 통하여 많은 노력이 경주되어서 그 결과 환경침해에 대한 피해의 구제는 過失責任에서 無過失責任으로 점차 전환되고 있다. 이를 통하여 상당한 성과를 거두고 있는 것은 사실이지만 아직도 제대로 극복하지 못한 문제가 많이 있다.¹⁸⁾

환경침해로 인한 피해자의 구제와 관련하여서 우리 민법과 여타의 법률의 규정은 매우 다양하게 규정되어 있다. 먼저 留止請求權과 관련하여서 보면, 민법 제214조의 방해제거청구권과 방해예방청구권이 기본조항으로서 관련이 되고, 민법 제217조의 규정은 일정한 생활방해(Immission)에 대해서는 인용하도록 규정하면서 인용한도를 넘을 경우에는 적당한 조치를 청구할 수 있다고 하여서 방해제거청구권이나 방해예방청구권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 우리 민법 제217조는 독일민법 제906조를 모범으로 하여 규정되었지만 調整的補償請求權에 대해서는 규정을 하지 않고 다만 忍容限度를 넘을 경우에는 적당한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있으나 적당한 조치의 내용에는 보상청구권을 포함하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

환경침해로 인한 不法行爲에 관한 規定으로서, 민법 제750조가 가장 기본적인 규정으로서 적용이 되며 共同不法行爲와 관련하여서 민법 제760조가 적용이 될 수 있다. 특별법으로서의 환경정책기본법 제31조에서 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 無過失責任을 지도록 규정하고 있으며, 토양환경보전법에서는 토양오염에 의한 손해에 대해서 오염원인자에게 무과실책임을 규정하고 있다(동법 제23조). 그리고 광업법 제91조에서는 鑛害로 인한 배상을 무과실책임으로 규정하고 있고, 수산업법 제82조에서는 산업시설 기타 사업장의 건설 또는 조업이나 선박, 해양오염방지법 제2조 제10호에 해양시설과 해저광구의 개발 등에 의한 수질오염으로 인하여 면허받은 어업에 피해가 발생한 때에는 그 오염발생시설의 경영자는 관계법령이 정하는 바에 따라서 피해자에게 배상할 무과실책임을 지도록 규정하고 있다. 아울러 원자력손해배상법 제3조 제1항에서는 원자로의 운전 등으로 인하여 原子力損害가 생긴 때에는 당해 원자력사업자가 그 손해를 배상할 무과실책임을 지게 되고, 유류오염손해배상보장법 제4조 1항에서 油

18) 權五乘, 環境訴訟의 效用과 限界, 厚巖郭潤直先生古稀紀念論文集(民法學論叢·第二, 1995), 510면.

類汚染損害가 발생한 때에는 사고 당시의 선박소유자는 그 손해를 무과실책임으로 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

그리고 환경침해로 인한 피해는 보통 피해자가 다수이고 가해자의 확정과 가해자간의 분담책임의 곤란, 가해자에 대한 피해자의 열등한 지위, 인과관계의 입증의 곤란 등으로 인하여 환경소송에 의해서는 해결이 곤란한 경우가 많다. 그리하여 일종의 준사법적인 분쟁해결기능을 가진 행정위원회에 의해서 환경침해 피해를 소송외적 방법으로 해결하려는 취지에서 環境紛爭調整法이 제정되어 실행되고 있다. 이 법에서는 환경분쟁조정위원회의 斡旋·調停·裁定에 의하여 환경침해로 인한 피해에 대해서 신속하고 간단한 해결을 피해자에게 제공하고 있다.¹⁹⁾²⁰⁾

II. 環境侵害에 대한 防禦請求權과 補償請求權

1. 防禦請求權

(1) 意義

환경침해는 繼續的인 侵害라는 특질을 가지므로 현재 발생하여 계속되고 있는 침해나 장차 발생할 우려가 있는 침해를 예방하기 위하여 防禦請求權²¹⁾을 인정할 필요가 있다.

- 19) 環境紛爭調整法에 의하면 환경오염피해분쟁조정 전담기구로 환경부에 중앙환경분쟁조정위원회를 시·도에 지방환경분쟁조정위원회를 두도록 하고(동법 제2조), 위원회의 위원장의 명에 따라 환경피해 조사 및 피해액산정 등의 업무를 담당하는 심사관을 두도록 하였다(동법 제8조). 環境紛爭調整委員會의 분쟁조정에 대한 당사자의 승복율을 보면은 91-92년에는 25%, 93년에는 48%, 94년에는 72%로 당사자의 분쟁조정에 대한 승복율은 증가하고 있고, 당사자의 紛爭調整申請件數도 계속적으로 증가하고 있다(拙稿, 韓國 環境立法의 概觀, 延世法學 제12집(1995), 79면).
- 20) 끝으로 환경침해에 대한 직접적인 피해배상제도는 아니지만 發電所周邊地域支援에 관한 法律이 제정되어서 발전소사업자로 하여금 주변지역 주민에게 발전소주변지역 지원사업에 사전에 지원금을 지급 하도록 하고 있는데, 이것도 환경침해를 예상한 피해자에 대한 사전적 손해배상 방법으로 볼 수 있을 것이다(金相容, 環境侵害不法行爲, 厚巖郭潤直先生古稀紀念論文集(民法學論叢·第二, 1995), 540면).
- 21) 현재 발생하여 계속되고 있는 환경침해나 장차 발생할 우려가 있는 환경침해를 예방하기 위하여 일반적으로 우리는 留止請求라는 말을 쓰고 있다. 유지청구 이외에도 중지청구, 금지청구, 정지청구 등의 말을 쓰고 있다. 독일법 제1004조에서는 유지청구(Unterlassungsanspruch)와 방해제거청구(Beseitigungsanspruch)를 합하여 防禦請求權(Abwehranspruch)이라는 말로써 쓰고 있고, 이에 상응하는 것으로 우리는 제214조에서 방해제거청구와 방해예방청구라는 용어를 쓰고 있다. 독일법상의 방어청구권을 유지청구권으로 번역해서 쓰는 경향도 있으나(吳錫洙, 전거서, 39면), 우리 민법과 독일민법에서는 분명히 현재의 침해의 제거와 장래의 침해의 예방으로서의 청구권을 분명히 구분하고 있고 구분이 되는 것으로서, 환경침해라는 영역에서만 특수하게 유지청구라는 말로서 이 모두를 표현하는 것은 타당하지가 않다고 생각

환경침해에서 이미 발생한 손해의 배상을 통한 損害의 填補도 중요하지만 현재 발생하고 있고 또한 발생할 염려가 있는 장래의 환경침해에 과해서 妨害除去請求나 妨害豫防請求를 인정하는 것은 매우 중요하다. 왜냐하면 환경침해가 한번 일어나면 원상회복이 매우 어려움으로 환경침해를 사전에 방지한다는 것은 매우 필요하다. 일반적으로 현재 발생하고 있고 또 발생할 우려가 있는 장래의 손해에 대해서 방어청구를 인정할 수 있는데, 방어청구권은 구체적으로 현재 발생하고 있는 침해에 대해서는 妨害除去請求權으로 손해발생이 임박하여 장래에 손해가 발생할 것을 사전에 예방하는 청구권은 妨害豫防請求權으로 구별하여서 볼 수 있을 것이다.

(2) 法的 根據

가. 學 說

환경침해에 대한 방어청구권 인정의 法的 根據에 대해서는 크게 보면 물권의 침해로서 물권적 청구권에 근거를 두자는 物權說, 인격권의 침해로 보자는 人格權說, 환경권의 침해로 보자는 環境權說 및 환경침해로 보호되어야 할 이익이 침해되면은 방어청구를 인정할 수 있다는 不法行爲說 등이 있다.

우리의 판례가 따르고 있는 物權說에 관해서 보면, 물권설은 다시 세부적으로 민법 제 217조의 상린관계 규정에 근거를 두는 相隣權說과 소유권 내지 점유권 등에 근거를 두는 物權的 請求權說로 나누어 볼 수 있다. 物權的 請求權說은 환경침해란 피해자가 지배하는 토지·건물의 소유권·점유권 등과 같은 물권에 대한 침해로 보는 견해이며 방해제거청구권이나 방해예방청구권은 이러한 권리에 의해서 인정된다고 한다.²²⁾ 이 설은 피침해이익을 물권으로 보는 사실에서 전통적인 법체계와 조화 및 법적 안정성이 높다는데 장점이 있다.

된다. 그리고 유지청구라는 어의에는 방해제거청구라는 의미는 포함되어 있지 않고 오히려 장래의 침해의 예방을 청구하는 방해예방의 의미가 강하게 포함되어 있으므로 현재의 침해의 제거와 장래의 침해의 예방이라는 의미에서의 유지청구라는 말은 적당한 표현이라고 볼 수 없다. 그러므로 환경침해로 인하여 현재 계속되고 있는 침해의 제거는 妨害除去請求權으로 장차 발생할 우려가 있는 침해를 예방하기 위하여서는 妨害豫防請求權을 행사할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 방해제거청구권과 방해예방청구권을 모두 포함하는 법률상의 용어는 우리 민법에서는 갖고 있지 않는데 독민법에서는 제 1004조의 방해제거청구권과 유지청구권(방해예방청구권)을 합하여 방어청구권이라는 용어를 사용하고 있으므로 우리도 이러한 용어를 사용하여서 방해제거청구권과 방해예방청구권을 포괄하는 용어로서 이 글에서는 방어청구권이라는 용어를 사용을 하는 것으로 한다.

22) 趙誠民, 環境侵害와 妨害排除請求權의 認否, 考試界, 1996/4, 185면; 편집대표 金曾漢/李勇雨 집필, 註釋債權各則(IV), 한국사법행정학회(1987), 72면; 吳錫洛, 전거서, 39면.

방어청구권의 법적 근거에 관하여 과거의 우리의 判例는 그 사례가 많지 않고 판례가 법적 근거에 대해서 논하지 않거나, 있더라도 원고의 주장에 대해서 소극적으로 대응함으로써 법적 근거에 대해서는 관심이 적었다고 할 수 있으나 최근의 판례에서는 법적 근거에 대해서 법원의 분명한 입장을 보여주고 있다.

환경침해에 대한 사건으로서 한국전력주식회사의 울산발전소에서 배출되는 아류산가스로 인하여 원고의 과수원이 피해를 입었다고 하여 손해배상청구와 함께 아류산가스의 배출확산의 금지와 그 방지시설의 설치를 구한 사건에서 방어청구부분을 인용한 서울民地判 1971. 6. 28, 70가9974 판결²³⁾과 건축공사로 인한 인접지소유자에 대한 安穩妨害나 日照權의 침해가 문제로 되어 공사중지를 명한 사건으로서 서울高判 1978. 7. 31, 78라41결정이 있으나 두 사건에서는 방어청구의 법적 근거에 대해서는 언급이 없다.

그러나 수원地法 1994. 12. 23, 94가합4779 판결²⁴⁾에서는 돼지사육시설에서 유출되는 분뇨 등 축산폐수가 원고의 임야부분에 유입되어 나무 등이 고사되는 등으로 오염된 사건에서 所有權行使의 妨害排除請求를 받아들여서 “임야의 소유자인 원고들은 피고 소유의 돈사로부터 유출되는 분뇨 등 축산폐수가 임야에 유입되어 임야가 오염됨으로 인하여 임야에 대한 소유권의 행사를 방해당하거나 방해당할 염려가 있다고 할 것이므로, 피고는 원고들에 대하여 돈사로부터 유출되는 분뇨 등 축산폐수를 임야에 방류하지 않을 의무와 축산폐수가 임야에 유입되지 않도록 하기 위한 흙관 배수로와 유형축구를 설치할 의무가 있다”라고 하였다.

大判 1995. 5. 23, 94마2218 결정²⁵⁾에서 골프연습장설치에 대한 원고들의 假處分申請事件에서 헌법상의 환경권규정에 의하여 私法上의 權利로서 환경권이 인정될 수 있는지에 대해서 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로서 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정

23) 이 사건에서 제1심에서는 防禦請求部分이 인용되었으나 제2심인 서울高判 1972. 9. 6, 71나1620 판결에서는 2심변론종결당시 원고의 과수원이 발전소에서 방출되는 아류산가스로 인하여 이제는 피해를 입고 있지 않다는 이유로 그 부분이 배척되었으며, 상고심인 大判 1974. 12. 10, 72다1774 판결에서는 이 부분이 문제시 되지 아니하였다(金永振, 우리나라 公害訴訟의 判決例, 裁判資料 2집(1979), 86-87면).

24) 法律新聞, 1995. 2. 2, 12면.

25) 尹眞秀, 公害事件과 因果關係의 立證責任, 판례월보, 1996/12, 35면 이하.

하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다”고 하여서 環境權說을 否認하고 있고, 적극적으로 방어청구의 권원을 어떻게 파악하여야 할 것인가에 관하여는 확실한 입장을 밝히지 않고 있다.

그리고 大判 1995. 9. 15, 95다23378 판결²⁶⁾에서는 대학교의 교육환경저해 등을 이유로 그 인접 대지위의 24층 아파트 건축공사 금지청구에서 “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체대상내용행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다”고 하여서 환경권설을 받아들이지 않고, “인접 대지 위에 건축중인 아파트가 24층까지 완공되는 경우, 대학교 구내의 첨단과학관에서의 교육 및 연구활동에 커다란 지장이 초래되고 첨단과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며 대학교로서의 경관·조망이 훼손되고 조용하고 쾌적한 교육환경이 저해되며 소음의 증가 등으로 교육 및 연구활동이 방해받게 된다면, 그 부지 및 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해받게 된 대학교측으로서 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연·열기체·액체·음향·진동 기타 이에 유사한 것에 해당되는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있고”라고서 하여 판례가 物權說을 정면으로 받아들이고 있다. 그리고 대한불교 조계종 봉은사가 사찰옆에 19층 빌딩을 신축하려는 피고를 상대로 낸 工事禁止假處分申請 事件에서 대법원은 또한 물권설을 받아들여서 “인접 대지에 어떤 건물을 신축함으로써 그와 같은 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에는 위 토지 등의 소유자는 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를 할 수 있다”고 하고 있다.²⁷⁾

이상에서 본 바와 같이, 學說에서는 그 법적 근거에 대해서 지배적인 견해가 성립되어 있지는 않지만, 判例는 법적 근거에 대해서 연속적으로 환경침해를 이유로 하는 방어청구에 있어서 環境權說은 그 청구원인이 될 수 없음을 거듭 밝히고 있으면서 物權說을 하급심과 대법원 판례에서 정면으로 법적 근거로 받아들이고 있다.

26) 陳順碩, 教育環境權 侵害와 留止請求, 衡平과 正義 第10輯(1995), 101면 이하.

27) 大判 1997. 7. 22, 96다56153.

(3) 所有權 등의 侵害

위에서 본 것처럼 所有權 등의 物權이 환경침해에 의해서 점유의 박탈이나 유치 이외의 방법으로 방해되고 있는 경우에 방어청구가 인정된다. 그러면 이때 어떠한 침해가 소유권의 침해로 인정되는지를 보면, 물건의 공간적·물적인 범위에 대한 積極的인 侵害(Positive Einwirkungen)와 所有者의 法的地位(Rechtsposition des Eigentümers)에 대해서 직접적으로 향해진 침해는 일반적으로 所有權의 侵害로 인정이 되나, 소유자의 법적 지위에 대한 침해는 환경침해로 인한 방어청구권과는 관계가 없다. 주로 적극적인 침해에는 물건에 대한 특히 토지에 대하여 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연, 열, 소음, 진동과 기타 不可量物(Imponderabilien)²⁸⁾의 流入에 의한 임깃시온의 형태로의 環境侵害가 여기에 해당된다.²⁹⁾

그러나 제214조의 의미에서의 침해에 消極的인 侵害(Negative Einwirkungen)와 觀念上의 侵害(Ideelle Einwirkungen)도 포함되는지에 대해서는 논의의 여지가 있다.

(4) 請求人과 被請求人 등

환경침해에 대한 제214조의 방어청구권인 방해제거청구권과 방해예방청구권은 원칙적으로 所有權者가 가진다. 그러나 제214조의 주된 영역은 환경침해로 인한 토지나 건물의 所有權의 侵害에 주로 적용된다. 제205조에 의해서 임차인 등의 占有者도 방어청구권을 가지고 정해진 制限物權者도 다음과 같은 명시적인 규정에 의해서 방어청구권을 가진다. 이러한 제한물권자에는 地上權者(제290조), 地役權者(제301조), 傳賃權者(제319조) 등이 있다.

위법한 환경침해에 대한 防禦請求權인 방해제거청구권과 방해예방청구권은 妨害者에게만 요구할 수 있다. 민법 제214조에서는 방어청구권의 상대방으로서 '소유권을 방해하는 자'라고 규정하고 있는 데, 일반적으로 방해하는 사정을 지배하는 지위에 있는 자라고 이해가 된다.³⁰⁾ 그러므로 과거에 방해상태를 일으킨 자이나 현재는 방해를 하고 있지 않은 자는 방해자가 아니다.

그 외 방어청구권은 방해자의 故意·過失을 요건으로 하지 않고 위법한 침해에 대해서만 존재한다. 違法性은 기본적으로 소유권의 내용과 모순되는 결과를 낳는 모든 침해에 있게 된다. 그러나 위법성은 소유권자가 침해를 忍容할 義務가 있는 경우에는 탈락이 된다.

28) 불가량물은 제217조 제1항에서 규정된 보기처럼 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 불가량(unwägbar)의 물질을 말한다.

29) Weber, Hubert/Weber, Christine, Zu den Abwehrensprüchen des Nacharen, VersR 1993, S. 22.

30) 金相容, 物權法(全訂版), 법문사(2000), 412면.

그리고 소유권의 내용과 모순되는 결과에 위법성이 있다고 하여 所有權의 內容을 侵害하는 모든 결과에 위법성이 있다고 보지는 않는다. 즉 侵害가 어떻게 해서든지 인접한 토지에 구체적인 危險源(Gefahrguelle)을 만든 人間行爲(menschliches Verhalten)에 귀속될 수 있어야만 한다.³¹⁾ 그러므로 물건에 대한 사람의 간섭이 결여된 純粹한 自然的인 事件에 대해서는 방어청구권이 성립하지 않는다. 순수한 자연적인 사건은 누구에게도 귀속시킬 수 없다. 또한 방해행위와 침해의 결과 사이에는 인과관계가 있어야 한다.³²⁾

(5) 忍容義務와 請求權의 排除

가. 忍容義務

현대산업사회를 살아가면서 일정한 환경침해에 대한 인용의무를 가지는 것은 규정의 유무를 불문하고 당연히 인정되는 것으로서, 우리 민법도 환경침해로 인한 방어청구권의 행사시에 제217조에서 단지 토지의 통상적 이용으로 인한 침해의 경우에는 피해자가 인용할 의무를 부담한다고 규정하고 있다.³³⁾ 이러한 忍容義務(Duldungspflichten)는 侵害의 違法性과 관련이 되어서 논의되는 문제로서 인용의무가 설정이 되는 경우에는 침해의 위법성을 탈락시키게 되는 데, 인용의무는 法律行爲로서 설정되거나 法律에 의하여 직접적으로 생긴다.

나. 第217條에 의한 忍容義務

1) 意義 및 適用範圍

제217조 제1항과 제2항에 의하면 土地의 所有者는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동의 침입 및 다른 토지로부터 오는 기타 이와 유사한 작용, 즉 일반적인 不可量物(Imponderabilien)의 침입이 토지의 통상적 이용에 의한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다고 규정하고 있다. 그러나 불가량물이 있다하더라도 침해가 전혀 없거나, 침해가 있다하더라도 輕微한 侵害(unwesentliche Beeinträchtigung)³⁴⁾에 불과한 경우에는 제217조 제2

31) Münchener Kommentar, 2. Aufl.(1986), §1004 Rdnr. 21.

32) 자세한 것은 환경침해시 불법행위로 인한 손해배상청구권 부분의 인과관계에 대한 설명을 참조.

33) 우리 나라나 일본에서는 피해자의 인용의무를 환경침해로 인한 不法行爲責任에서 違法性과 관련한 受忍限度論을 통해서 일반적으로 논하고 있는데, 피해자의 일정한 침해에 대한 인용의무는 독일민법에서와 같이 원래 민법 제214조의 방어청구권의 행사시에 제217조와 관련하여서 일정한 침해에 대한 인용의무를 논하는 문제로서, 환경침해로 인한 불법행위책임에서의 수인한도론은 不法行爲責任의 違法性에서 독자적으로 논의되는 것이 아니라, 기본적으로 민법 제214조와 제217조의 관련하여서 발생하는 인용의무가 환경침해로 인한 불법행위책임에서 어떠한 의미를 가질 수 있는지를 논하는 것이 타당할 것이다.

34) 독일민법 제906조에서는 침해를 本質的인 侵害(wesentliche Beeinträchtigung)와 非本質的인 侵害

항의 土地의 通常的 利用에 적합한 것이 아니라 하더라도 이를 인용할 의무가 당연히 있는 것이다.³⁵⁾³⁶⁾

제217조에 포함되는 침해에는 제217조 제1항에서 열거한 不可量物과 기타 유사한 침해, 즉 정해진 침해에 관해서만 인용의무를 인정한다. 이에 토지나 토지상에 있는 물건을 해롭게 하거나, 토지이용자의 건강을 위험하게 하거나 육체적인 불쾌감을 일으키는 구체적으로 지각할 수 있는 불가량물의 임의시온이 포함된다.³⁷⁾ 그리고 非有體的 또는 輕量の 有體的 物質의 침해, 예를 들어 낙엽,³⁸⁾ 먼지,³⁹⁾ 벌들의 비행⁴⁰⁾ 등에 대해서도 인용의무가 설정되나 重量의 有體的 物質⁴¹⁾의 침해에 대해서는 인용의무가 발생하지 아니한다. 그러므로 제217조의 적용범위는 원칙적으로 不可量物이라고 해야 하겠으나, '기타 이와 유사한 것'의 타력적인 해석을 통하여서 반드시 불가량물에 한정하지 않고, '일정한 토지이용과 불가피하게 결합되어 있는 간섭'이라고 해석하는 것이 타당할 것이다.⁴²⁾

이 때 인용의무가 있다는 抗辯은 妨害者가 부담하여야 하므로, 인용의무가 있다는 사실, 즉 환경침해가 토지의 이용을 경미하게 침해하거나 또는 경미하지 않은 침해이나 토지의 통상적 이용에 따른 침해이라는 것은 妨害者가 이를 立證하여야 한다. 피해자는 자기 토지에 대한 所有權 내지 利用權과 다른 토지로부터의 환경침해의 존재 및 인과관계를 입증

((unwesentliche Beeinträchtigung)로 나누어서, 비본질적인 침해는 특별한 유도를 통한 침해가 아닌 경우에는 항상 인용할 의무가 있다고 하고, 본질적인 침해의 경우에는 본질적인 침해가 장소 통상적인 침해인 경우에는 일정한 방지조치를 청구할 수 있고 이것을 통하여 방지할 수 없는 경우에는 인용하여야 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 장소 통상적 이용으로 인한 침해는 인용할 의무가 있다고 규정만 하고 있는데, 이러한 전체에는 비본질적인 침해는 인용할 것을 전제로 하고 본질적인 침해인 경우에는 일정한 경우, 즉 지역 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.

35) 李英俊, 物權法, 박영사(1990), 394면.

36) 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.

37) Staudingers Kommentar, 12. Aufl.(1989), §906 Rdnr. 108.

38) OLG Frankfurt, NJW 1988, 2618.

39) BGHZ 62, 186.

40) BGH, NJW 1992, 1389(벌이 날아오는 것과 벌을 통한 꽃의 수분은 독일민법 제906조 제1항의 의미에서의 '유사한 침해'에 해당한다).

41) BGHZ 111, 158; BGHZ 28, 225(채식장에서 인접한 토지위로 날아드는 들파편은 독일민법 제906조의 유사한 침해에 해당하지 않는다).

42) 郭潤直, 物權法(新訂修正版), 박영사(1999), 247면; 金相容, 전거서(물권법), 361면(소음·먼지·재·빛의 반사·진류·불꽃·연기 등과 더불어, 동물중에서도 파리·벌·쥐·비둘기 등과 같은 비교적 작은 것으로, 그 성질상 인지출입을 완전히 막을 수 없는 것은 제217조의 적용대상이 된다고 보고 있다).

하기만 하면 된다.

ii) 輕微한 侵害

제214조에 의해서 소유자는 환경침해가 경미한 침해가 아닌 경우에만 환경침해에 대해서 방어청구를 할 수 있다. 輕微한 侵害란 타인의 토지의 이용을 침해하지 않거나 중대하지 않게 침해하는 것을 말한다.⁴³⁾ 침해가 경미한 침해이냐의 여부는 구체적이고 객관적인 척도에 따라서 정해져야 하는데, 관계된 토지의 합리적이고 평균적인 利用者의 느낌(Empfinden)⁴⁴⁾과 침해된 토지의 使用目的(공장지역이나 주택지역이나)과 구체적인 利用이 중요하게 된다.⁴⁵⁾ 우리나라의 대법원은 大判 1995. 9. 15, 95다23378에서 “침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는지 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가 관계, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하고 있다.⁴⁶⁾

iii) 土地의 通常的 利用과 防止措置請求

매연·열기체·액체 등에 의한 환경침해가 경미한 침해가 아니라 할지라도 토지의 통상의 용도에 적합한 것이 때에는 이웃 토지소유자나 거주자는 제217조 2항에 의해서 이를 인용할 의무가 있다. 그 결과 제214조에 의한 防禦請求權이 이러한 경우에는 배제된다.

土地의 通常的 利用의 문제에서는 침해받는 토지가 아니라 加害하는 土地가 판단의 기준이 되어야 하나 침해의 중대성의 문제에서는 侵害받는 土地가 기준이 되어야 한다.⁴⁷⁾ 방해하는 토지의 이용, 즉 주위에 있는 토지의 다수가 대략 같은 침해적인 효과의 종류와 정도를 가지고 이용되어질 때에는 토지의 통상적 이용으로 볼 수 있다.⁴⁸⁾ 즉 문제된 지역에서 支配的인 實際的인 利用關係가 표준적이다. 그러므로 여기서 통상의 용도에 적합한 것이냐의 여부는 去來觀念 등에 의해서,⁴⁹⁾ 또는 침해에 관계된 지역의 평균적 주민의 감정적 감정에 의해서⁵⁰⁾ 정해야 한다.

大判 1974. 6. 11, 73다1691에서는 토지소유자가 경계선에서 한치의 거리도 두지 아니하

43) Wolf, Manfred, Sachenrecht, 13. Aufl., Rdnr. 261.

44) BGH, NJW 1993, 1656.

45) Staudingers Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 159

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

47) Staudingers Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 182.

48) A. a. O., §906 Rdnr. 180.

49) 李英俊, 전게서, 394면.

50) 편집대표 郭潤直/柳元奎 집필, 民法注解(V), 박영사(1992), 308면.

고 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 주택을 내려다보고 부녀자를 희롱하는 일이 허다하고 심지어는 불이 붙은 담배꽂초를 집어던지는 등 지속적인 소유물방해와 소음 및 불안상태를 조성한다면 이는 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것이라 할 수 없으므로 이웃 거주자는 인용할 의무가 없다고 하고 있다. 또한 大判 1974. 12. 24, 68다 1489에서는 “피고경영의 한일병원이 이 사건 시체실을 그곳에 안치한 시체로부터 발산하는 악취의 확산방지나 제거를 위한 조치, 유족이나 조객들의 곡성이 외곽에 전파되지 않도록 하는 조치, 시체 봉구시의 시체의 일반인에의 노출방지조치 등 적절한 조치를 취하지 않고 원심이 인정한 상태대로 계속 사용한다면 원고가 받게되는 피해와 고통은 사회관념상 일반적으로 요구되는 수인의 정도를 초과함은 인정할 수 있으므로 원고는 피고에 대하여 위 방해요인의 제거 내지 예방을 청구할 수 있다고 할 것이다”라고 판시하고 있다. 물론 구체적인 경우에는 하나의 排出施設(예를 들어, 하나의 크다란 산업시설)이 주위의 특징을 결정할 수 있다. 이러한 경우에는 그러한 하나의 대규모 單一運營(Einzelbetrieb)의 오염물질배출이 제217조 제2항의 토지의 통상적 이용이 될 수 있다.⁵¹⁾

그러나 제217조 2항의 규정처럼 토지의 통상적 이용에서 발생하는 환경침해라고 해서 모두 피해자가 인용해야 한다는 것은 피해자에게 너무나 큰 고통이 될 것이다. 그러므로 제217조 1항에서 適當한 防止措置를 청구할 수 있도록 규정하고 있는 것으로 보아서 원칙적으로 경미한 침해가 아닌 침해에 대해서 피해자는 적당한 방제조치를 청구할 수 있고, 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.⁵²⁾

즉 경미한 침해가 아닌 침해가 土地의 通常的 利用의 침해라 할지라도 침해가 경제적으

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

52) 1984년 4월 민법개정작업시에 민법 제217조를 독민법 제906조 제2항과 같이 제217조 제2항에다 토지이용으로 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.

로 기대가능한 조치(wirtschaftliche zumutbare Maßnahmen)로서 저지할 수 있을 때에는 토지소유자나 거주자는 忍容할 필요가 없다. 경제적으로 기대가능한 방지조치로서 첫째로 오염물질 배출원을 제거하는 기술적인 설비가 고려될 수 있으나, 침해를 어쨌든 경미한 침해로 줄일 수 있는 特別한 豫防手段도 방지조치로 볼 수 있다.⁵³⁾ 방지조치의 경제적인 기대가능성의 有無는 객관적인 척도로서 결정되어야 하는데, 구체적인 방해자의 給付能力에 의해서가 아니라 요구되는 방지조치가 관계된 종류의 이용자에게, 즉 관계된 분야의 平均的인 運營에서 기대가능한가에 따라서 결정하여야 한다.⁵⁴⁾ 그러나 장기간 동안 관계된 분야에서의 평균적인 운영에서 더 이상 適當한 收益을 기대할 수 없을 정도로 기대가능한 방지조치가 높은 비용을 요구할 때에는 防止措置는 기대될 수 없는 것으로 보아야만 한다.⁵⁵⁾

iv) 相隣關係的인 共同體關係로부터의 忍容義務

제217조에 규정된 경우가 아닌 경우에도 所有者는 완전히 임의로 행동할 수 없고 제3자의 권리에 구애되지 않을 수 없다. 즉 특별한 예외적인 경우에는 法的으로 規定된 것을 넘어서서 상린관계법의 범위내에서 相隣關係的인 共同體關係(nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis)⁵⁶⁾로부터 忍容義務가 생겨날 수 있다.⁵⁷⁾ 상린관계적 공동체관계는 상린관계자 사이에는 그들의 밀접한 관계를 근거로 하여 共同的인 生活空間(gemeinsamer Lebensraum)이 존재한다는 事實上의 特別關係(tatsächliche Sonderbeziehung)에 근거한다. 상린관계자는 이러한 특별관계로부터 제2조의 信義誠實의 原則의 범위내에서

53) Münchener Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 102.

54) Staudingers Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 207.

55) A. a. O., §906 Rdnr. 207.

56) 相隣關係的인 共同體關係理論은 Friedrich Klausning에 의하여 주장된 이론으로서 산업화의 진행에 따라서 임밋시온의 문제에 있어서 所有權의 概念은 공동체적으로 변화되어서 주민과 기업운영자가 공동체적인 기능을 수행해야 한다고 한다(Klausning, Friedrich, Immissionsrecht und Industrialisierung, JW 1937, S. 68 ff.). 이러한 상린관계적 공동체관계이론을 1937년 3월 10일의 帝國裁判所(Reichsgericht) 판례(RGZ 154, 161)는 받아들여서 농부가 임밋시온으로 인한 농작물의 수확감소에 대하여 산업시설운영자에게 제기한 손해배상청구사건에서, 양자의 토지이용이 다 같이 장소 통상적인 것이라도 산업시설은 가능한 한 기술적인 예방조치를 강구하여야 하고 농부는 임밋시온의 침해가 적은 작물을 선택하여 재배하여야 한다고 하여서 손해배상청구를 거절하였다(Deneke, Dorothea, Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, 1987, S. 10-11). 이러한 상린관계적 공동체관계이론을 이후의 연방대법원(BGH)도 받아들였고(BGH, LM Nr. 1 zu §903 BGB; BGH, LM Nr. 2 zu §903 BGB; BGHZ 16, 366), 이리하여 1959년 12월 22일에 독일법 제906조가 개정되어서 토지의 장소통상적 이용으로 인한 임밋시온의 경우에 피해자는 경제상 기대할 수 있는 방지조치를 청구할 수 있게 규정하고, 아울러 그 침해가 피해자의 토지의 장소통상적 이용이나 토지의 수익을 과도하게 침해하는 때에는 적당한 補償請求(Ausgleich)를 할 수 있도록 규정하게 되었다.

57) Staudingers Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 210.

서로 서로를 配慮(Rücksichtnahme)할 의무가 있다는 것이다. 이러한 配慮命令은 신의성실의 일반조항으로부터 권리와 의무에 대한 구체적인 내용이 생겨나는 것이 아니고, 상린관계법을 통하여 특히 제217조의 類推適用으로서 그의 구체적인 내용을 알 수 있다. 부득이한 이유의 존재시에는 防禦請求權의 行使가 허용되지 않을 수 있다.

구체적으로 상린관계적인 공동체관계는 제217조에 포함되지 않는 重量的 侵襲(Gröbmission)시에 忍容義務를 설정할 수 있는데, 방해의 방어청구가 방해자에게 중대하고 불상당한 불이익(예를 들어, 經濟的인 生存危險)을 가져올 수 있을 때에는 피해자는 忍容할 義務가 생긴다는 것이다.⁵⁸⁾ 이러한 경우에는 물론 뒤에서 보게 되는 것처럼 忍容義務者는 金錢補償을 청구할 수 있게 된다.

v) 防禦請求權의 排除

환경침해로 인해서 현재 발생하여 계속되고 있는 침해의 제거나 장차 발생할 우려가 있는 피해를 사전에 예방하기 위한 방어청구권은 환경침해에서 손해배상청구보다 더 적절하고 유효한 수단이라는 것은 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 이러한 방어청구는 被害者의 立場에서는 손해가 발생하기 전에 이러한 손해발생원의 위험을 제거한다는 것에서 효과적이지만, 현대 환경침해의 주된 침해자인 企業의 立場에서는 기업활동의 종국적 마비를 뜻하는 것이므로 가해기업은 막대한 손실을 입게 되고 국민경제적으로도 심각한 타격을 받게 된다. 우리의 현행법하에서는 인용의무를 넘는 환경침해에 대해서 가해자의 방어청구를 제한할 수 있는 제도적인 장치는 전혀 마련되어 있지 않으므로, 침해자의 인용의무를 넘는 모든 유형의 환경침해에 대해서 기본적으로 防禦請求를 받아들이지 않을 수 없는 입장에서 있다. 그러나 이러한 것은 기본적으로 모든 산업활동이 어느 정도 침해를 유발하는 현상과 이러한 산업시설에 대해서 모두 방어청구를 인정한다면 국민경제적으로 심각한 현상을 가질 수 있다는 것을 고려하지 못한 점이라 생각이 된다. 독일의 경우에는 일정한 산업시설에 대해서는 방어청구권을 인정하지 않고 피해자는 단지 유해한 환경침해를 배제하는 防止措置請求權과 이를 통하여 방지할 수 없는 경우에는 일정한 補償請求權만을 행사할 수 있도록 하고 있다.⁵⁹⁾

독일 연방임의시방지법(Bundesimmissionschutzgesetz: BImSchG) 제14조 1문에서는 “인접한 토지에 대한 토지에 의한 유해한 환경침해의 방지를 구하는 청구가 特別한 權原(besondere Titel)에 기하지 않고 私法上의 權利에 기하고 있는 때에는 시설에 대한 인가

58) A. a. O., §906 Rdnr. 109

59) 자세한 것은 拙著, 獨逸 環境私法論, 법원사(1998), 64면 이하 참조.

를 다룰 수 없는 경우에는 施設의 可動中止(Einstellung des Betriebs)를 요구할 수 없다. 피해자는 단지 유해한 환경침해를 배제하는 豫防措置만을 요구할 수 있다”고 규정하고, 동법 제14조 2문에서는 “그러한 豫防措置가 기술수준에 의해서 실행할 수 없거나 경제적으로 非代替的(nicht vertretbar)인 때에는 오로지 損害賠償만을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 독일민법 제906조를 넘어서는 忍容義務가 연방입법시온방지법 제14조에 의해서 설정이 된다.⁶⁰⁾

또한 독일의 判例와 通說에 의하면 방해가 공공의 이익에 직접 봉사하는 생활에 중요한 운영(Lebenswichtigen Betrieb)과 공공에 중요한 운영(gemeinwichtigen Betrieb)으로부터 생성될 때에는 防禦請求權이 排除된다.⁶¹⁾ 그렇지 않으면 공공에 중요한 시설이나 설치의 대체할 수 없는 중지를 가져오기 때문이다. 이러한 방법으로 특히 보호되는 운영이나 시설은 에너지공급기업, 공적인 교통기관과 기타 생존배려시설 등이 이에 속한다. 하지만 개개의 운영시설에 대한 制限의 防禦請求權이나 保護的 豫防措置에 대한 청구는 만약 이를 통하여 기대할 수 없는 비용과 운영의 本質的 變更이나 制限을 가져오지 않는다면 할 수 있다.⁶²⁾ 그 외의 경우에는 단지 독일민법 제906조 2항 2문의 유추적용으로 金錢的인 補償請求만을 할 수 있다.⁶³⁾

(6) 請求權의 內容과 方法

가. 妨害除去請求權

제214조에 의하여 소유권이 점유의 침탈 또는 유치 이외의 방법에 의하여 침해된 경우에는 소유자는 방해자에게 그 妨害의 除去를 청구할 수 있다. 이때 妨害除去請求란 장래를 위하여 침해의 제거를 의미하는데, 이미 침해가 일어났고 방해하는 상태가 아직도 존재하는 경우에만 소유자가 청구할 수 있다. 妨害의 除去란 아직도 계속되는 위험원으로서 타인의 소유권에 대해서 침해하는 방해요소의 제거를 말한다.

침해의 除去를 위한 費用은 방해자가 방해를 제거해야 하므로 妨害者가 부담한다. 만약 소유자가 방해를 그의 비용으로 제거하면 소유자는 不當利得을 이유로 그로부터 발생한 비용을 방해자에게 청구할 수 있다.⁶⁴⁾

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

61) Münchener Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 106; BGHZ 48, 98; BGHZ 60, 119; BGHZ 91, 20.

62) Münchener Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 106.

63) Wolf, Manfred, a. a. O., Rdnr. 275.

64) 그리고 제394조의 金錢賠償은 방해제거청구권에는 원칙적으로 적용이 되지 않는데, 독일의 判例

나. 妨害豫防請求權

소유권의 위법한 침해는 침해가 실현되기 전에 소유자가 미리防禦할 수 있어야만 한다. 제214조는 소유권을 방해할 염려가 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다고 규정한다. 妨害의 豫防이란 방해를 일으킬 우려를 발생시키고 있는 원인을 제거하여 방해의 발생을 사전에 막는데 적절한 조치를 하는 것을 말한다. 예방청구는 상대방의 不作爲를 청구하는 경우가 많겠지만, 때로는 作爲를 청구하는 경우도 있을 수 있다.⁶⁵⁾

損害賠償의 擔保란 장차 방해가 현실적으로 발생할 경우에 상대방이 부담할 손해배상의무를 미리 담보하는 것이다. 손해발생의 염려가 상대방의 행위로부터 연원한 것이라면 족하고 상대방의 귀책사유는 요하지 않으나, 실제로 그 담보로부터 손해의 填補를 받으려면 손해가 장래 현실적으로 발생하고 相對方에게 歸責事由가 있어야 그 배상을 청구할 수 있다. 손해의 담보는 통상 금전의 供託으로 행해지는데, 保證人을 세우거나 擔保權을 設定하는 것에 의해서도 할 수 있다. 이때 소유자는 방해의 예방이나 손해배상의 담보를 모두 청구하지는 못하고 어느 한 가지만을 선택하여 청구할 수 있을 뿐이다.

방해예방청구권은 방해제거청구권과 마찬가지로 履行의 訴로서 주장되어야 한다.

다. 假處分制度의 活用

방어청구에 있어서 本案判決에 의하는 것과 假處分命令에 의하는 것이 있을 수 있다. 환경침해에 대한 다수의 방어청구가 우리나라에서는 법적 분쟁에 있어서 피해자의 권리를 보전하기 위해서 행해지는 가처분의 형태로 제기되고 있다.⁶⁶⁾ 환경침해의 특색으로서 침해행위는 계속되는 일이 많으므로 本案訴訟의 판결확정시까지 많은 시간이 소요되고 또한 소송이 지연됨으로서 피해가 더욱 클 수 있으므로 가처분에 의하여 손해를 신속히 면할 필요성이 있다. 그리고 환경침해로 인한 피해는 그 원상회복이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 일단 오염배출시설이 설치되고 나면 그 제거청구를 하는 경우에도 시설의 공공성이나 경제적 가치 때문에 승소하기가 쉽지 않은 등으로 인하여 환경소송에서는 현상의 유지나 그

(BGHZ 62, 388; BGH, NJW 1979, 1409)에 따르면 방해자는 독민법 제251조 제2항의 유추로 방해의 제거가 不相當한 費用으로서만 가능할 때에는 소유자에게 金錢으로 賠償할 수 있다는 것이다. 왜냐하면 방해자는 독민법 제823조에 따라서 責任(schuldhaft)있는 불법행위자보다 불리한 위치에 서서는 안된다는 것이다.

65) 金相容, 전계서(物權法), 443면.

66) 大判 1995. 5. 23, 94마2218결정; 大判 1995. 9. 15, 95다23378; 大判 1997. 7. 22, 96다56153; 서울고판 1978. 7. 31, 78라41결정; 서울地判 1988. 5. 19, 88카8127결정(係容根, 환경분쟁기처분에 관한 이론과 판례현황의 검토, 경허金洪奎博士華甲紀念論文集 I (민사소송법의 제문제, 1992), 328면 이하).

변경을 위하여 假處分制度를 활용할 필요성이 다른 어떤 소송의 경우보다도 더 하다고 할 수 있을 것이다.⁶⁷⁾

환경소송의 保全處分에 있어서도 被保全權利가 존재해야 하는 것은 당연한데, 피보전권리로서는 환경침해에 대한 防禦請求權을 들 수 있고, 이러한 방어청구권의 법적 근거에 대해서는 앞에서 본 것처럼 학설상 대립이 있으나 판례에서와 같이 物權說에 의해서 소유권 등의 물권을 법적 근거로 보아야 할 것이고, 경우에 따라서는 보증에 의한 疏明의 代用(民訴 제700조 제2항)도 충분히 고려할 필요가 있을 것이다.⁶⁸⁾

그리고 어느 경우에 保全의 必要性이 소명된 것으로 인정할 것인가가 문제이나, 계쟁물에 대한 가처분의 경우에는 ‘현상의 변경으로 인하여 권리의 실행을 불능케 하거나 현저한 곤란을 생기게 할 우려가 있는 경우’, 임시의 지위를 정하는 가처분의 경우에는 ‘특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 強暴를 방지하기 위하여 또는 기타 필요한 경우’에 보전의 필요성이 인정된다고 본다.⁶⁹⁾ 환경소송에 있어서는 환경침해의 특질에 비추어 피보전권리의 존재가 소명되면 보전의 필요성 또한 소명된 것으로 보아야 할 경우가 특히 많다고 볼 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

이러한 假處分制度의 活用은 환경침해를 신속하게 최소한으로 막거나 사전에 예방할 수 있다는 점에서 본안소송에 못지 않게 중요한 소송수단이 될 수 있을 것이다. 물론 환경침해로 인한 防禦請求權의 保全節次로서 가처분신청은 환경침해에 대한 인용의무 등으로 피보전권리나 그 필요성의 인정 등에 어려움이 있을 수 있으나, 本案訴訟을 위한 준비소송으로서의 기능과 피해자에게 화해 등이 있어서 유리한 조건을 부여하게 됨으로써 앞으로 많은 활용이 예상된다.

2. 調整的 補償請求權

두 법익이 충돌할 때 타인의 법익의 희생을 조정하기 위한 책임인 犧牲責任(Aufopferungshaftung)으로서 補償請求權은 환경침해로 인한 피해자의 구제조치중의 하나로서 우리민법은 명문의 규정을 가지고 있지 않다. 하지만 우리 민법상에서도 이러한 調整

67) 吳錫洛, 전계서, 205면.

68) 孫容根, 전계논문, 335면.

69) 金重基, 環境訴訟에 있어서 假處分申請, 衡平과 正義 第6輯(1991), 105면.

70) 吳錫洛, 전계서, 207면.

의 補償請求權(Ausgleichsanspruch)을 인정하기 위한 解釋論的 試圖가 전혀 불가능한 것은 아니고 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 있을 수 있을 것이다. 즉 환경침해를 방지하는 것이 경제적·기술적으로 기대불가능하나 土地의 通常的 利用으로 인해서 인용할 수밖에 없는 경우나, 사실상이나 법적으로도 피해자가 제214조의 防禦請求權을 행사할 수 없고 損害賠償도 청구하지 못할 때에는 단지 보상청구만 할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁷¹⁾

두 토지소유자간의 法益의 調整을 위한 보상청구권은 구체적으로 다음과 같은 경우에 인정될 수 있을 것이다. 첫째로 제217조 제2항의 토지의 통상적 이용에 의해서 被侵害者가 인용해야 하는 경우에 이러한 침해가 침해받는 토지의 통상적 이용이나 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 때에는 다른 토지의 이용자에 대해서 제217조 제1항의 適當한 措置의 하나로서 적당한 補償을 請求할 수 있다고 해석할 여지도 없지 않다고 보여진다. 둘째로 침해를 받는 토지이용자가 제217조에 따라서 사실상 침해를 인용할 의무가 없으나 제214조의 방어청구권의 행사가 法的으로 또는 事實上으로 妨害를 받는 경우에 피해자의 법익의 일방적 희생에 보상을 주는 보상청구권이 인정될 수 있을 것이다. 마지막으로 相隣關係의 共同體關係로부터 보상청구권이 인정될 수도 있을 것이다.

Ⅲ. 環境侵害로 인한 契約法上의 責任

1. 序

환경문제에 주로 적용되고 사법상의 개인의 이익을 방어하는데 사용되는 環境私法은 지금까지는 대개 환경침해로 인한 防禦請求權과 不法行爲責任이 주로 논의되었다. 그러나 최근에는 環境侵害로 인한 契約上의 責任이 새롭게 논의되는 분야로서 주로 계약상의 擔保責任과 관련해서 논해지고 있고, 독일의 판례에서 이러한 계약상의 환경책임이 다수 인정되었다.

71) 李英俊, 전계서, 398면.

2. 個別的 契約에서의 環境責任

(1) 賃貸借契約

환경침해로 인한 계약상의 책임은 먼저 임대차계약과 관련하여서 논해질 수 있다. 예를 들어 인접한 토지에서의 건설소음으로 인한 賃貸料의 減額을 요구할 수 있다고 하면서, 이러한 경우에 임대인은 소유자로서 인용해야 하는 경우에도 이러한 사정이 인접한 토지의 건설소음으로 인한 임차인의 賃貸料 減額請求權은 방해되지 않는다고 하였다.⁷²⁾ 또한 임차한 집에 유일하게 식수로 사용되는 우물이 질산염으로 오염되어서 이를 음료수로 사용한 임차인의 건강이 침해되었으면 賃借人은 損害賠償請求權을 주장할 수 있다고 하였다.⁷³⁾ 그리고 임대인도 임대한 토지를 임차인이 쓰레기집하장의 설치⁷⁴⁾나 부주의한 주유소의 운영⁷⁵⁾이나 수지나 염료의 저장소로 사용⁷⁶⁾하여서 土壤汚染을 일으킨 경우에는 임차인에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있다고 하였다.

(2) 旅行契約

여행계약(Reisevertrag)은 여행업자가 여행급부(교통·숙박·식사 등)의 일체를 제공하고 여행자는 약정된 금액을 지불하는 雙務契約으로서 독일민법에서는 여행계약을 典型契約의 하나로서 민법전에서 규율한다.

그러므로 여행계약의 참가자는 호텔에서 인접한 토지에서의 건설공사로 인해서 소음침해를 당한 경우⁷⁷⁾ 또는 호텔의 일부의 개조공사로 인하여 소음침해를 당한 경우⁷⁸⁾에도 참가자는 여행대금의 감액을 청구할 수 있고, 오염된 해변으로 인하여서 충분한 휴가를 즐기지 못한 경우에도 참가자는 여행대금의 감액을 청구할 수 있다고 한다.

(3) 賣買契約과 都給契約

賣買契約으로 매도인은 매수인에게 매매의 목적인 물건을 移轉하여야 할 의무를 지게 되고 그 매매의 목적인 物件에 瑕疵가 있으면 매도인은 담보책임을 지게 된다. 그러므로

72) BayObLG, NJW 1987, 1950

73) BGH, NJW 1983, 2935

74) OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2389

75) BGH, BB 1986, 2289

76) OLG Düsseldorf, BB 1989, 2069

77) LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 540

78) LG Frankfurt, NJW 1985, 1474

유해한 물질로 오염된 물건의 매매는 담보책임과 관련하여 중요한 의의를 가지게 된다. 이에 대한 독일의 판례를 보면, 방부소독제의 농도가 연방보건부(Bundesgesundheitsamt)에 의해서 허용되는 한계치보다 높으면 독일민법 제459조의 의미에서 하자로 인정이 된다.⁷⁹⁾ 또한 담보책임의 규정은 토지가 붙어있는 부동산의 매매시에 매수인을 위하여 오염된 토지나 지하수를 가지고 있는 경우에 중요한 의의를 가지게 된다.⁸⁰⁾

都給契約에서도 매매와 마찬가지로 환경침해로 인한 법적 다툼이 문제될 수가 있다. 이러한 것에 대한 독일의 판례를 보면, 완성된 집에 내장된 목재의 하자있는 방부제의 주입으로 인하여 도급인이 심한 냄새와 건강상의 위험으로 인하여 그 집에서 거주할 수 없게 된 경우에는 損害賠償을 請求할 수 있게 된다.⁸¹⁾ 주거하는 집에 설치시킨 내장가구의 심한 방부소독제의 냄새로 인해서도 손해배상을 청구할 수 있게 된다.⁸²⁾ 또한 독일민법 제635조로 인한 도급인의 손해배상청구는 설계시에 또는 건축공사시에 일정한 騒音防禦措置를 취하지 않은 경우에도 인정이 된다.⁸³⁾

이와 관련하여 한국에서도 의미있는 하급심 판례가 나왔는데, 최근의 서울地法 민사24부 판결에 의하면, 인접층의 변기물 내리는 소리 때문에 밤잠을 설칠 정도로 피해를 보고 있는 A모씨 등 아파트 주민 767가구의 주민들이 아파트 분양사인 서울도시개발공사와 시공사인 (주)일신을 상대로 낸 소송에서 도시개발공사는 가구당 18만~34만원씩 모두 2억 5천만원을 배상하라고 판결하였다. 이 판결에서 법원은 밤에 숙면을 취하기 위해서는 소음이 35dB 미만이어야 하지만, 이 아파트는 벽돌과 벽돌 사이에 시멘트가 제대로 붙어있지 않아 위층에서 변기물을 내릴 경우 아래층에서 54.8dB의 소음이 측정될 정도로 주민들이 불편을 겪고 있다고 하였다.⁸⁴⁾ 즉 화장실소음 등으로 피해를 입은 아파트 입주자들은 분양업자에게 담보책임(민법 제667조·제671조, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제92조)을 물어서 손해배상을 받을 수 있다고 하여서, 한국에서 계약상의 담보책임과 관련하여서 환경침해로 인한 피해의 배상을 인정한 최초의 판결이 되었다.

79) OLG Frankfurt, NJW-RR 1988, 1455

80) Reuter, Alexander, Altlast und Grundstückskauf, BB 1988, S. 498.

81) OLG Saarbrücken, NJW-RR 1987, 470

82) LG Nürnberg-Fürth, NJW-RR 1986, 1466

83) BGH, DB 1975, 1263

84) 서울地法 2000. 12. 12, 98가합23596.

(4) 雇傭契約

고용계약에서도 피고용자에 대한 사용자의 保護義務의 위반으로서 환경침해로 인한 손해배상청구가 문제가 될 수 있다. 이것은 피고용자의 생명과 건강을 위한 사용자의 보호 의무의 침해로서 나타난다.⁸⁵⁾ 사용자는 고용계약에서 報酬支給義務 외에 피고용자의 생명과 건강을 위해서 노무의 성질이 허용하는 범위내에서 장소, 설비 또는 기구가 피고용자의 생명과 건강에 위험이 생기지 않도록 주의할 의무가 있다.

이러한 고용주의 보호의무는 수많은 公法的 規定과 技術的인 勤勞規定(technische Arbeitsvorschriften)으로서 구체화되어진다.⁸⁶⁾ 우리의 경우에는 '塵肺의 豫防과 塵肺勤勞者의 保護'에 관한 法律과 동법시행령 및 시행규칙, 産業安全保健法과 동법시행령 및 시행규칙 등이 이에 해당될 것이다.

그러므로 근로보호관련 규정도 환경보호를 위한 중요한 법적인 영역중의 하나라고 말할 수 있을 것이다. 또한 노동현장에서 피고용자가 열악한 환경조건하에서 노동을 하게 됨으로써 생명이나 건강상의 침해를 받으면 雇用主의 保護義務違反에 의해서 損害賠償請求도 가능할 것이다.

(5) 기 타

독일의 연방대법원(Bundesgerichtshof)은 지방자치단체를 통하여 공급된 수도물의 하자있는 질로 인해서 발생한 손해로 인한 손해배상청구권을 계약상의 積極的인 債權侵害로 인정하였다.⁸⁷⁾

事案(BGHZ 17, 191)을 보면은 원고는 오이의 저장에 관련된 기업으로서 1948년 수확분으로서 절인 오이가 상하게 됨으로써 손해를 입게 되었다. 원고는 이러한 손해를 원고의 영업을 위하여 피고 도시의 급수장으로부터 끌어들였고 오이저장을 위한 보조수단으로서 필요한 소금물의 생산을 위해서 필요한 수도물의 염소에 원인을 돌렸다. 원고는 이에 발생한 손해의 배상을 청구하였다.

이에 判例는 지방자치단체의 수도물공급이 사법적으로 또는 공법적으로 규율됨에 관계없이 이러한 경우에 적극적인 채권침해로서 계약상의 책임이 적용될 수 있다고 하였다. 수도물공급은 독일 자치단체법(Deutsche Gemeindeordnung)과 바이에른주의 자치단체양여법

85) 郭潤直, 전계서(債權各論), 429면.

86) Münchener Kommentar, 2. Aufl.(1988), §618 Rdnr. 4.

87) BGHZ 17, 191; BGH, JZ 1973, 88

(Bayerische Gemeindeabgabengesetz)에 의하여 당해시의 시장에 의해서 발포된 정관(Satzung)에 규정되어 있는데, 피고의 수도물공급이 지방자치단체기관으로서 운영이 되고 수도물의 이용이 공법에 따르고 계약자유 원칙의 범위내에서 행하여지지 않았다하더라도 원고와 피고시의 수도물공급에 대한 공법적인 관계는 민법의 규정에 따라서 권리와 의무관계가 판단되어야 하고, 이러한 권리의 침해시에 일방에 귀속되는 손해의 배상을 위해서는 이러한 민법의 규정에 따라서 배상할 의무를 진다고 하였다.⁸⁸⁾ 즉 지방자치단체기관으로서 운영되는 수도에서 유해한 수도물의 공급으로서 지방자치단체에 대한 손해배상청구권은 공법상의 의무의 침해로서 청구권이 연유할지라도 민사법적인 구제방법이 주어진다고 하였다.

3. 契約上 責任의 問題點

위에서 본 것처럼 계약상의 청구권도 환경책임법에서 중요한 의의를 가질 수 있다. 그러나 이러한 계약상의 청구권은 모두 계약적인 관계를 전제로 하기 때문에 일반적으로 責任法的인 環境保護의 土臺로서는 원래부터 그렇게 적당한 것은 아니다. 즉 계약관계의 존재시에도 불법행위적인 청구권이 중요한 의미를 가질 수 있는데, 왜냐하면 계약상의 청구권은 短期의 消滅時效에 걸리고 또한 慰藉料의 請求는 불법행위로 인한 청구에서는 가능하나 계약법상의 청구로는 불가능하기 때문이다. 하지만 환경침해로 인한 계약상의 청구권은 환경침해를 당한 경우에 피해자가 손해배상이나 구제를 받을 수 있는 방법의 하나로서 매우 큰 의의를 가질 수 있다고 보여지며 주의깊게 검토되고 계속적으로 연구할 필요가 있는 분야라고 생각되어진다.

IV. 環境侵害時 不法行爲로 인한 損害賠償請求

1. 概說

앞에서 본 것처럼 환경침해로 인한 防禦請求權과 補償請求權, 그리고 契約上의 責任은

88) BGHZ 17, 191, 192

환경침해로 인한 책임에서 중요한 의의를 가질 수 있으나, 이러한 것은 단지 환경책임법에서 부분적인 영역을 포함할 수 있을 뿐이다. 그러므로 이 부분적인 영역에 속하지 않는 기타의 모든 분야는 不法行爲로 인한 損害賠償請求, 즉 제750조에 의한 過失責任과 環境政策基本法 제31조와 기타 무과실책임에 관한 법률에 의해서 규율이 된다.

그 중에서도 제750조에 의한 환경침해로 인한 손해배상청구권은 私法的 責任法의 핵심적인 규정으로서 환경정책기본법 등의 무과실책임에 따른 모든 입법에도 불구하고 앞으로 환경침해로 인한 손해배상청구권에 현저한 중요성을 가지게 될 것이다.⁸⁹⁾ 그러나 제750조를 통하여 환경침해로 인한 효과적인 민사상의 책임을 달성하기 위해서는 결함이 많은 것으로 여러면에서 지적되었다.

첫째로 불법행위책임에서의 過失責任主義가 환경침해로 인한 책임에서 특별히 만족스럽지 못하는 제한을 가져온다. 실제 환경침해로 인한 손해배상청구에서 피해자가 시설운영자 등의 過失을 입증하는 것은 대단히 어려운 입장에 놓이게 된다. 특히 注意義務를 다한 경우에도 발생하는 기술적인 장해의 결과로 일어나는 환경침해시에 불법행위책임을 부정하게 되는 문제가 발생한다. 둘째로 규정에 따른 正常運營(Normalbetrieb)을 통하여 발생한 환경침해의 경우에는 침해의 위법성이 없으므로 제750조로서의 책임이 탈락이 된다는 위법성 판단에서 문제점이 노출된다. 셋째로 환경침해로 인한 손해시에 제750조에 따른 손해배상청구에서 주된 문제로서 입증의 문제, 즉 침해행위와 법익침해로 인한 손해발생간의 因果關係의 立證이 피해자에게는 어려운 문제로 등장한다. 무엇보다도 피해자가 입증해야 하는 손해원인에 대한 입증은 하기에 는 대단히 어려운 위치에 서 있다. 이것은 특히 침해의 원인자가 다수인 경우인 複數原因者의 因果關係의 입증시에 더욱 어려운 문제로 발생한다.

2. 一般的인 不法行爲로 인한 損害賠償請求權

(1) 故意·過失

불법행위로 인한 책임은 過失責任을 原則으로 하기 때문에 피해자가 먼저 가해자의 故意·過失을 입증하지 않으면 안된다. 환경침해가 故意에 의해서 일어나는 경우는 실제 거의 없을 것이며, 주로 문제되는 것은 귀책사유로서 過失에 의한 환경침해의 경우이다. 그

89) Gerlach, Johann, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts, 1989, S. 268.

러나 오늘날의 환경침해에 있어서는 그 침해자가 사업장 등의 기업들이 대부분으로서 피해발생의 위험성이 높고 피해의 정도도 크므로 특별법에서는 이러한 기업들에게 無過失責任을 규정하고 있다. 環境政策基本法 제31조에서는 사업장 등에서 발생하는 환경침해로 인한 피해에 대하여, 原子力損害賠償法 제3조는 원자력손해에 대하여, 水産業法 제76조는 수질오염으로 인한 어업상의 손해에 대하여, 鑛業法 제91조는 鑛害에 대하여, 그리고 油類汚染損害賠償保障法 제4조는 유류오염손해에 대하여 무과실책임을 규정하고 있다. 그러나 위에서 열거한 이외의 경우에서 오염물질이 배출되어 특정인의 생명, 신체, 물건이 침해되어 손해를 받은 경우와 피해자가 위자료의 배상을 받기 위한 경우에는 침해자의 과실이 요구된다.⁹⁰⁾

이 때 과실책임의 원칙을 환경침해로 인한 손해배상의 문제에 그대로 적용하게 되면 불합리한 결과가 나타나게 된다. 즉 일반적으로 과실은 相當한 防止設備을 하여야할 의무에 위반하여 오염물질을 배출한 경우에 인정되게 된다. 그러므로 상당한 방지설비가 있거나 기술적·경제적으로 방지가 불가능한 경우에는 일응 과실이 없다고 할 수 있게 된다. 이렇게 과실의 문제를 보게 되면은 被害者의 保護가 충분치 않아서 문제가 발생한다. 이러한 이유로 물론 무과실책임을 인정할 필요성이 생기나 무과실책임이 인정되지 않는 경우에는 어떻게 할 것이냐가 문제이다.⁹¹⁾ 따라서 환경침해로 인한 피해자를 두텁게 보호하기 위해서 判例나 學說을 통하여 과실의 개념을 확장하여서 사실상 무과실책임에 접근하는 해석론을 전개한다.

환경침해로 인한 불법행위책임의 과실의 인정에 있어서 지금까지 주로 세가지의 학설이 주장되고 있다. 첫째로는 防止義務違反說로서 일정한 방지설비를 설치하였는가의 여부에 따라 過失有無를 결정하는 견해이다. 즉 기업활동을 하면서 일정한 환경침해의 방지설비를 갖추었더라면 손해의 발생을 방지할 수 있었음에도, '상당한' 또는 '최선의' 방지설비를 갖추지 않았다면 과실이 있는 것으로 인정한다. 그러나 이 설은 기업활동을 계속하면서 상당한 내지 최선의 방지설비를 하면은 환경침해가 발생한 경우라도 과실이 인정되지 않으므로 과실의 범위를 좁게 한정하여 企業活動의 自由를 보장하려는 것⁹²⁾으로서, 오늘날 이 설을 따르는 견해는 없고 초기의 판례는 이 설에 의하였으나 그 후 판례는 이 견해를 배척하고 있다. 환경침해에 대한 최초의 대법원판결인 大判 1973. 5. 22, 71다2016판결에서

90) 金相容, 전계논문, 541면.

91) 郭潤直, 전계서(債權各論) 782면.

92) 具然昌, 전계논문, 62면.

“피고의 비료공장에 시설상의 하자가 있었고 종업원의 작업기술미숙으로 많은 양의 유해가스를 분출시켜 원고에게 손해를 입혔다면 피고는 불법행위책임을 면할 수 없다”고 하여서 防止義務違反說을 취하였으나, 大判 1973. 10. 10, 73다1253판결에서는 “설사 피고공장이 그 공장설립 당시나 그 가동에 있어서 현대과학이 가능한 모든 방법을 취하여 손해를 방지하는 시설을 갖추고 있다하여 피고가 원고에게 가한 불법행위에 과실이 없다 말할 수는 없다”고 판시하여서 방지의무위반설을 명백히 배척하고 있다.

둘째로는 豫見可能性說로서 손해의 발생에 관하여 豫見可能性이 있으면 조업정지 등을 통하여 손해회피조치를 취함으로써 손해발생을 방지할 수 있다는 점에서 예견가능성을 과실의 중심내용으로 하는 견해이다. 즉 예견가능성설은 행위자가 그의 행위의 유해한 결과를 사실 인식하였으나, 모든 주의시에도 유해한 결과를 회피할 수 없고 행위자가 환경위험적인 활동을 포기할 때에만 회피될 수 있는 경우에도 과실이 인정된다는 견해로서, 손해발생행위가 계속되고 있는 때에는 당연히 예견할 수 있었던 것이므로 과실을 인정하게 되고, 경우에 따라서는 최초손해 이외에는 모두 과실에 의한 것이 될 것이다. 이 때 豫見可能性의 有無는 관계된 행위자를 표준으로 하여 현실로 예견할 수 있었는가의 여부를 따지는 것이 아니고, 동종의 사업을 하는 자가 통상 갖추고 있는 전문적 지식을 표준으로 하여 판단하여야 한다고 한다.⁹³⁾

이러한 豫見可能性說은 기대되는 주의의무 또한 상대적으로 높으므로 대기업들에 의한 환경침해의 경우에 과실이 대개 인정이 되어서 피해자보호에는 충실한 이론이 될 것이나 또한 사실상 無過失責任을 인정하는 이론으로서 과실의 옷을 입은 무과실책임이 될 것이다. 이러한 예견가능성설이 오늘날의 通說⁹⁴⁾이라고 볼 수 있고, 判例의 입장이기도 하다. 방지의무위반설을 정면으로 배척한 大判 1973. 10. 10, 73다1253 판결에서 비록 예견가능성 여부에 대한 摘示는 보이지 않지만, 결국 최선의 방법을 다하였다 할지라도 발생한 손해에 관하여(예견가능성만 있다면) 과실을 인정할 수 있다는 것으로 보여진다. 그러므로 이 판결은 방지의무위반설을 과감히 배척하고 예견가능성설을 취한 것으로 지극히 타당한 견해라 보여진다.⁹⁵⁾⁹⁶⁾

93) 편집대표 金曾漢/李勇雨 집필, 전게서, 77면.

94) 郭潤直, 전게서(債權各論), 782면; 具然昌, 公害判例의 研究, 晴軒金曾漢博士華甲紀念論文集(현대민법학의 제문제, 1981), 594면.

95) 具然昌, 전게논문(公害判例의 研究), 596면.

96) 하지만 이 판결이 法理上 무리가 있다고 하면서 現行法에 의한 판결로서는 법적 근거가 부족하고 무리하게 무과실책임을 도입했다는 견해도 있다(李銀榮, 전게서, 721면).

셋째로는 新受忍限度論으로서 受忍의 限度를 넘으면 과실이 있고 위법성도 존재하는 것으로 인정하는 학설이다. 즉 피해자가 입은 손해의 종류 및 정도와 가해행위의 태양·손해의 회피조치 등 기해자측의 제요인·거기에 지역성 기타 제요인을 비교형량하여, 손해가 수인한도를 넘는다고 인정되는 경우에 예견가능성의 유무에 불구하고 과실이 인정된다는 입장이다. 大判 1991. 7. 23, 89다카1275에서 “피고공장에서 배출된 아황산가스의 농도가 환경보전법에 의하여 허용된 기준치 이내라 하더라도 원심이 적법하게 확정하고 있는 바와 같이 유해의 정도가 통상의 수인한도를 넘어 원고농장의 관상수를 고사케 한 원인이 된 이상 그 배출행위로 인한 손해배상책임을 면치 못한다 할 것이므로”라고 하여서 新受忍限度論에 입각하여 과실을 인정한 사례도 있다. 이러한 신수인한도론은 過失有無의 判斷을 수인한도를 넘는 피해를 주었는가에 의하여 결정함으로서 과실과 위법성을 일원화시키려는 것으로서, 기본적으로 과실과 위법성을 일원적으로 파악하려는 行爲不法論에 따른 이론전개라 할 것이다.

위에서 본 것과 같이 환경침해로 인한 불법행위에서의 과실의 인정에서 피해자의 보호를 위한 3가지 학설과 판례 이외에 지금까지의 過失認定에 관한 重要한 判例를 보면은 다음과 같다. 먼저 터널 공사장의 폭음·진동으로 인한 양계의 산란저하사건⁹⁷⁾에서 “피고회사가 그들이 그 폭파작업을 하던 지점으로부터 약 100미터 내지 190미터의 거리밖에 떨어지지 아니한 원고들의 양계장에 대한 피해를 방지하기 위하여 그 폭파에 따른 폭음과 진동이 인축에 미치는 영향 등을 사전에 검토하여 그에 따른 상당한 조치를 취한 후에 폭파작업을 할 주의의무가 있었다 할 것인데, 이에 이르지 아니한 과실로...”라고 판시하였다. 이 판결은 다른 불법행위에서의 판례와 유사함을 볼 수 있다. 그리고 아스팔트공장에 인접한 과수원의 수확감소에 대한 사건⁹⁸⁾에서, 그 가동초부터 식물에 유해한 유분이 그 공장의 굴뚝을 통하여 공장에 바로 접한 과수원에 비산하여 왔던 것인데, 1969년 6월경부터 8월경까지 갑자기 수요량이 증가한 고속도로용 아스팔트의 생산을 위하여 새로운 설비도 없이 주야로 공장을 가동한 결과, 동년 7월 8일에 배기연들의 중간부분이 바람으로 부러져 그 달 13일 이를 수리할 때까지 동공장 생산품인 부러운 아스팔트 및 AP-3 제조과정중의 원료인, VB-1의 산화반응시에 배출되는 유분이 산화조에 연결된 위 배기연들의 반절사교로 그 연들을 타고나와 마침 불어오는 열풍에 의하여 공장에 근접한 원고들의 과수원에 비산하여 과수원에 부착되고, 토양에 침투되어 과수의 호흡을 저해하고, 토양의 이화학적

97) 大判 1974. 11. 12, 74다1321

98) 大判 1977. 5. 24, 75다1851

성질을 악화시킴으로써 당년도에 맺었던 과실의 성숙을 해치고, 나아가 이듬해인 1970년도에 결실할 과수의 꽃눈에 피해를 준 사실을 인정하고, 피고회사가 새로운 설비도 없이 주야로 공장을 가동한 것에 과실이 있다고 인정한 바 있다.

(2) 違法性

환경침해로 인한 손해배상청구이든 방어청구이든 간에 원고의 청구가 받아들여지기 위해서는 환경침해가 違法해야만 한다. 違法性이라 함은 가해행위가 법질서에 반하는 것을 말하는데, 實定法 내지 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등을 의미하는 것으로서, 환경침해의 문제에 있어서 위법성은 제217조와의 관계에서 살펴볼 필요가 있다.⁹⁹⁾ 제217조 제2항에 의하면 土地의 通常的 利用에서 생기는 유해한 환경침해는 이를 인용하여야 한다고 하고 있다. 그러므로 이러한 忍容義務의 범위내의 것이면 위법성이 없게 된다. 이것이 환경침해 내지 오염물질의 배출은 그 자체로서 바로 위법한 것이 아니라 가해행위가 사회적으로 인용할 수 있는 한도를 넘는 경우에 비로소 위법하게 된다는 受忍限度論이다. 그 외 權利濫用說¹⁰⁰⁾과 環境權說이 환경침해로 인한 위법성의 판단이론으로 주장되고 있다.

수인한도론이라 함은 환경침해의 위법성에 관한 통설적인 견해로서, 인간이 사회생활을 영위해 나가는데 있어서 타인에게 손해나 불편을 끼치는 경우가 있을 수 있기 때문에 어느 정도까지는 이를 서로 인용하지 않으면 안되고, 그것이 인용해야할 일정한 범위·한도를 넘어설 때에만 위법성을 띠게 된다는 것이다. 이러한 受忍限度論은 바로 제217조에서의 忍容義務와 관련하여서 발생된 이론으로서, 즉 앞에서 고찰한 인용의무의 범위내에서의 침해는 忍容하여야 하고 인용의무의 범위를 넘어서는 침해는 違法한 侵害가 된다는 것이다. 그리고 新受忍限度論이라 함은 피해자측이 입은 손해의 종류·정도와 가해행위의 태양, 손해의 회피조치 등 가해자측의 제요인을 비교형량하여 손해가 수인한도를 초과하였다고 인정되는 경우에는 예견가능성의 유무에 관계없이 가해자의 책임을 인정하려는 입장이다.¹⁰¹⁾ 이러한 신수인한도론은 過失과 違法性을 일원화시키려는 것으로서, 기본적으로 受忍限度論과 과실과 위법성을 일원적으로 파악하여는 行爲不法論의 결합에 의한 이론이다.

이러한 수인한도론은 判例¹⁰²⁾와 通說의 입장으로서, 구체적으로 수인한도를 결정하는 사

99) 郭潤直, 전계서(債權各論), 782면.

100) 법령상 허용된 범위내에서의 오염물질을 배출하는 환경침해 그 자체는 원칙적으로 적법하지만 일정한 한도를 넘으면 權利濫用이 되어 違法性을 띠게 된다고 하는 설이다.

101) 具然昌, 전계서, 578면.

102) 大判 1974. 6. 11, 73다1691; 大判 1978. 12. 26, 77다2228; 大判 1982. 9. 14, 80다2859; 大判

정은 피침해이익의 종류 및 정도, 침해행위의 공공성, 피해의 지역성, 손해방지를 위한 가해자의 조치, 손해의 회피가능성, 공법상의 규제기준의 준수여부, 토지이용관계 등을 종합적으로 고려해야 한다고 하고 있다.¹⁰³⁾ 그러나 受忍限度論은 기본적으로 제217조 등의 인용의무가 환경침해로 인한 불법행위책임에서 어떠한 의미를 갖는지를 논하는 것으로서 수인한도의 구체적인 내용은 제217조의 해석과 관련되어서 논의되어져야 할 것이다.¹⁰⁴⁾

(3) 因果關係

가. 因果關係의 立證緩和의 필요성

환경침해로 인한 불법행위책임의 인정에서 가장 어려운 것은 가해행위와 생명·신체·물건의 손해발생 사이의 因果關係의 立證이다.¹⁰⁵⁾ 왜냐하면 환경침해로 인한 피해의 발생은 間接的인 被害로서, 침해행위가 있고 그 침해행위가 환경매개체인 물·공기·대기에 확산되어 다시 생명·신체·물건에 대하여 손해를 발생시키는 체계를 갖고 있기 때문에, 피해자는 가해자의 행위가 오염물질배출과 인과관계가 있다는 사실 및 피해자의 손해가 그 오염물질과 인과관계가 있다는 사실을 입증하여야만 한다. 그러나 대부분의 피해가 적법한 기업활동에 수반하여 부차적으로 발생하고, 이러한 인과관계의 입증에서 가해자의 기업활동에 대한 정보에 접근하기 어려운 피해자로서는 입증하기가 어렵다. 또한 오염물질이 장기간에 걸쳐 미량으로 배출되고 또 그것이 環境媒介體인 물·공기·토양을 통하여 피해자에게 도달되기 때문에, 그 사이에 자연현상이나 그 밖에 중립적 원인자가 가세하여 추가적인 작용을 할 가능성이 있다. 또한 가해자가 다수인 때에는 이들 중 누구의 침해행위에 의하여 손해가 발생했는지를 판단하기가 복잡하고 어렵기 때문에 인과관계를 입증하기가 대단히 곤란하다.¹⁰⁶⁾

그러므로 이러한 환경침해로 인한 불법행위책임에서 피해자에게 인과관계의 입증을 일반불법행위와 같은 수준으로 요구하게 되면 피해자는 立證困難으로 소송자체를 포기하거나 가해자측의 和解壓力에 쉽게 따르기가 쉬울 것이다. 특히 환경소송에서 인과관계를 입

1989. 5. 9, 88다카4697; 大判 1991. 7. 23, 89다카1275

103) 편집대표 金曾漢/李勇雨 집필, 전게서, 80-84면.

104) 일본에서 발전된 환경침해로 인한 불법행위의 違法性 判斷에서 독자적으로 논하는 受忍限度論은 일본민법이 독민법 제906조나 우리 민법 제217조와 같은 규정이 없으므로 이러한 법의 흠결을 메우기 위한 해석론으로 제기된 것이 수인한도론이 아닌가 한다.

105) 그러나 고정적인 소음이나 진동 및 일조방해 등과 같은 상린관계적인 분쟁의 경우에는 가해자가 특정되어 있고, 가해자와 피해자의 거리도 가깝기 때문에 因果關係의 立證에 큰 어려움이 발생하지 않는다.

106) 權五乘, 전게논문, 516면.

증하기 위해서는 고도의 자연과학적 지식이 요구되는데, 피해자는 이러한 전문지식을 갖추지 못한 것이 통례이고, 또한 전문가의 도움을 받을 수 있는 충분한 자력도 없는 것이 보통이다. 그리고 이러한 피해자를 도와줄 수 있는 公的 調査機關도 제대로 마련되어 있지 않으며, 일반적으로 가해자의 협력을 기대하기도 곤란하다.¹⁰⁷⁾ 그러므로 民訴法上의 立證 責任分配原則을 유지하면서 피해자를 두터이 보호할 수 있는 방안이 모색되지 않으면 안 되는 데, 이를 위하여 蓋然性說을 비롯한 각종의 인과관계의 입증완화를 위한 多様な 理論과 판례가 발전하게 되었다.

나. 學說과 判例

i) 蓋然性說

통상의 民事訴訟에 있어서 어떤 사실의 증명이 있다고 하기 위해서는 인과관계에 관한 판사의 優越한 蓋然性(überwiegende Wahrscheinlichkeit)이 아니라 ‘합리적인 의심을 침묵시키는 높은 개연성’¹⁰⁸⁾ 내지 ‘인간의 경험에 의해서 예외없이 유효함’¹⁰⁹⁾을 요구하는데, 그러나 많은 環境訴訟에서 기타의 不法行爲訴訟에서 한정적인 손해원인과는 달리 환경오염물질로부터 발생된 손해가 단지 蓋然性的인 陳述(Wahrscheinlichkeitsaussagen)로서만 인과관계를 입증할 수 있다는 것이다.

環境訴訟에서 優越한 蓋然性的인 진술로서 피해자의 입증정도의 축소가 고려될 수 있는데, 우선 환경소송에서 인과관계를 입증하기 위해서는 고도의 자연과학적인 지식이 요구되는데, 피해자는 이러한 지식을 갖추고 있지 않을 뿐더러 이러한 자연과학적인 지식의 도움에도 불구하고 피해자가 법관이 확신할 수 있는 정도의 因果關係를 立證하는 것은 대단히 어려운데, 이것은 환경침해의 특성으로부터 비롯되는 것이다. 학문과 기술의 도움하에서도 피해자는 단지 환경침해의 蓋然性的인 惹起만을 진술할 수 있을 뿐이다. 따라서 환경소송에 있어서 피해자를 두터이 보호하기 위해서 법관은 立證程度의 現實化를 통하여 이를 고려하여야만 한다.¹¹⁰⁾ 그러므로 환경소송에서 인과관계의 증명은 과학적으로 엄밀한 증명을 요하지 않고 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 相當한 程度의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하고, 가해자는 이에 대한 反證을 한 경우에만 인과관계의 존재를 부인할 수 있다고 하는 것이다.¹¹¹⁾ 즉 피해자인 원고는 인과관계의 존재의 蓋然性을 立

107) 홍준형, 전게서, 154면.

108) Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 24. Aufl.(1993), S. 179.

109) Zöller, Richard, Zivilprozessordnung, 20., Aufl.(1996), §286 Rdnr. 13.

110) Baumann, Peter, Die Haftung für Umweltschäden aus zivilrechtlicher Sicht, JuS 1989, S. 437.

111) 具然昌, 전게서, 580면.

證하면 충분하고 피고는 反證으로서 인과관계가 존재하지 않음을 증명하는 경우에만 책임을 면한다는 이론이다.

蓋然性理論 그 자체는 확고하게 정립되었다고 할 수는 없으나, 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 책임을 부담시킬 것인가를 가리기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니라 法官의 自由心證에 의하여 얻어지는 확신에 의하여 얻어지는 因果關係를 말하는데, 이러한 확신은 통상인의 일상생활에 있어서 그 정도의 판단을 얻을 때에는 의심을 품지 않고 안심하고 행동할 것이라는 정도를 말한다고 할 것이므로 이러한 취지에서 불때 개연성이론은 인정될 수 있고, 환경소송에서 인과관계의 입증의 곤란은 우연한 것이 아니라 現在의 學文水準에서 피할 수 없는 것이기 때문에 개연성이론은 인정되어야 할 것이다.¹¹²⁾

우리나라의 大法院은 초기에는 환경소송에서 蓋然性理論을 인정하지 않았으나,¹¹³⁾ 1974년 한국전력사건¹¹⁴⁾에서 개연성이론을 인정한 이래 대법원의 확고한 태도가 되었다고 볼 수 있다. 한국전력사건에서 대법원은 “개연성이론 그 자체가 확고하게 정립되어 있다고 할 수 없으나 결론적으로 말하면 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 족하다는 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 하는 것으로 이는 손해배상을 청구하는 원고에 입증책임이 있다는 종래의 입증책임원칙을 유지하면서 다만 피해자의 입증의 범위를 완화 내지 경감하는 반면 가해자의 입증의 범위를 확대하는 것을 그 골자로 하고 있는 것으로 이해된다. 이런 시점에서 불 때 위 개연성이론을 수긍 못할 바 아니다”라고 하여서 蓋然性理論을 정면으로 취급하여서 이를 인정한 판례로서 그 의의가 매우 크다고 할 것이다.

112) Hager, Günter, Umweltschäden -ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrecht, NJW 1986, S. 1968.

113) 대판 1973. 11. 27, 73다919에서 “원심은 본건과 같은 소위 공해사건에 있어서는 문제의 가해행위와 피해와의 간에 인과관계의 유무를 인정함에 있어서 일반불법행위와는 달리 일반적으로 충분한 인과관계의 입증 없이도 족하고, 다만 일정한 사유만 있어서 인과관계를 추정할 수 있는 개연성만 있으면 일응 입증이 있는 것으로 소송상 추정되어서 소위 입증책임의 전환이 있다는 전제하에 위 적시한 같은 판결을 하였으나, 우선 본건과 같은 소위 공해사건에 있어서의 이와 같은 입증에 관한 특별 취급에 관한 위 전제는 본원이 인정할 수 없다”고 하여서 개연성이론을 부정하고 있다. 그러나 이 판결이 개연성이론을 부정한 것이 아니라는 견해도 있다(최석, 公害와 因果關係, 法과 公害(한국법학 교수회편, 1974), 149면; 具然昌, 전개논문(公害와 因果關係에 관한 判例研究), 514면).

114) 大判 1974. 12. 10, 72다1774.

ii) 新蓋然性說

종래의 개연성설이 원고의 立證負擔의 輕減을 證明度の 관점에서 해결하려고 하여서 상당한 개연성의 증명으로 인과관계의 입증을 다하였다고 하지만, 그것이 일반 민사소송법상의 증명과는 어느 정도 차이를 가지는가 하는 점이 문제되었다. 만약 그 차이가 구체적으로 나타나지 않는다면 개연성이론은 결국 法官의 自由心證에 맡겨버리는데 지나지 않고 너무나 추상적이고 불명확하다는 비판을 받게 된다.

이에 반하여 新蓋然性說은 間接反證이라는 개념을 도입함으로써 가해자의 면책의 입증 책임을 강화하려는 이론으로서, 因果關係의 發展過程을 몇 개의 단계로 분해하여 입증주제를 유형화 한 다음, 간접사실에 의한 증명을 허용함으로써 원고의 입증부담의 완화를 체계화하고 기준을 설정하려는 이론으로서 주장되고 있다. 신개연성설은 間接反證理論이라고도 하는데, 환경침해로 인한 책임에서 인과관계를 i) 피해발생의 원인물질 내지 그 메카니즘, ii) 원인물질의 피해자에의 도달경로, iii) 가해공장에서의 원인물질의 생성 및 배출이라는 세가지 유형의 사실로 분석하여,¹¹⁵⁾ 이 세가지 주요사실을 직접증거에 의해서만이 아니라 間接事實에 의하여 증명하되, 위 세가지의 사실 중 어느 두가지의 사실을 증명한 경우에는 加害者가 다른 간접사실을 증명하여 인과관계가 存否不明으로 되지 않는 한 법원은 인과관계의 존재를 인정할 수 있다는 이론이다.

이러한 신개연성설은 인과관계과정을 지나치게 유형화·고정화하여 사실인정의 경직화를 초래하고 인과관계를 구성하는 사실 상호간에 상관적 파악이 미흡한 점이 문제점으로 지적되나, 종래의 개연성이론의 추상성을 극복하여 原·被告가 각각 입증하여야 할 범위를 명확히 한 이론으로서 환경소송에서 많은 활용이 기대되며, 우리나라 대법원은 신개연성설을 1984년 진해화학사건이래 채택하고 있다. 일명 진해화학사건(수질오염으로 인한 공해소송)인 大判 1984. 6. 12, 81다588에서 “요컨대, 불법행위 성립요건으로서의 인과관계는 궁극적으로는 현실로 발생한 손해를 누가 배상할 것인가의 책임귀속의 관계를 결정짓기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계와는 달리 법관의 자유심증에 터잡아 얻어지는 확신에 의하여 인정되는 법적인 가치판단이니 만큼 소위 수질오염으로 인한 공해소송인 이 사건에 있어서 원심이 적법하게 확정하고 있는 바와 같이 (1) 피고 공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고, (2) 그 폐수중의 일부가 해류를 통하여 이 사건 어장에 도달되었으며, (3) 그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순없이 증

115) 具然昌, 전거서, 585면.

명되는 이상 피고의 위 폐수의 배출과 원고가 양식하는 김에 병해가 발생하여 입은 손해와의 사이에 일응 인과관계의 증명이 있다고 보아야 할 것이고, 이러한 사정 아래에서 폐수를 배출하고 있는 피고로서는 (1) 피고 공장 폐수 중에서는 김의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 또는 (2) 원인물질이 들어 있다 하더라도 그 혼합물이 안전농도 범위내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 이상 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅할 것이다”라고 판시하여 蓋然性 立證의 정도와 그 기준을 비교적 명확히 제시한 바 있다.¹¹⁶⁾

iii) 기타 學說

위에서 본 蓋然性說·新蓋然性說 이외에도 환경소송에서 因果關係의 立證의 緩和를 위한 표현증명의 법리, 역학의 이용에 의하여 역학상의 인과관계를 법적인 인과관계의 인정에 도입하자는 학설과 위험영역설이 주장되고 있다.

먼저 表見證明(Anscheinsbeweis 또는 prima-facie Beweis)은 독일의 판례법상 발달한 법리로서 생활경험에 의하여 손해가 定型的인 事象經過(typischer Geschensablauf)에 따라서 발생이 되면은 다른 가능성을 완전히 배제한 개개의 확정 없더라도 구체적인 事案에 있어서 인과관계나 과실의 존재가 입증된 것과 같은 효과를 가지는 법리이다.¹¹⁷⁾ 이렇게 되면 상대방은 당해 경우에 不定型的인 事象經過가 발생할 가능성이 있는 예외사유가 존재함을 입증하여 이러한 개연성을 배제할 책임을 부담하게 된다. 만일 상대방이 이러한 책임을 다하게 되면 입증책임을 부담하고 있는 당사자는 비로소 일반적인 경험칙을 원용함이 없이 개별적 증거를 제출하여 主張事實을 立證하지 않으면 안된다.

이러한 표현증명이 立證責任轉換을 가져오는 것이냐 아니면 법관의 證據價値의 判斷에 상관이 있을 뿐인 것이냐하는 점이 문제되는데, 표현증명시 상대방은 표현증명에 의하여 입증되었던 원인자체에 대하여 증거를 제출해야 한다는 점에서 표현증명은 입증책임전환을 가져오는 것이 아니라 단지 法官의 證據價値의 判斷에 관련된다고 보아야 할 것이다.¹¹⁸⁾ 그러나 이러한 표현증명은 복잡한 과정을 거치는 환경손해에서 인과관계의 입증에 있어서 적용될 수 있는 사례가 흔치 않다는 것과, 相對方의 反證으로 쉽게 번복될 수 있다

116) 간접반증이론을 인정한 leading case라고 하는 이 판례는 i), ii), iii)의 사실이 모두 입증되면 인과관계가 인정될 수 있다고 하고 있으며, 또한 판례의 내용은 가해사실이 없었음을 입증해야 책임을 면할 수 있다는 것이어서, 인과관계의 간접반증과도 관계가 없음을 알 수 있다. 그러므로 이 판례는 가해행위가 있었다는 사실을 인정하기 위한 개연성설의 범위를 벗어난 것이 아니라고 할 것이다(호문학, 민사소송법, 법문사(2000), 414면).

117) Prölss, Jürgen, Beweisleichterungen im Schadensersatzprozess, 1966, S. 5.

118) A. a. O., S. 6.

는 점 등에서 표현증명의 법리의 적용범위는 좁다고 할 것이다.

또한 최근 환경소송의 인과관계의 입증에서 疫學的 方法의 이용이 극히 유익하다고 일반적으로 승인되고 있다.¹¹⁹⁾ 疫學(Epidemiologie)이라 함은 병원균 또는 유해물질의 발견을 직접 목적으로 하지 아니하고 집단현상으로서의 질병의 발생·분포·소멸과 자연적·사회적 제요인과의 상관관계를 통계적 방법으로 규명함으로써 개연적으로 명백해진 결과에 의해 질병의 방지·억제의 방법을 발견하려는 학문을 말한다. 과거에 있어서 疫學的 研究(epidemiologische Studien)는 사람의 질병의 원인을 탐구하는데 집중되어 있었으나, 이를 因果關係의 存否의 판단에 이용하고자 하는 것이 疫學的 因果關係論이다.

물론 역학적 연구의 성과의 이용은 역학적 조건의 극단적인 복잡성으로 인하여 본질적으로 어려우나, 그 같은 연구가 이루어지고 있는 한 그것은 특정한 물질과 손해의 발생간의 因果關係의 立證에 있어 중요한 요소가 된다. 다만 역학적 연구성과의 증거가치를 지나치게 과대평가해서는 안된다. 역학적 연구성과의 효과는 유해물질로 인하여 손해가 발생할 수 있는 蓋然性의 比率을 나타내 주는 것에 불과하다.¹²⁰⁾ 이러한 역학적 연구성과는 피해자에게 유용할 뿐만 아니라 가해자측에 대해서도 유용할 수 있다. 위험성에 대한 연구성과가 해당 물질의 위험도를 미미하거나 거의 전무한 것으로 평가할 경우에는, 이것은 인과관계의 존재에 대한 결정적인 부정적 요소로 작용하게 되기 때문이다.

그리고 독일의 製造物責任訴訟에서의 피해자의 입증곤란을 완화할 목적으로 발전된 危險領域說을 환경소송에 도입하여서 危險領域(Gefahrenbereich)에 따라 입증책임을 분배하고자 하는 주장이 제기되고 있다.¹²¹⁾ 위험영역설이란 한편에서 피해자가 증명결핍에 빠져 있는데 다른 한편에서 가해자가 적어도 자기의 책임이 문제되는 한도에 있어서 사실관계를 해명하는 것이 가장 손쉬운 입장에 있는 경우에는 입증책임원칙의 일반원칙이 수정되어 가해자가 要件事實의 반대사실에 관한 입증책임을 부담하게 된다고 하는 이론이다. 그러나 독일에서도 위험영역의 한계가 애매하다는 점 등이 유력하게 제기되고 있고, 이를 환경소송에 도입하기 위해서는 그 실효성이나 종래의 민사소송법이론과의 마찰여부에 관한 검토가 선행되어야 할 것으로 보인다.¹²²⁾

119) 편집대표 金曾漢/李勇雨 집필, 전게서, 95면.

120) Hager, Günter, Das neue Umwelthaftungsgesetz, NJW 1991, S. 137.

121) 全昌祚, 危險領域理論과 環境訴訟에의 適用, 松軒安二裕博士華甲紀念論文集(민사법과 환경법의 제문제, 1986), 645면 이하.

122) 吳錫洛, 전게서, 108면.

다. 複數原因者의 因果關係

i) 問題의 提起

複數原因에 의한 環境侵害는 다수의 요소, 즉 최소한 두요소가 가해에 공동으로 작용하는 다수의 원인자로 특징지워 진다. 이 때에는 책임법상 보편적인 한 가해자와 한 피해자간의 2자관계를 넘어서는 문제가 제기된다. 그러나 이러한 복수원인자에 의한 환경침해는 불법행위책임에서는 극히 典型的이고 어쩌면 通常의 事例에 속한다.

이것은 다수의 원인자가 하나의 環境媒體를 侵害하고 이 가해적 성질을 가진 매체가 있어서 개인적 권리의 침해를 야기한 경우에 있을 수 있다. 예를 들어 제철소와 발전소의 매연이 공기라는 환경매체를 오염시키고, 이 복수원인자에 의해서 오염된 공기가 다시 자동차의 부식을 초래하는 경우이다. 또는 다수의 원인자가 각각 다른 환경매체를 침해하고 이들이 공동작용하여 개인적인 권리를 침해한 경우이다. 유독성매연과 오염된 지하수가 식물을 고사시킨 경우가 이에 해당한다. 물론 두가지 유형은 여러 모양으로 서로 조합되고 中立的인 原因들에 의해서 다양해 질 수 있다. 예를 들어 복수의 원인에 의해 오염된 공기와 복수의 원인에 의해 오염된 지하수가 특정한 식물의 遺傳的 特性과 공동작용하여 거의 풀수 없는 인과관계사슬의 묶음을 가져올 수 있다.

ii) 狹義의 共同不法行爲

민법 제760조는 공동불법행위를 狹義의 共同不法行爲, 加害者 不明의 共同不法行爲, 敎唆·幫助의 경우로 구분하여 3개의 유형으로 규정하고 있다. 이들 중 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우에는 협의의 공동불법행위라고 하고, 連帶하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

狹義의 共同不法行爲가 성립하기 위해서는 각각 독립하여 불법행위의 요건, 즉 각자의 행위의 독립성과 고의·과실 및 인과관계 등을 갖추어야 할 뿐만 아니라 각 행위자 사이의 行爲의 關聯共同性이 필요하다. 각 행위자 사이의 행위의 關聯共同性에서 행위자간의 共謀 내지 共同의 認識을 필요로 한다는 主觀的 關聯共同說¹²³⁾과 행위자들의 공모 내지 의사의 공통이나 공동의 인식은 필요 없으며, 그 행위가 客觀的으로 關聯共同하고 있으며 된다고 하는 客觀的 關聯共同說이 있는데, 비록 가해자에게 불측의 손해배상을 지게 하는 불합리함이 없지는 않지만 피해자를 두텁게 보호한다는 취지에서 그 행위가 객관적으로 關聯共同하면 된다고 하는 객관적 關聯共同說이 判例¹²⁴⁾와 多數說¹²⁵⁾이다.

123) 李銀榮, 전거서, 614면.

124) 大判 1963. 10. 31, 63다573; 大判 1969. 8. 26, 69다962; 大判 1982. 6. 8, 81다카1130; 大判 1988. 4.

複數原因者의 因果關係중 어느 한 사람이 배출한 오염물질만으로는 손해가 발생하지 않고 그것이 합해진 경우에 결과가 발생할 수 있는 경우가 있고, 또한 하나의 원인자의 오염물질의 배출로 충분히 결과가 발생할 수 있으나 그것에 결과발생에 충분치 못한 오염물질의 배출이 부가된 경우 등이 있을 수 있다. 이러한 경우에 共同不法行爲의 規定을 그대로 적용할 수 있는가의 문제가 발생한다.

먼저 인과관계의 문제를 살펴보면 제760조의 공동불법행위책임을 인정하는 경우에도 일반 불법행위책임을 있어서와 같이 각개의 오염물질배출행위와 손해의 발생간에 因果關係가 존재하지 않으면 아니된다.¹²⁶⁾ 그런데 이 때의 인과관계라 함은 반드시 각개의 오염물질배출이 그것만으로서 곧 손해가 발생할 것을 요하는 것이 아니고, 그 각개의 배출만으로는 손해가 발생하지 않더라도 다른 배출과 합하여 손해를 발생시키고 또 그 배출이 없었더라면 손해가 발생하지 않거나 감소된다고 인정되면 족할 것이다. 그리고 環境訴訟이라 하여서 민법 제760조의 공동불법행위책임을 적용하지 아니할 합리적인 근거가 없으므로,¹²⁷⁾ 위와 같은 경우로 인하여 다수원인자에 의한 오염물질의 배출의 경우에도 가해행위들 사이에 客觀的 關聯共同性이 인정이 되면은 기본적으로 제760조의 狹義의 共同不法行爲가 적용되어서 연대책임이 인정되어야 할 것이다.

大判 1974. 12. 10, 72다1774 판결에서 대법원은 “공해소송이라 하여 민법 제760조의 소위 공동불법행위책임을 적용아니할 합리적인 합리적인 근거가 없으므로 원심이 소의 한국석유주식회사의 굴뚝에서 분출되는 아황산 가스로 인하여서도(피고것에 비하여 극소량) 피해있음을 인정하면서 공동불법행위라는 전제아래 피고에게 전손해를 명한 판단은 정당하다 할 것이므로 논지는 채택할 수 없다”라고 판시하여서 공동불법행위자의 1인인 피고에게 전손해에 대한 배상책임을 인정하였다. 그리고 大判 1991. 7. 26, 90다카26607·26614 판결에서 “원심판결 이유에 의하면, 원심은 거시증거에 의하여 원고들은 경남 울주군 온산면 관내에 거주하면서 농업에 종사하여 왔는데 1974.경부터 위 온산면에 비철금속단지인 온산공단이 조성되어 피고들 공장이 각종 유해가스 및 분진을 배출하면서 가동되어 각종 오염물질이 온산면의 대기 및 수질 등의 오염을 초래하였고, 원고들은 이러한 오염지역에

12, 87다카2951; 大判 1989. 5. 23, 87다카2733

125) 郭潤直, 전게서(債權各論), 766면; 黃迪仁, 현대민법론IV, 박영사(1989) 406면; 金相容, 전게서(不法行爲法), 217면.

126) 제760조의 狹義의 共同不法行爲가 성립하기 위해서는 각자의 행위가 독립하여 불법행위의 성립요건인 고의·과실, 위법성, 책임능력 및 인과관계가 존재하여야 한다는 것이 통설이다.

127) 大判 1974. 12. 10, 72다1774

거주하면서 인체에 해로운 각종 유해가스와 강하분진으로 오염된 대기에 노출된 결과 이 지역 각 부락에서 1년에 수백명씩 피부병, 호흡기질환 및 눈병등이 발생하여 집단적인 치료를 받았을 뿐만 아니라 그 외의 질병으로 인한 각종 자각증상을 호소하게 된 사실을 인정한 후, 피고들의 공장에서 배출된 공해물질로 인하여 초래된 환경오염의 정도에 비추어 볼 때 원고들이 구체적인 발병에 이르지 않는 아니하였다 하여도 적어도 장차 발병가능한 만성적인 신체건강상의 장해를 입었고 이는 통상의 수인한도를 넘는다고 할 것인바, 위와 같은 환경오염을 초래한 피고들의 행위는 생활환경의 보호와 그 침해에 대한 구제를 규정하고 있는 헌법 제35조 및 환경보전법 제60조 등에 비추어 볼 때 그 위법성이 있다 할 것인데, 원고들이 위와 같은 생활환경의 침해 및 이로 인한 발병가능한 만성적인 신체건강상의 장해로 심대한 정신적인 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히 수증되므로 피고들은 공동불법행위자들로 원고들이 받은 위와 같은 정신적 고통을 위자함에 상당한 위자료를 지급할 의무가 있다고 판시하였는 바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 법률판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙위배로 인한 사실오인의 위법이 있다거나 위자료나 소송물에 관한 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없고”라고 하여서 일정한 공업단지 안에 수개의 공장이 소재하고 그들 공장(이 사건에서 피고는 고려아연주식회사 외 9인)으로부터 환경침해물질이 배출됨으로써 환경침해로 인한 신체상의 손해 등이 발생한 경우에 그 공단내에 소재하는 공장에 대하여 共同不法行爲責任을 인정하였다. 그러므로 기본적으로 重疊的 因果關係(Kumulative kausalität)와 補充的 因果關係(komplementäre Kausalität)의 경우에도 제760조의 협의의 공동불법행위의 연대책임을 적용하는 것이 타당할 것이다.

그러나 앞에서 살펴본 것과 분명히 분리해야 하는 경우가 部分損害惹起(Teilschaden sverursachung) 또는 部分的 因果關係(Teilkausalität)이다.¹²⁸⁾ 부분손해야기의 경우에도 동일한 법익이 다수의 원인자에 의해서 침해되나 위에서 본 것과 같이 一體的 損害惹起와는 달리 원인자들은 어떠한 상호간의 인과관련성도 없이 서로 독자적으로 하나의 법익을 침해한다. 예를 들어 X는 술집에서 A에게 맞아서 이빨이 부러지고 그후에 다시 B에게 칼로 찔려서 상처를 입었다. 또는 환경배출물질 A에 의해서 피해자는 기관지천식을 앓게 되었고, 환경배출물질 B에 의해서 같은 피해자가 배출물질 A와 상관없이 위장장애를 가지게 되었다. 이러한 사례에서 부분손해야기가 존재하는데, 부분손해야기는 單獨行爲(Einzel

128) Brüggemeier, Gert, Die Haftung mehrerer im Umweltrecht Multikausalität, UTR 12(1990), S. 273.

täterschaft)로서 모든 침해자는 그에게 해당하는 손해에 대해서만 책임을 진다.¹²⁹⁾ 여기서 첫째의 예는 아무런 문제가 없고, 두번째 예에서는 각각의 원인된 손해비율을 통하여 合算된 全體損害에 대해서 고려하여야만 한다. 즉 피해자가 두 가해로 인하여 100%의 노동능력을 상실하였는데 기관지천식으로 60%, 위장장애로 40%로 노동능력을 상실하였는 경우에, 부분손해야기의 법률효과는 공동불법행위에서의 연대책무대신에 比率責任(pro-rata-Haftung)을 지게 된다.

그리고 독일의 판례¹³⁰⁾와 학설에 의하면 제760조 제2항은 이른바 부분손해야기의 負擔部分不明(Anteilszweifel)의 경우에도 적용될 수 있다고 한다. 즉 고려되고 있는 가해자의 행위가 침해결과의 전부나 일부를 야기시킨 경우에 각자의 침해결과에 대해 어떠한 부담부분을 가지는지 밝힐 수 없다면 모두가 제760조 제2항에 따라서 연대책무를 져야 한다는 것이다.¹³¹⁾ 이때 책임을 지는 가해자의 각인의 행위가 일반적으로 전체의 손해를 발생시키기 위해 적당하여야만 하고, 다만 그들의 행위가 어떠한 부담부분으로 손해를 야기하였는지가 불분명하여야만 한다.

iii) 加害者 不明의 共同不法行爲

複數原因者에 의한 環境侵害로 인한 손해시에 특별한 문제를 일으키는 것은 가능성이 있는 가해자의 관여형태가 밝혀지지 않는 경우들이다. 민법은 이에 관해 제760조 제2항 ‘공동아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때’에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있음을 규정하고 있다. 또한 環境政策基本法 제31조 제2항에서는 사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 손해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에도 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정들에 의해서 포함되는 사안은 일반적으로 選擇的 因果關係(alternative Kausalität)라고 불리운다.¹³²⁾

이 경우에는 근본적으로 복수원인자에 의한 가해가 아니라 個別的인 行爲의 因果關係立證이 문제가 되는 것으로서, 수인의 관여자중 한사람만이 법익침해 및 그로부터 초래된 손해를 야기하였다. 그러나 수인의 책임질 자가 고려가 되고 그들 중 누가 구체적으로 발생

129) A. a. O., S. 275.

130) BGHZ 67, 14, 19; BGHZ 89, 383, 399.

131) Assmann, Heinz-Dieter, Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht, in: Fenyves/Weyers(Herg), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten(1989), S. 122; Bodewig, Theo, Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 185(1985), S. 512.

132) Brüggemeier, Gert, a. a. O., S. 270.

한 손해를 야기하였는지를 밝힐 수 없는 경우이다. 예를 들어 어류를 죽게한 손해원인물질이 A시설에서 배출되었는지 B시설에서 배출되었는지 밝힐 수 없는 경우이다. 그러나 분명한 것은 어류를 죽게한 다른 원인이 있을 수 없기 때문에 그 배출물이 A시설이나 B시설에서 배출되었다는 사실이다. 즉 다른 법의침해 또는 법률상 책임이 없는 원인에 의해 발생하였을 가능성이 없어야 한다. 그러므로 최소한 각개별 배출자에게 돌아갈 환경침해가 전체의 손해를 야기하기에 적당하여야 한다.¹³³⁾ 이러한 경우에 구체적인 하나의 시설에 대한 인과관계입증을 하지 못한 경우에 피해자에게 손해배상청구권이 부정되어서는 안되고, 피해자에게 인과관계의 입증책임을 덜어주어야 하는 것이다.¹³⁴⁾ 따라서 고려되는 두 배출자가 손해에 대해서 連帶債務를 지는 것이다(제760조 제2항, 환경정책기본법 제31조 제2항).

그러나 다수의 위험기여가 각각 그 자체로서도 구성요건적 침해결과와 그로부터 유래하는 손해를 야기할 수 있었으나, 이전에 제1의 위험기여에 의해 구성요건적인 결과가 발생하였으므로 제2의 기여가 더이상 효과를 발생시킬 수 없게 된 경우에는 선택적 인과관계가 아니라 競合的 因果關係(konkurrierende Kausalität)¹³⁵⁾가 있게 된다. 예를 들면 농부 A의 시설과 농부 B의 시설에서 가축분뇨를 하천에 흘려보냈다. 각각의 가축분뇨의 양은 어류를 폐사시키기에는 충분하였으나, 농부 A의 시설에서 먼저 나온 가축분뇨에 의해서 어류가 이미 폐사되었으므로 농부 B의 뒤의 위험기여는 결과에 아무런 영향을 미치지 못하였다. 이에 대해서 민법적으로는 제1의 야기자에 대해서만 책임귀속이 행하여진다.¹³⁶⁾ 그러나 제1가해자에게는 일정한 요건하에서만 潛在的 要因(Reserveursache)을 주장하여서 후속하는 손해기여의 假定的 因果關係(hypothetische Kausalität)에 대해서 抗辯할 수 있는데, 이러한 경우에 법원은 損害賠償額算定時(일실이익의 계산, 계속적 소득감소로 인한 손해, 유사한 계속적 이익의 상실)에 이를 고려하여야 한다.¹³⁷⁾ 저지되었던 제2가해자는 원

133) Assmann, Heinz-Dieter, a. a. O., S. 130(選擇的 因果關係에 의해서 청구를 받은 자는 내부구상을 통해 실제로 잘못된 자에게 책임을 돌릴 수 있는 기회를 가져야만 하기 때문에, 피해자들에게 손해배상 청구권이 있음은 확실하지만 누구에 대해서 청구권을 행사할 수 있는지의 입증곤란만이 피해자에게 존재하는 경우에 적용된다).

134) Brox, Hans, Besonderes Schuldrecht, 20. Aufl.(1995), Rdnr. 500.

135) 이를 추월적 인과관계(überholende Kausalität: Kramer, Ernst A., Multikausale Schäden- Länderberichte Schweiz/Österreich, in: Fenyves/Weyers(Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten (1988), S. 71) 또는 중첩적으로 중복되는 인과관계(kumulative überschüssende Kausalität: Deutsch, Erwin, Haftungsrecht I, S. 156)라고도 한다.

136) Brüggemeier Gert, a. a. O., S. 270.

137) BGHZ 29, 207, 215; Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. Aufl.(1987), S. 524.

칙적으로 자신의 환경침해행위가 손해를 발생시킬 수 없으므로 더이상 인과관계를 가지지 않는다는 것을 주장할 수 있다.

iv) 結

알레르기, 기관지 질병과 같은 加算的 損害(Summationsschäden)란 구별할 수 없는 방법으로 다양한 손해물질원이 손해를 야기하는 것을 말한다. 또한 隔地損害(Distanzschäden)는 지리적으로 시간적으로 상당한 간격을 두고 멀리 떨어진 손해물질원에 의하여 손해가 발생하는 것으로서, 삼림을 파괴하는 산성비 등은 이를 어느 구체적인 가해자나 특정한 시설에 손해를 돌릴 수 없는 경우이다. 그리고 특히 자동차 배기가스·가정의 난방으로 인한 오염물질배출 등의 잘 알려져 있지 않는 작은 배출자들이 환경침해의 원인으로 고려되 면은 現在의 不法行爲法의 수단으로서는 극복할 수 없는 문제가 발생한다. 특히 다수의 원인자 중에서 알려지지 않은 私的인 작은 배출자(산성비, 자동차의 배기가스, 가정에서의 난방용 등의 오염물질배출)의 문제는 불법행위의 수단으로서 해결될 수 없다는 것은 잘 알려진 사실이다. 즉 이러한 문제는 불법행위법의 특별한 약점에 기인하는 것이 아니라 개인에 대한 책임법적인 규정의 한계에 기인하는 것이다.¹³⁸⁾

이와 같이 복수원인자의 환경침해로 인한 경우에 만족스럽게 피해자를 보상할 수 있는 일반원칙은 우리 민법상 존재하지 않는다는 것을 보았다. 특히 가산적 손해·격지손해는 현재의 불법행위법의 수단으로서는 극복할 수 없는 문제라는 것을 보았다. 여기에서 구체적인 인과관계의 입증의 어려움을 완화하는 방법으로 일정한 지역에서 일정한 배출물을 방출하는 시설이 공동기금을 만들어서 集團의 補償體系(kollektive Entschädigungssysteme)를 만들자는 논의가 행해진다.

이러한 집단적 보상체계는 개개의 오염물질배출자에 대한 民事的인 損害賠償을 청구할 수 없거나 힘든 경우에 손해배상을 보장하기 위하여 논의가 되는 것으로서, 구체적인 유형으로는 國家豫算의 일반적인 재원으로 損害補償을 하는 類型(staatliches Entschädigungsmodell)과 잠재적인 손해의 원인자들의 그들의 위험기여의 무게에 따라 出捐하는 基金에 의한 解決類型(Fondslösung)이 있다.¹³⁹⁾ 국가의 보상방법에 의한 유형은 환경매개체인 공기·물·토지의 일반적인 오염은 우선적으로 국가가 行政的인 許可 등을 통해서 허용한 오염

138) Feldmann, Franz-Josef, Umwelthaftung aus umweltpolitischer Sicht. Zum Inkrafttreten des Gesetzes über die Umwelthaftung am 1. Januar 1991, UPR 1991, S. 49; Lemke, Michael/Ganten, Reinhard H., Haftungsprobleme im Umweltbereich, UPR 1989, S. 9

139) Lemke, Michael/Ganten, Reinhard H., a. a. O., SS. 10-12.

물질배출에 의한 것이므로, 이는 현재와 과거의 국가의 산업정책의 결과에 그 원인을 찾을 수 있으므로 국가적인 책임을 인정할 수 있다고 한다. 이 유형은 그 체계가 단순하여서 세 금에 의해서 재원을 조달함으로써 별도의 기금을 만들 필요가 없고 기존의 국가조직의 활용을 통하여 새로운 손해의 조사 및 배상할 조직을 창설할 필요성이 없다는 점에서 長點이 있으나 환경법의 원칙의 하나인 原因者負擔原則(Verursacherprinzip)에 반한다는 것이 문제이다.¹⁴⁰⁾

이에 반하여 基金解決類型은 일반적 오염을 통하여 발생된 손해를 특별재산(Sondervermögen)인 基金에 의해서 배상하자는 것이다. 기금의 출자는 기금으로 배상해야 할 손해를 야기하기에 적합한 유해물질을 배출하는 자에 의해서 행해지게 된다.¹⁴¹⁾ 이 유형의 장점은 특정한 손해유형의 잠재적인 원인행위자에 의해서 基金出捐이 행하여지므로, 개개의 기금출연자의 구체적인 손해발생에 대한 인과관계가 입증됨이 없이도 원인자부담 원칙이 실현될 수 있다는 점에 있다. 그리고 이 유형에 있어서 기금에 대한 보상청구권의 행사를 위해서 구체적인 손해와 개별적인 유해물질배출 사이의 인과관계는 불필요하지만 배출물질종류와 손해유형과의 사이에 자연과학적으로 추상적이고 일반적인 관련성이 존재하는 것은 필요하다고 본다.¹⁴²⁾

라. 中立的 原因者

환경침해로 인한 책임에서 손해가 가해자가 배출한 오염물질에 한파, 적조, 수온의 강하와 같은 中立的 原因者(neutrale Ursache)가 기여한 때에는 양자는 원인자로서 고려되어야 한다. 물론 문제의 중립적 원인자가 가공하였다 할지라도 환경침해만으로써 해당 손해의 발생이 충분한 것으로 입증될 수 있거나, 반대로 중립적 원인자의 가공이 강하여 환경침해의 여부에 관계없이 해당 손해가 발생할 수 있었음이 입증된 때에는 문제가 발생하지 않는다.¹⁴³⁾ 前者의 경우에는 가해자가 발생한 전손해를 배상하여야 하고, 後者の 경우에는 오염물질의 배출자는 전혀 책임을 지지 않게 된다.

그러나 문제는 자연적 재해와 같은 중립적 원인자가 손해발생에 기여하였으나 어느 하나만에 의하여 충분히 손해가 발생할 수 있었는지를 입증하기가 어려운 경우이거나 중립

140) A. a. O., S. 10.

141) 이러한 基金解決類型으로는 독일에서의 자동차사고로 인한 손해의 보상기금(§§12-14 Pflichtversicherungsgesetz), 1972년의 네덜란드의 대기오염기금, 1973년의 일본의 환경침해로 인한 건강손해의 배상을 위한 기금, 1978년의 유로오염손해로 인한 국제적인 보상기금 등이 있다.

142) Lemke, Michael/Ganten, Reinhard H, a. a. O., S. 11.

143) 具然昌, 公害 및 自然的 災害의 共同原因과 賠償責任, 民事判例研究(IX), 157면.

적 원인자에 의하여 손해가 확대된 경우이다. 이에 관해서는 共同不法行爲法理의 類推適用說, 민법 제393조 類推適用說, 自然力除滅說이 있다.

생각건대 태풍, 한파, 수온의 저하 등의 自然的 災害는 원래 누구에게도 귀책될 수 없는 것이다. 따라서 그로 인한 피해는 특별한 사정이 없는 한 피해자 스스로가 인수하여야 할 위험에 속한다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁴⁾ 그러므로 자연적 재해와 가해자의 과실행위의 경합과 같은 中立的 原因의 問題에서는 전체손해에서 자연력의 기여분을 제한 부분으로 제한하여 손해의 배상책임을 정하여야 할 것이다.

손해의 발생에 自然力과 같은 제3의 요소가 가공한 경우에서 대법원은 大判 1991. 7. 23, 89다카1275 판결에서 “공해사건에서 피해자의 손해가 한파, 낙뢰와 같은 자연력과 가해자의 과실행위가 경합되어 발생한 경우 가해자의 배상의 범위는 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 손해에 대한 자연력의 기여분을 제한 부분으로 제한하여야 할 것이고 그 외에 피해자의 과실이 있을 때에는 당연히 이것도 참작하여야 할 것이며, 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한 사실심의 전권사항에 속한다 할 것이다”라고 하여서 환경침해로 인한 피해자의 손해가 자연력과 가해자의 과실행위가 경합되어 발생한 경우에 가해자의 배상의 범위를 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 손해에 대한 自然力의 寄與分을 除한 部分으로 제한하여 보고 있다. 또한 大判 1991. 12. 27, 90다카5198 판결인 백합양식장의 백합폐사사건에서 “...백합의 밀식으로 인한 조류소통저해, 장기간 계속양식으로 인하여 지질이 노쇠(기록 621-622)되는 등 이미 백합양식에 부적합한 생태학적 환경요인들이 형성되어 있었고, 그 중 이 사건 기생충감염은 위 악화된 환경요인과 합해진 복합적인 백합폐사요인의 하나에 불과하며(기록 644정, 434-466정), 백합폐사가 일어날 수 있는 전체원인 중 기생충감염패가 차지하는 비율은 적은 것(기록 3269-3270정)으로 나타나 있다. 그렇다면 이 사건 백합의 대량폐사에 관련된 기생충감염의 기여도를 15%로 하고, 나머지 85%를 위 생태학적 환경요인의 기여도로 판단한 원심의 조치는”정당하다고 하고 있다.¹⁴⁵⁾

144) 梁彰洙, 自然力이 加工한 損害發生과 損害賠償責任, 考試界, 1986/8, 145면.

145) 大判 1993. 2. 23, 92다52122와 大判 1993. 5. 14, 92다17280의 판결은 환경소송은 아니지만, 피해자가 입은 손해가 자연력인 태풍과 가해자측의 과실행위가 경합되어 발생한 경우 가해자의 배상범위는 손해의 공평부담이라는 견지에서 손해발생에 대하여 자연력이 기여하였다고 인정되는 부분을 공제한 나머지 부분으로 제한하여야 할 것이다라고 하고 있다.

(4) 損害

환경침해로 인한 불법행위가 성립하기 위해서는 가해자의 침해행위로 인하여 피해자에게 손해가 발생하여야만 한다. 그리고 그 손해는 현실적으로 발생한 것에 한하여 배상이 된다. 이때 손해는 財産的 損害이든 非財産的 損害이든 간에 구별하지 않으며, 배상의 방법에 있어서는 金錢賠償을 원칙으로 한다(제763조·제394조). 그리고 손해배상의 범위는 通常의 損害를 한도로 하며, 특별한 사정으로 인한 손해는 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 손해배상을 청구할 수 있다.

3. 無過失責任에 의한 損害賠償請求權

(1) 事業場 등의 無過失責任

가. 環境政策基本法 第31條의 內容

환경정책기본법 제31조 제1항은 '事業場 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다'고 하여서 사업장 등에서 발생하는 환경침해로 인한 책임은 당해 사업자가 과실과 관계없는 無過失의 損害賠償責任을 지도록 규정하고 있다. 이는 舊環境保全法 제60조 제1항에서 '사업장 등에서 발생하는 오염물질로 인하여 사람의 생명 또는 신체에 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다'고 규정하여서 생명·신체에 대한 피해, 즉 人體損害에 한해서만 무과실 책임을 인정하던 것을 環境政策基本法 제31조는 보호법익을 생명·신체에 한정하지 않음으로써 환경침해에 대한 무과실책임이 생명·신체뿐만 아니라 財産的 損害에 까지 확대되어 규정하게 되었다. 그리고 환경정책기본법 제31조 제2항은 '사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다'고 하여서 가해자 불명의 選擇的 因果關係의 경우에 피해자의 인과관계의 입증책임을 덜어주고 있다.¹⁴⁶⁾

환경정책기본법 제31조에 의해서 무과실책임을 지는 자는 사람의 생명·신체나 재산에

146) 共同不法行爲에서 판례와 통설인 客觀的 關聯共同說에 의할 때에는 무과실책임을 인정하는 특별법에서 공동무과실책임자의 연대책임에 관한 특별규정을 두지 아니하여도, 무과실책임자의 행위의 결합의 경우에는 해석에 의하여 당연히 공동불법행위가 성립을 하므로 공동무과실책임자의 연대책임이 인정된다(金相容, 전제서(不法行爲法), 217면). 그러므로 環境政策基本法 제31조 제2항, 鑛業法 제91조 제3항 내지 제5항의 규정은 주의적 규정에 불과하게 된다.

피해를 발생시키게 한 사업장 등의 사업자를 말하고, 이 때 事業場이라 함은 배출시설이 설치되어 있는 공장, 사업장을 말하는데, 동조에서는 ‘사업장 등’이라고 하여서 사업장에 한하지 아니하고 그 범위는 확대되어 자동차나 증기, 하수·폐수·분뇨종말처리장 또는 방지시설업소, 산업폐기물처리업소 등도 이에 포함되는 것으로 여겨진다.¹⁴⁷⁾ 環境汚染이란 환경정책기본법 제3조 제4호에 의하면 ‘환경오염이란 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동·악취 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다’고 규정하고 있다.

나. 問題點과 對策

이러한 環境政策基本法 제31조의 사업장 등의 환경침해로 인한 무과실책임은 몇가지 문제점을 가지고 있다.

첫째로 환경정책기본법 제31조의 규정은 一般條項의 形態로서 구성요건적 내용을 포괄적으로 규정하고 있으므로 사업자 등과 사업자, 환경오염, 피해의 발생으로서 손해의 종류와 내용 등의 구성요건의 구체적인 기준이 불확실하다. 또한 환경침해의 특질에서 비롯되는 인과관계의 입증완화를 위한 고려 등의 규정도 결여되어 있다. 그러므로 이 규정의 입법취지는 無過失責任을 環境政策의 基本原則으로 한다는 것으로 해석될 뿐, 그 자체로서는 實體法的인 效力을 갖지 못하므로 다른 특별법에 의한 구체적인 손해배상규정이 입법되어야 그 實效性이 確保된다는 견해가 있다.¹⁴⁸⁾ 그 이유로서는 環境政策基本法은 환경침해의 행정적 규제에 관한 기본법이고, 동법 제5절은 「분쟁조정 및 피해구제」라는 표제하에 제30조·제32조에서 국가 및 지방자치단체는 환경보전과 환경오염으로 인한 피해구제를 위하여 필요한 조치를 하도록 규정할 뿐, 구환경보전법 제60조 제3항¹⁴⁹⁾과 같은 구체적인 규정이 흠결되어 있기 때문이라고 한다. 그러나 이러한 견해는 환경정책기본법 제31조의 일반적인 문제점을 정당하게 지적하고 있으나 부가적으로 특별입법이 없으면 손해배상책임을 귀속시킬 수 없는 政策宣言的 規定으로 파악하는 것에는 의문이 제기된다.¹⁵⁰⁾ 왜냐하면 舊環境保全法 제60조가 그 보호법익을 사람의 생명 또는 신체에 발생한 피해에 국한하고 있었지만 環境政策基本法 제31조는 생명·신체 뿐만 아니라 재산적 손해에 까지 확대한 것 외에는 근본적인 차이점을 발견할 수 없으며, 이러한 의미는 입법자의 의사에 의해서도

147) 具然昌, 環境保全法, 삼영사(1981), 446면.

148) 李銀榮, 전거서, 714면.

149) 구환경보전법 제60조 제3항 “제1항의 규정에 의한 피해의 배상에 관하여 이 법에 의한 것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다. 다만 민법 이외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 의한다.”

150) 안법영, 환경오염사고와 위험책임, 환경오염의 법적 구제와 개선책(한림과학원총서 47, 1996), 303면.

확인되고 있다.¹⁵¹⁾¹⁵²⁾ 물론 이러한 규정에 근거하여서 特別立法을 하는 것이 배제되어 있는 것은 아니고, 오히려 특별입법을 하는 것이 시급히 요구된다고 하여야 할 것이다.

둘째로 환경침해로 인한 손해중 忍容義務가 있는 손해, 즉 제217조에 의해서 지역 통상적 이용으로 인한 침해 및 경미한 침해에 대해서는 인용의무가 설정이 되고, 이러한 인용의무는 환경침해로 인한 불법행위이론의 위법성에 영향을 미쳐서 受忍限度論을 형성시킨다. 그러나 무과실책임, 즉 위험책임은 단순히 과실없이 손해를 배상하는 책임이 아니라 무과실책임에는 違法性도 필요하지 않게 된다.¹⁵³⁾ 그러므로 제217조의 인용의무인 위법성이론에서 수인한도론이 무과실책임에는 적용이 되지 않게 된다. 다시 말하면 사업장 등의 환경침해로 인한 책임에서는 輕微한 侵害 또는 地域 通常的 利用으로 인한 침해도 배상하여야 한다는 것이 된다. 이는 시설의 설치 인가나 허가상의 모든 요건을 준수한 正常經營으로 인해서도 환경침해가 발생할 수 있고 발생한다는 환경침해의 특질을 생각해 볼때 사업자인 가해자에게 너무나 과도한 책임을 인정하게 된다. 이러한 정상경영을 행한 사업자의 과도한 책임을 방지하기 위해서 독일의 環境責任法(Umwelthaftungsgesetz)은 제5조에서 물건의 이용이 비본질적(unwesentlich)이거나 장소적 관계에 비추어 기대할 수 있는 정도로만 침해된 때에는 배상의무는 배제된다고 하여서 정상경영에 대한 배려를 하고 있다.

셋째로 不可抗力에 의한 損害에 대한 규정이 없으므로 불가항력에 의한 손해도 배상되어야 하는 것으로 생각이 된다. 不可抗力이란 일반적으로 그 발생을 역시 최고도의 주의에 의해서도 예견할 수 없었거나 방지할 수 없었던 외부로부터 기인하는 사건을 의미하는 것으로 이해할 수 있는데, 불가항력은 운영외적인 것으로서 예를 들어, 태풍·낙뢰·눈보라·새매의 비상과 같은 자연재해, 제3자 개입에 의한 태업 또는 파업 등을 말한다.¹⁵⁴⁾ 그러므로 사업장 등의 환경침해로 인한 무과실책임에서 이러한 손해가 배상되어야 하는지는

151) 李相敦, 環境政策基本法과 環境對策個別法, 사법행정, 1992/3, 38면.

152) 최근의 대법원 판례인, 대판 2001. 2. 9. 99다55434판결에서도 환경정책기본법 제31조가 실체법적 효력을 가지는 조항이라고 분명히 판시하고 있다.

153) 危險責任은 과실을 요건으로 하지 않는 책임(verschuldensunabhängige Haftung)이다. 물론 과실없는 모든 책임을 위험책임으로 볼 수 있는 것도 아니다(犠牲責任(Aufopferungshaftung)도 과실과 위법성을 요하지 않는다). 그리고 위험책임은 過失 뿐만 아니라 違法性도 排除되는 것으로 특징지워진다(Larenz, Karl, Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe, VersR 1963, S. 596). 즉 위험책임은 허용된 위험의 실현에 따른 배상의 효과를 주는 것으로, 위법성은 있지만 그 시설의 이용이나 행위를 하지 말도록 법규범에 금지되어 있지는 않다. 다시 말하면 위법성은 법규범 내지 법질서의 위반을 의미하는데 위험책임에서는 위법성은 있지만 그러한 허용된 행위를 하지 말도록 법규범으로 금지되어 있지는 않으므로 위험책임속에는 違法性이 존재하지 않게 된다.

154) Reuter, Alexander, Das neue Gesetz über die Umwelthaftung, BB 1991, S. 147.

의문이다.¹⁵⁵⁾ 그러나 현재의 과학기술의 수준에 의해서는 인식할 수 없는 손해발생경과를 가진 開發危險(Entwicklungsrisiko)은 불가항력에 포함되지 않고 면책되어서는 안될 것이다.

그러므로 이러한 문제점과 기타 환경책임에서 문제되는 인과관계의 입증완화의 문제, 정보청구권, 손해배상액의 최고액 제한의 문제, 손해배상의 이행을 담보하기 위한 제도적 장치 등의 해결을 위하여 環境責任法の 制定이 우리나라에서도 논의되고 있다.¹⁵⁶⁾¹⁵⁷⁾

(2) 기타의 무과실책임법

토양환경보전법에서는 토양오염에 의한 손해에 대해서 오염원인자에게 무과실책임을 규정하고 있다(동법 제23조). 그리고 광업법 제91조에서는 鑛害로 인한 배상을 무과실책임으로 규정하고 있고, 수산업법 제82조에서는 산업시설 기타 사업장의 건설 또는 조업이나 선박, 해양오염방지법 제2조 제10호에 해양시설과 해저광구의 개발 등에 의한 수질오염으로 인하여 면허받은 어업에 피해가 발생한 때에는 그 오염발생시설의 경영자는 관계법령이 정하는 바에 따라서 피해자에게 배상할 무과실책임을 지도록 규정하고 있다. 아울러 원자력손해배상법 제3조 제1항에서는 원자로의 운전 등으로 인하여 原子力損害가 생긴 때에는 당해 원자력사업자가 그 손해를 배상할 무과실책임을 지게 되고, 유류오염손해배상보장법 제4조 1항에서 油類汚染損害가 발생한 때에는 사고 당시의 선박소유자는 그 손해를 무과실책임으로 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

그 외에 유전공학적 과정과 생산물에 의하여 발생할 가능성이 있는 위험으로부터 인간의 생명·건강, 환경과 물적 재화를 보호하기 위해서 遺傳工學에 대한 法的 規律을 할 필요성이 있으며, 특히 유전공학적 시설이나 작업으로부터 발생한 위험에 대한 효과적인 責任法을 규정할 필요가 있다. 그리고 현재 물의 오염과 유해한 변경으로 인한 피해에 대한 책임은 기본적으로 過失責任에 맡겨져 있는데, 물은 모든 생명체의 자양물로서 절대적으로 중요한 물의 오염과 유해한 변경은 특별히 위험한 것으로 볼 수 있으므로 水質汚染으로

155) 독일의 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz) 제4조, 수질관리법(Wasserhaushaltsgesetz) 제22조 제2항, 항공교통법(Luftverkehrsgesetz) 제33조, 원자력법(Atomgesetz) 제25조에서는 불가항력에 의한 면책을 규정하고 있다.

156) 吳錫洛, “環境責任法” 試案, 環境法研究 第15권(1993), 157-168면; 강만옥, 法政新聞 1996. 9. 16, 8면.

157) 1990년 12월에 제정된 獨逸의 環境責任法은 토지 및 공기 등의 환경매개체에 의한 사람 및 물건의 손해에 대한 일정한 시설에 관련된 危險責任을 도입하고, 인과관계의 추정 및 시설운영자 및 관청에 대한 情報提供 및 閱覽請求權을 규정하여서 피해자의 입증책임을 경감하고, 물적·인적 손해에 대하여 각각 최고 1억 6천 마르크의 賠償最高限定額을 설정하고, 특별히 위험이 많은 시설에 대한 의무적 填補準備制度 등을 규정하고 있다.

인한 피해의 전보를 無過失責任으로 규정할 필요가 있다. 또한 항공기 소음 등과 관련하여, 위험물질의 운송 등과 관련하여서 발생한 피해에 대한 구제를 용이하게 하기 위해서는 무과실책임을 인정하는 법적 조치를 요구한다고 할 것이다.

V. 맺으며

이상에서 환경침해로 인한 피해의 私法的 救濟措置로서 발생한 피해에 대한 민사상 損害賠償請求와 환경침해의 방지를 청구하는 留止請求 및 契約上の 責任 등에 대해서 살펴보았다. 먼저 현재 발생하여 계속되고 있는 침해나 장차 발생할 우려가 있는 침해를 예방하기 위한 청구권으로서의 留止請求權과 관련하여, 유지청구하는 용어의 재정립이 필요하다고 보여지는데 이 글에서는 防禦請求權이라는 용어를 사용하여 보았다. 용어의 재정립에서는 좀더 많은 논의가 있어야 할 것으로 생각된다. 그리고 그 법적 근거와 관련하여서는 物權的 請求權에 근거를 두는 견해가 이제 판례에 의해서 확립이 되었다고 할 수 있을 것이다. 한편 방어청구권의 행사에 있어서는 청구권자의 일정한 忍容義務가 인정되는데, 이와 관련하여서는 민법 제217조의 체계적인 해석을 통하여 인용의무를 이끌어 낼 수 있다고 할 것이며, 궁극적으로는 민법 제217조의 개정을 통하여 제217조의 의미를 보다 분명하게 규정할 필요가 있다고 할 것이고, 동시에 조정적 보상청구권에 관한 규정도 명문으로 인정할 필요가 있다고 할 것이다.

둘째로 환경침해로 인한 契約上の 責任과 관련하여서는 독자적인 이론이 전개되는 것은 아니지만, 계약상의 담보책임 등과 관련하여서 논의되는 것으로서 이 문제에 대해서는 좀더 체계적인 검토가 필요하다고 보여지며, 최근의 우리나라 판례에서도 이러한 접근을 시도하고 있는 것으로 나타나고 있다. 이는 환경침해로 인한 사법상 피해구제의 다양화 및 피해자보호의 강화라는 점에서 매우 고무적인 것이라고 할 수 있을 것이다.

셋째로 환경침해로 인하여 발생한 피해의 不法行爲로 인한 損害賠償請求와 관련하여서, 고의·과실의 문제에서는 통설과 판례인 豫見可能性說에 의하여 사실상의 무과실책임에 의하고 있고, 위법성과 관련하여서 受忍限度論이 제기되는데 수인한도론은 민법 제217조의 체계적인 해석을 통하여 수인한도론의 의미가 명백하게 해결될 수 있다고 보여진다. 그리고 인과관계의 입증의 문제에 대해서는 피해자보호를 위하여 蓋然性說 내지 新蓋然性說이

통설과 판례에 의해서 인정이 되고 있다. 한편 복수원인자의 인과관계에서는 민법 제760조의 공동불법행위에 관한 규정이 기본적으로 적용이 되고, 그 외 隔地損害나 加算的 損害 등의 문제는 현행의 불법행위법의 수단으로서는 해결할 수 없는 문제이므로 집단적 보상 체계나 국가보상의 방법 등에 대해서 검토할 필요성이 제기된다고 할 것이다.

마지막으로 環境政策基本法 제31조의 사업장 등의 무과실책임을 인정하는 규정의 문제점과 기타 환경책임에서 문제되는 인과관계의 입증완화의 문제, 정보청구권, 손해배상액의 최고액 제한의 문제, 손해배상의 이행을 담보하기 위한 제도적 장치 등의 해결을 위하여 加算的 損害 環境責任法의 制定이 우리나라에서도 절실히 요구된다고 할 것이다.

주제어 : 환경침해, 방어청구권, 유지청구권, 인용의무, 계약상의 책임, 불법행위책임, 과실책임, 무과실책임, 손해배상청구권, 개연성설, 환경정책기본법

【Zusammenfassung】**Die privatrechtliche Haftung für Umweltschäden in Korea**

Chun, Kyoung Un

Im Gegensatz zum Gerichtsverfahren, das allgemeine unerlaubte Handlungen betrifft, treten bei Umweltschadensfällen, bei denen es in bezug auf die durch Emission der Schadstoffe verursachten Umwelteinwirkungen um Schadenersatzansprüche geht, verschiedene Spezialfälle auf. Denn hier treten die Schädigungen kontinuierlich, großräumig und mittelbar auf und der Beweis der Kausalität ist nicht leicht zu führen. Aufgrund rechtstheoretischer Unzulänglichkeiten in Korea sucht der Geschädigte Schutz nicht vor Gericht, sondern er versucht, das Problem durch Vereinbarungen mit dem Schädiger zu lösen, was verständlicherweise nicht zu einem befriedigenden Schadenersatz führt. Falls er versucht, seinen Schadenersatzanspruch vor Gericht einzuklagen, ist er mit dem Problem konfrontiert, daß er die Beweislast für Verschulden, Rechtswidrigkeit, Kausalität, Entstehung der Schäden usw. trägt, was ihn ebenfalls daran hindert, sich an das Gericht zu wenden.

Nach §214 KBGB kann der Eigentümer vom Störer Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Eigentums verlangen, die nicht in der Entziehung oder vorenthaltung des Besitzes bestehen, also auch von Umwelteinwirkung. Dieser Anspruch besteht jedoch nicht, wenn der Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet ist (§217 KBGB). In der Gerichtspraxis spielen bei der Geltendmachung von Umwelteinwirkung vertragliche Gewährleistungsansprüche eine erhebliche Rolle, und es liegt eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen dazu vor. Da diese Ansprüche aber alle eine Vertragsbeziehung voraussetzen, erscheinen sie als Grundlage eines generellen

haftungsrechtlichen Umweltschutzes von vornherein ungeeignet.

Da der deliktsrechtliche Schadensersatzanspruch aus §750 KBGB nur Fälle erfaßt, in denen bestimmte subjektive Rechte oder Rechtsgüter in schuldhaft-rechtswidriger Weise verletzt werden, ist über ihn eine umfassende Umweltschadenshaftung nicht zu erreichen.

Das Verschuldenserfordernis stellt im Bereich der Unfallschäden bei hinreichend strengen Sorgfaltspflichten keine unüberwindliche Hürde dar, lediglich bei genehmigungsgemäßen Normalbetrieb wird es häufig zu verneinen sein, wenngleich auch hier verstärkt geprüft werden müßte, ob das Vertrauen des Anlagenbetreibers auf den Nichteintritt von Schäden bei ordnungsgemäßen Betrieb nicht aufgrund von Umständen des Einzelfalles erschüttert wurde. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit sollte in Fortführung bereits erkennbarer Entwicklungen in der Rechtsprechung die grundsätzliche Unabhängigkeit zivilrechtlicher Widerrechtlichkeit von öffentlich-rechtlichen Genehmigung und Vorschriften betont werden.

In beweisrechtlicher Hinsicht stehen zugunsten des Geschädigten eine ganze Reihe flexibel zu handhabender Beweisleichterung zur Verfügung, wobei vor allem die bereits von der Rechtsprechung anerkannte Beweislastumkehr in bezug auf Rechtswidrigkeit und Verschulden zu nennen ist. Beim Ursächlichkeitsnachweis können dem Kläger die Grundsätze des Anscheinsbeweises zugute kommen. Zudem ist zu erwägen, durch Reduzierung des Beweismaßes in Fällen lediglich statistisch bewegbarer Zusammenhänge auf überwiegende Wahrscheinlichkeit die Klägerstellung weiter zu verbessern.