

(논문)

상린관계의 법정책^{* **} - 항공기소음을 글감으로 하여 -

趙弘植^{***}

요약

본 연구는 공군비행장에서 발생한 소음침해에 대한 손해배상청구 사건과 관련된 법적 쟁점의 해결을 목표로 한다. 결론은 다음과 같다.

첫째, 민법 제217조는 인접하는 부동산의 사용을 둘러싼 부동산 물권 사이의 관계를 규율하기 위해 제정된 것이니 만큼, 민법 제217조의 보호법익은 인접 부동산의 물권으로 보아야 한다.

둘째, 비록 수인한도론이 민법 제217조의 해석상 필요에 의해 창안된 이론이긴 하지만, 코즈의 ‘상호성이론’의 취지를 고려할 때, 민법 제217조뿐만 아니라 일반적인 가해행위 전부에 관한 위법성 판단 기준으로 활용될 수 있다고 본다. 하지만 상호성의 정도가 낮은 경우, 교정적 정의에 입각한 사안해결이 필요한 경우, 권리의 중핵에 대한 침해가 문제되는 경우에는 수인한도론의 적용을 제한하는 것이 타당하다.

셋째, 수인한도 초과 여부를 결정하는 기준 중 하나인 소음기준의 확정은 전형적인 조정문제이므로, 가급적 기준의 행정법규와 행정관행 및 관례 등을 존중하여 기준의 정립에 소요될 사회적 비용을 최소화해야 한다.

넷째, “주거환경악화로 인한 정신적 손해” 중 “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 손해”는 분쟁의 일회적 해결 필요성을 고려할 때 토지의 사용방해로 인한 재산적 법익의 침해로 보는 것이 타당하다. 따라서 이 경우에는 수인한도론의 적용이 있다. 한편 “주거환경악화로 인한 정신적 손해”가 단순한 생활상 불편을 넘어 “육체적·정신적 건강의 훼손”에 이를 경우에는 인격권의 침해로 새겨야 한다. 이 때 인격권의 침해로 인정받기 위해서는 수인한도를 넘는 육체적·정신적 건강의 훼손이 있어야 한다.

주제어: 민법 제217조, 소음피해, 생활방해, 수인한도론, 정신적 손해, 위자료 청구, 조정 문제, 소음기준, 외부효과의 상호성, 교정적 정의, 상린관계, 권리의 중핵, 권리의 주변부, Ronald H. Coase

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 이 글은 2009년 5월 19일 대법원에서 개최된 비교법실무연구회에서 발표한 글을 수정·보완한 글이다. 연구회를 주관해주신 양창수 대법관님, 연구회에 참여하여 귀중한 논평과 질문을 해주신 권순일 판사님, 이원범 판사님께 깊은 감사의 말씀을 드린다. 공간되지 않은 대상 사건의 판결문을 포함해서 귀중한 자료를 제공해주신 김시철 판사님께도 감사드린다. 성싯کم 교정 작업을 담당해 준 金裕美, 李俊錫 조교에게도 고마움을 전한다. 그리고 이 글은 출간일이 정해지지 않은 判例實務研究에 轉載될 예정임을 밝힌다.

*** 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

“재산권은 자유의 안전판이다.”

John Locke, *Two Treatise of Government*

“재산권과 법은 함께 태어나고 함께 죽는다. 법이 만들어지기 전에는 재산권은 없었다. 따라서 법을 없애라. 그러면 재산권도 사라진다.”

Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*

[연구대상 사안의 개요]

1. 제1사건: 대전고등법원 2006. 11. 10. 선고 2005나2279 판결 (대법원 2006 다84126 사건)

- 원고(대한민국)는 1997년 서산시 해미면 일대에 공군 제20전투비행단 공군 비행장(“해미비행장”)을 설치하여 공군의 F16 전투기의 비행훈련장으로 사용하고 있다.
- 피고들(본인 홍벽표, 처, 동생)은 해미비행장 활주로 북쪽 끝 4.5km에 위치한 서산시 음암면 신장리에 거주하면서 농업 및 축산업에 종사하는데 모돈(母豚) 약 100두, 육성돈 약 900두를 사육하고 있다.
- 해미비행장에서 발생하는 소음은 “금속성 고주파음으로서 상공에서 다량으로 발생하는 충격음이므로 다른 소음원에 비하여 피해지역이 광범위”한데, 항공기 이륙시에는 76-96dB, 착륙시에는 74-84dB, 선회시에는 73-83dB의 소음도를 가지고 있다. 이를 토대로 항공기 소음평가 기준으로 쓰이는 웨클(WECPNL)로 환산하면, 이 사건 항공기의 소음 추정치는 75웨클이었다.
- 원고가 제기한 채무부존재 확인의 소에 대하여 피고는 해미비행장에서 발생하는 소음으로 인하여 다음과 같은 피해가 발생하였다고 주장하였다.
 - ① 19두 모돈의 유산: 모돈 1두당 연간수익(=815,000원)x19=1,549만원
 - ② TV 난시청, 전화수신 방해
 - ③ 신경성 난청, 수면방해

※ 지가(地價)의 하락분은 주장하지 않았다.
- 원심 법원은 중앙환경분쟁조정위원회가 1997년 발간한 “소음으로 인한 피해의 인과관계 검토기준 및 피해액 산정 방법에 관한 연구” 보고서에 기초하여 소음과 모돈 사이의 인과관계를 인정하였다. 피고들 농장의 모돈 유산은 질병이 아닌 환경요인에서 오는 스트레스성 초기유산으로 추정되는 것으로 나타났으며, 위 양돈장 주변에는 모돈에게 스트레스를 줄만한 다른 요인은

존재하지 않았다.

- 그런데 원심은 수인한도를 측정하는 소음도 기준으로 측정방식(간이식 또는 이론식)이나 웨클 수치(80웨클 또는 85웨클)를 언급하지 아니하였다. 75웨클 이상이라는 사실만을 적시하였다.
- 제1심 법원은 모든의 유산과 소음 사이의 인과관계를 부정함으로써 원고 청구 (채무부존재 확인) 전부를 인용하였다.
- 원심 법원은 인과관계를 인정하고 원고 청구의 대부분을 기각하였다. 단 피고들의 정신적 고통에 대한 손해배상청구는 그 소음도가 수인한도를 초과하지 않는다는 이유로 인정하지 않았다. 이로부터 원심법원은 모든 피해에 대한 관계에서의 소음도 기준과 정신적 고통에 대한 관계에서의 소음도 기준이 다른 것으로 보고 있는 것이 아닐까 혹은 원심법원이 모든 피해에 대하여는 수인한도론이 적용되지 않음을 전제로 한 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다.

2. 제2사건: 대전고등법원 2006. 11. 10. 선고 2005나2507 판결 (대법원 2006다84157 사건)

- 이 사건에서는 모든을 양육하는 제1사건의 피고가 원고가 되어 손해배상을 구하는 소송을 제기하였다. 따라서 사실관계가 위 사건과 동일하다. 이 사건 원고는 “해미비행장”에서 공군훈련비행이 야기하는 소음으로 인한 정신적 피해를 배상할 것을 청구하였다.
- 원심 법원은 원고가 소음도 80웨클 미만인 지역에 거주한다는 이유로 청구를 기각하였다.

3. 제3사건: 대전고등법원 2007. 2. 2. 선고 2005나2491 판결 (대법원 2007다20112 사건)

- 1997년 “해미비행장”이 설치되어 공군의 F16 전투기의 비행훈련장으로 사용되고 있다.
- 원고들은 비행훈련장 설치 이전부터 인근 지역에 사는 농·축산업에 종사하는 주민들이다.
- 원고들은 항공기 소음으로 인한 정신적 손해를 청구하였는데, 원심법원은 원고들이 각각 거주하는 그 각 지역의 소음도를 측정한 후, 그 소음도가 웨클

수치 80을 초과하는지 여부에 따라 손해배상을 인정하였다.

4. 제4사건: 대전고등법원 2007. 2. 2. 선고 2005나2491 판결 (대법원 2007다 73093 사건)

- 1991년 충주시 금가면 매하리 일대에 설치된 충주비행장은 100대 이상의 F16과 KF16 전투기의 비행훈련장으로 사용되고 있다.
- 원고들은 인근 지역에 사는 농·축산업에 종사하는 주민들인데, 그 중에는 비행훈련장이 설치된 1991년 이후에 이사 온 주민들도 있다.
- 원심은 1심과 달리 80-85웨클 지역에 거주하는 원고들에 대하여도 월 30,000원의 위자료를 인정하고 그 이상의 소음도 지역에 거주하는 원고들에 대하여는 그 이상의 위자료를 인정하였다.
- 한편 비행장 설치 후 전입한 원고들에 대하여는 손해액의 30%를 감액하였다.

5. 제5사건: 대구고등법원 (대법원 2007다74560 사건)

- 대구공군비행장의 이용으로부터 생긴 소음 피해에 관하여 원심은 웨클 수치 85를 소음도 측정기준으로 삼았다.
- 원고들은 소음으로 인한 정신적 피해에 대한 배상금으로 월 45,000원씩을 인정받았다.

[관련 법조문]

민법 제214조 (소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

민법 제217조 (매연 등에 의한 인지에 대한 방해금지) ① 토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다.

② 이웃거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.

민법 제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

[연구]

I. 문제의 제기

연구대상 사건들은 모두 공군비행장에서 발생한 소음침해에 대한 손해배상청구 사건이다. 대한민국 공군은 서산시 해미면에 위치한 해미비행장과 충주시에 위치한 충주비행장, 대구시에 위치한 대구비행장에서 비행훈련을 하고 있는데 이로부터 일반인이 견디기 힘든 소음이 발생해 다음과 같은 손해가 발생하고 있다.

- 19두 모든의 유산으로 인한 손해 등 재산상 손해
- TV 난시청, 전화수신 방해 등 일상생활 방해
- 만성적인 불안감, 집중력 저하, 잦은 신경질 등 정신적 고통
- 신경성 난청, 수면 방해, 이명 등 신체적 피해

연구대상 사건들의 원심재판부는, 연구대상 사건들로부터 추출한 법적 쟁점에 관하여 조금씩 다른 견해를 표명하고 하고 있는데, 이들 쟁점은 모두 “수인한도론(受忍限度論)”과 밀접한 관련을 맺고 있다. 중요한 쟁점을 거시하면 다음과 같다.

- ① 민법 제217조의 보호법익은 무엇인가? 인접 부동산의 물권만이 보호되는가 아니면 그 위에 거주하는 사람과 동물도 보호되는가?
- ② 수인한도론의 입론 취지는 무엇인가? 민법 제217조를 위해 고안된 특수이론인가 아니면 “상호성”이 있는 경우라면 어느 경우이나 적용될 수 있는 일반이론인가?
- ③ 수인한도론이 적용될 수 없는 경우는 무엇인가?
- ④ 수인한도 초과 여부를 결정하는 요소로서 소음의 정도는 어떻게 결정되어야 하는가?
- ⑤ 주거환경침해로 인한 정신적 고통에 대한 위자료 청구에 대해서도 수인한도론의 적용이 있는가?
- ⑥ 인접 부동산의 소유자뿐만 아니라 동거 가족에 대해서도 손해배상을 하여야 하는가?
- ⑦ 비행장 설치 후 이주해온 주민에 대해서도 소음침해를 인정하여야 하는가?
- ⑧ 수인한도 초과 여부를 판단할 때 소음침해행위의 공익성을 고려하여야 하는가?

위에 거시한 쟁점에서 감지할 수 있듯이, 수인한도론을 둘러싼 공방의 근거에

는 결국 관련 당사자 사이에서 벌어지는 이해관계의 상충, 즉 사익 대 사익의 충돌, 때로는 공익 대 사익의 충돌의 문제가 도사리고 있다. 결국 상린관계는 이와 같은 이익상충을 여하히 조정하여야 공정하고 효율적인가의 문제인 만큼 재산권이나 인격권, 나아가서는 공법과 사법의 관계와 같은 근본적 문제에 대하여 고민할 필요가 있을 것이다. 이하에서는 이런 문제의식을 갖고 수인한도론의 입론취지를 규명하고 그 적용범위를 설정하기 위해서 민법 제217조를 중심으로 소음침해 및 상린관계에 관련해 제기된 여러 가지 쟁점을 살펴보기로 한다.

II. 소음침해 및 민법 제217조 개설

1. 소음침해 개설

소음은 “기계, 기구, 시설 기타의 물체의 사용으로 인하여 발생하는 강한 소리”를 말한다.¹⁾ 소음은 사람의 활동에 부수하는 것으로 그 영향이 불특정 다수에 미치는 공해로서, 일조·조망의 침해가 환경에 대한 소극적 침해라면 소음은 진동·분진과 함께 환경에 대한 적극적 침해에 속한다. 소음은 일상생활에서 늘 겪게 되는 현상이지만 지나친 경우에는 사람이나 동물에게 고통을 주고 육체적·정신적 건강을 해치기도 한다. 이것이 “소음으로부터 자유로운 안온(安穩)한 삶”을 보호하고 소음을 야기하는 활동을 규제하여야 할 이유이다.

그런데 소음으로부터 자유로운 안온한 삶의 보호는 필연적으로 소음발생자의 활동을 제한하게 된다. 따라서 ‘안온한 삶의 보호’ 내 ‘일반적 행동의 자유 및 사유재산권의 보호’라는 대립구도가 형성되고 소음침해와 관련된 분쟁의 해결에 있어서도 대립되는 이익의 조정이 주된 과제가 된다. 학설과 실무는 이 과제를 수행하기 위해 모든 소음침해를 손해배상청구나 방해배제·예방청구의 근거로 보지 않고 사회통념상 일정한 정도의 소음침해는 수인해야 한다고 하는 “수인한도론(受忍限度論)”을 고안·활용하고 있다. 소음을 비롯한 상린관계에서 발생하는 분쟁에 관련된 법적 논점의 대부분은 ‘수인한도’를 중심으로 논해지고 있다고 해도 과장이 아닐 것이다.

1) 소음진동규제법 제2조 제1호. 소음진동규제법은 소음을 소음원을 기준으로 공장소음, 생활소음, 교통소음, 항공기소음으로 구분하여 그 각 규제기준을 규정하고 있다. 소음진동규제법 제23조 제1항.

소음침해에 대한 사법적(私法的) 구제수단 중 효과적인 것은 소음발생의 원인이 되는 활동의 중지를 구하거나 그 예방을 구하는 방해제거·예방청구라 할 것이지만, 실제 자주 이용되는 구제수단은 손해배상청구인 것으로 보인다. 소음침해는 토지·건물의 시가하락을 유발해 재산상 손해를 불러오고, 소음의 정도가 지나칠 경우에는 육체적·정신적 건강이 손상되기도 하며 연구대상 사건에서처럼 가축의 질병·폐사 등이 발생하기도 한다. 치료비, 노동능력 상실분, 부동산 시가하락분, 이주비, 위자료 등이 손해의 구체적 내역이 될 수 있을 것이다. 소음피해에 대한 구제는 일반 불법행위에 기한 손해배상청구와 민법이나 국가배상법 소정의 공작물·영조물의 설치 및 관리 하자로 인한 손해배상청구로 시도되는데 항공기 소음은 후자의 범리로 규율되고 있다.²⁾ 소음이 지나칠 경우에는 유지청구도 가능할 것이다.³⁾

2. 민법 제217조 개관

소음침해는, 광범위한 피해를 야기하는 대기오염·수질오염 등의 환경오염과 비교해보면, 통상 상린관계적 분쟁으로 나타나며 피해자가 특정되고 그 수도 많지 않다는 특징이 있다. 따라서 상린관계를 규율하는 민법 제217조가 소음과 관련된 민사 분쟁을 규율하는 주된 규정이 된다. 항공기 소음이 여타의 소음침해, 즉 공장소음, 생활소음, 교통소음보다는 피해가 광범위하지만, 동조가 법적 쟁점을 둘러싼 논의의 중심을 차지하는 것은 마찬가지다.

우리 민법 제214조와 제217조를 비교해보면, 제217조는 가해부동산(토지·건물)에서 발생하는 모든 가해행위(임대·임대차)를 위법한 것으로 취급하지 않고 그 중 인근 피해부동산의 “수인한도(受忍限度)”를 초과하는 경우만을 위법한 것으로 다루고 있음을 알 수 있다. 제217조의 위법성 판단을 지휘하는 “수인한도론”은 소음, 진동, 일조방해를 비롯한 환경침해의 위법성에 관한 통설·판례의 입장이

2) 김포공항사건의 재판부는 대한민국에 대하여 영조물인 김포공항의 설치 및 관리자로서의 국가배상법 제5조의 책임을 인정하였다. 서울고등법원 2003.8.20. 선고 2002나31133 판결; 서울고등법원 2003.8.20. 선고 2002나55207 판결 참조.

3) 공사현장에서의 소음은 민법 제750조의 일반불법행위책임으로, 교통수단으로부터 발생하는 소음은 공작물·영조물의 설치·관리상의 하자를 원인으로 한 불법행위책임으로 각각 규율되는 것이 상례이다. 자세한 것은, 손윤하, “환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제: 일조, 조망 및 생활소음을 중심으로,” **저스티스** 2004/10 (통권 81호), 120, 144-48 (2004).

다.4) 인간이 함께 사회생활을 영위해 나감에 있어 타인에게 이런저런 폐를 끼치는 것이 예정되어 있기 때문에(“가해행위의 불가피성”) 어느 정도는 이를 서로 인용하지 않으면 안 되고 그 한도를 넘어설 때에만 위법성을 띠게 된다고 보는 이론이다. 대법원이 제시하는 수인한도 초과 여부에 관한 판단기준으로는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 및 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법적 규제 등이 있다.⁵⁾

손해배상청구의 경우보다 공사중지나 건물철거를 구하는 유지청구의 경우에 더 높은 수준의 수인한도가 요구된다는 “위법성단계설(違法性段階說)”의 인정 여부에 관하여는 다수설⁶⁾과 판례가 이를 긍정하고 있다. 대법원은 일조방해로 인한 건물의 철거의무는 지극히 예외적인 경우에만 인정된다고 판시한 바 있는데,⁷⁾ 이는 손해배상청구가 인정되는 위법한 일조방해라고 해서 그 모두에 대해 항상 유지청구가 인정되는 것은 아니고 유지청구의 경우에 보다 엄격한 수인한도를 초과해야 함을 분명히 밝힌 것으로 볼 수 있을 것이다.⁸⁾

III. 민법 제217조의 보호법익과 적용범위

1. 쟁점 및 학설의 소개

실무·학설상 논란이 되는 것은 수인한도론의 적용범위이다. 제217조의 ‘보호법익’을 피해 토지나 건물의 물권으로 보는 견해(이하, “부동산물권설”)에 따르면,⁹⁾ 수인한도론은 오직 ‘피해부동산’에 대한 가해행위의 위법성을 따질 때 적용

4) 대법원 1999.1.26. 선고 98다23850 판결; 대법원 2000.5.16. 선고 98다56997 판결; 대법원 2001.6.26. 선고 2000다44935 판결 등.

5) 대법원 1999.1.26. 선고 98다23850 판결; 대법원 2002.12.10. 선고 2000다72213 판결; 대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결 등.

6) 김상용, **불법행위법**, 276 (1997); 송혜정, “일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점,” 8(민사판례연구회 발표논문, 필자소장). 반대설로는 유원규, **민법주해 V 물권(2)**, 311-12(1997).

7) 대법원 2008.4.17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결.

8) 송혜정(註 6), 8.

9) 민법 제217조는 부동산이라는 용어 대신 토지를 사용하고 있다. 하지만 이 규정이 토지만만 아니라 그 위에 건축된 건물에도 적용된다는 점에 관하여는 이론이 없다. 송

되어야 한다. 반면 제217조의 보호법익이 피해부동산의 재산권뿐만 아니라 피해 부동산에 거주하는 사람의 “생활이익”을 포함한다고 하는 견해에 따르면(이하, “생활이익설”), 피해부동산에 거주하는 ‘사람’ 및 그 생활에 필요한 ‘동산’에 대한 침해에도 수인한도론이 적용될 것이다.

부동산물권설의 근거로는 제217조가 부동산소유자 사이의 관계를 위한 특별규정이라는 점¹⁰⁾과 독일의 판례¹¹⁾ 등이 제시되고 있다.¹²⁾ 소음에 의한 가해행위를, ‘사람이나 동산’과 같이 장소적 이동이 가능한 “가동물(可動物)”이 ‘직접’ 가해행위의 객체가 되는 유형(“① 유형”)과 장소적 이동이 불가능한 ‘부동산’이 가해행위의 객체가 되는 유형(“② 유형”)으로 분류하고 ①유형에서는 상당인과관계, 예견가능성 등이 문제될 수 있으나 ‘수인한도’나 ‘위법성단계설’ 등의 법리가 적용될 수 없다는 견해도 이에 속한다.¹³⁾ 근자에 선고된 전원합의체 대법원판결의 다수의견은 이 견해에 입각해 있는 듯하다.¹⁴⁾

생활이익설의 근거로는 민법 제217조의 문언(文言)을 제시할 수 있다. “이웃토지의 사용방해”뿐만 아니라 “이웃거주자의 생활고통”도 언급하고 있는 동조의 문언을 볼 때, 동조의 보호법익을 부동산물권으로 한정하기 어렵기 때문이다. 그리고 이 입장을 취하게 되면, ‘생활이익’의 성질을 어떻게 — 인격권만을 의미하는가 아니면 생활에 사용되는 동산의 재산권도 포함하는가 아니면 더 나아가 환경이익도 포함하는가 — 파악하고 그 범위를 여하히 제한할 것인가 하는 문제가 남을 것이다. 이웃거주자가 생활에 고통을 받는 것은 여러 측면에서 다양한 방식으로 이루어질 수 있을 것이기 때문이다.

구체적 소음사건에서의 법적 결론은 어느 견해를 취하느냐에 달려 있다. 부동산물권설에 따르면 제217조의 보호법익은 부동산물권이므로 사회통념상 수인한

해정(註 6). 한편 대법원 전원합의체 판결의 다수의견은 제217조의 보호법익을 ‘피해 부동산의 소유권’으로 보고 있는 듯하다. 송혜정(註 6).

10) 전경운 “불법행위의 제유형: 환경침해,” 註釋民法 채권각칙 [8], 94-96.

11) 독일 판례(BGH, WM 1970, 1292)는 소음 임펄시온을 통하여 다른 사람의 營業無能力을 야기한 자는 그의 행위가 토지의 場所通常的 利用이라고 하더라도 그것만으로는 그의 침해행위가 정당화되어진다고 할 수 없다고 판시하고 있다.

12) 자세한 내용은 전경운(註 10), 94-96; 이경춘, “소음과 환경소송,” 환경법의 제문제 下 (재판자료 95), 167 참조.

13) 김시철, “건물신축으로 인한 일조방해의 법적 성격과 이로 인한 불법행위 손해배상청구권의 소멸시효기산점” (미발표 논문; 필자소장).

14) 대법원 2008.4.17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결.

도를 초과하는 소음의 발생으로 인하여 피해토지의 지가(地價)가 하락하는 경우에는 설령 피해토지의 소유자가 거기에 거주하지 않는다 하더라도 손해배상을 청구할 수 있고, 경우에 따라서는 물권적 방해배제청구권도 행사할 수 있다.¹⁵⁾ 생활이익설에 따르면 나대지(裸地)의 경우와 같이 토지가 사용되지 않고 있는 경우는 비록 지가가 하락하더라도 토지의 ‘사용’이 방해되거나 ‘생활’에 고통을 주지 않고 있으므로 그 보호청구는 받아들여지지 않을 듯하다.

양설은 손해배상청구권자의 범위에도 영향을 미친다. 부동산물권설은 청구권자를 피해부동산의 소유권자로 한정하는 것이 논리적인 것이다. 반면 생활이익설은 이웃부동산에 ‘거주’하는 사람을 포함하게 된다. 그런데 부동산물권설을 취하는 견해도 청구권자의 범위를 넓게 보고 있다. 피해토지의 임차인 등과 같은 거주자도 비록 소유자는 아니지만 가해토지의 이용으로부터 발생하는 소음으로 인하여 종전부터 향유하던 생활이익을 침해받는 경우 소유자와 유사한 법적 구제조치를 취할 수 있다고 보는 것이다.¹⁶⁾ 다만 제217조의 기본적 보호법익은 “피해부동산에 대한 지속적인 사용권능”을 포함하는 토지소유권이므로 “토지관련성(Grundstückbezogenheit)”을 가지는 사람만이 청구권자가 될 수 있고 피해부동산을 지속적으로 사용한다고 볼 수 없는 방문객이나 통행인은 손해배상을 청구할 수 없다고 한다.¹⁷⁾ 근자에 선고된 대법원 판례도 같은 입장이다.¹⁸⁾ 민법 제

15) 가령 주택이 지역에 들어선 소음을 유발하는 공장으로 인하여 인근 주택의 시가가 폭락한 경우, 피해주택의 소유자뿐만 아니라 인근 ‘나대지’의 소유자에게도 손해배상청구나 방해배제청구가 허용된다. 김시철(註13).

16) 김재형, “소유권과 환경보호: 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로,” **한국민법이론의 발전(1)**, 308-09; 김시철(註13); 전경운(註 10) 57. 하지만 제217조의 보호법익을 부동산물권이라고 한다면, 토지소유자만을 법적 구제를 받을 수 있는 사람으로 보는 것이 간명한 처리가 아닐까 생각한다. 가령 소음 발생이나 일조량 감소가 생겼을 때 임차인은 임대인에게 이를 고하고 그 방지를 청구할 수 있게 하고, 임대인이 필요한 조치를 취하지 않으면 채무불이행이 된다고 이론을 구성할 수 있다고 보는 것이다. 또한 임대인이 침해자를 상대로 손해배상청구에 성공하면 임차인은 부당이득반환청구권에 터 잡아 임차기간에 비례해 그 일부에 대하여 임대인에게 다시 청구하거나 임료의 감액을 청구할 수 있을 것이다. 이론적으로는 이것이 간명하다고 생각한다.

17) 전경운(註 10), 57. 독일에서는 단순 방문객이나 통행인이 가해행위의 객체가 될 수 없다는 데 이론이 없지만, 피해토지를 계속적으로 이용해야하는 그 곳의 피고용인(被僱傭人)이나 피교육자(被教育者) 등에 관하여는 긍정설과 부정설이 대립한다고 한다. 전경운(註 10), 58-60. 독일의 판례는 피고용인에 대하여 부정설을 취하였다. BGH 92, 143.

18) 대법원 2008.12.24. 선고 2008다41499 판결 [공2009상, 97] (“일조권 침해에 있어 객관적인 생활이익으로서 일조이익을 향유하는 ‘토지의 소유자 등’은 토지소유자, 건물소

217조의 규정취지 외에 유력하게 제시된 근거는, 제217조의 기본적 보호법익이 “피해부동산에 대한 지속적인 사용권능”을 포함하는 부동산소유권이므로¹⁹⁾ 사용권을 가진 임차인도 구제받을 수 있다는 것이다. 임차인이 경제적 약자이므로 이들로 하여금 직접 그 배상을 받게 하는 것도 형평의 관념상 타당할 수 있을 것이다.²⁰⁾

한편, 이와 같이 임차인 등이 가해자에게 직접 손해배상을 청구하는 경우에는 그 ‘사용수익권능’에 관련된 부분에 한정하여 청구할 수 있는 것이고, 이 경우 피해부동산의 소유자는 그 소유권의 나머지 권능에 관해서만 가해자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.²¹⁾

2. 민법 제217조의 입법취지 및 적용범위

기술한 바와 같이 민법 제217조는, 전형적인 소유권침해를 규율하는 제214조와 달리, 상린관계에서 발생하는 ‘모든’ 임의시온을 위법한 것으로 취급하지 않고 그 중 수인한도를 초과하는 경우만을 위법한 것으로 본다. 제217조가 이와 같이 제214조의 예외조항으로 제안된 데에는 특별한 이유가 있는데,²²⁾ 인접지 사이에 일어나는 침해는 불가피하다는 **침해의 불가피성**과 인접지는 상호간 언제든지 피해를 주고받을 수 있다는 **지위의 호환성(互換性)**이 그것이다. 이렇듯 인접지 상호관계가 일방적이지 않다보니 침해가 일어날 때마다 이를 일일이 시정하는 것보다는 일정한 기준을 정해 그에 미치지 못할 경우에는 수인(受忍)하게 하고 그 기준을 초과하는 경우에만 그 시정을 청구할 수 있게 하는 편이 양자 모두에게 공정하면서도 효율적인 것이 된다. 말하자면 인접지 상호간의 통상적

유자, 지상권자, 전세권자 또는 임차인 등의 거주자를 말하는 것으로서, 당해 토지·건물을 일시적으로 이용하는 것에 불과한 사람은 이러한 일조이익을 향유하는 주체가 될 수 없다.”).

19) 전경운(註 10), 57; 김시철(註 13).

20) 가령 존 롤즈(John Rawls)가 제시한 정의의 원칙 중 제2의 원칙, 즉 최소우대(maximin) 원칙을 생각해보라. John Rawls, *A Theory of Justice* (2d. 1999).

21) 김시철(註 13).

22) 유원규(註 6), 289(“[제217조 제2항]은 민법 제214조가 규정하고 있는 토지소유자 등의 소극적인 방어권능에 대한 한계를 각각 설정하고 있는 것이다.”). 한편 민법 제217조를 동법 제214조가 인정한 소유권에 기한 방해배제·예방청구권을 제한하는 예외적인 경우를 규정한 것이라는 입장에는 반대설이 있을 수 있다. 즉 제217조의 보호법익을 생활이익까지 포함해 넓게 보는 견해는 오히려 방해배제·예방청구권을 확장한 것이 되기 때문이다.

고층은 상계(相計)하여 처리하고 그것이 통상의 정도를 넘을 때에만 법적 보호를 제공하자는 것이다.

제217조의 입법취지를 위와 같이 새긴다고 한다면 그리고 이런 입법취지를 염두에 두고 조문의 문언과 구조를 분석해본다고 한다면, 이에 기해 동조의 적용범위를 논리적으로 추론해낼 수 있을 듯하다. 상린관계에서의 분쟁을 분석해보면, 먼저 그 ‘피침해법익(被侵害法益)’으로는²³⁾ ‘부동산’과 부동산 위에 거주하는 ‘사람·동산’을, 가해행위로는 직접적인 것과 불가량물에 의한 간접적인 것을, 각각 상정할 수 있다. 이들 요소가 만들어내는 대안은, [matrix 1]에서 볼 수 있듯이, 네 가지(2x2=4)이다. 이제 제217조의 적용범위는 동조가 네 가지 대안 중 어느 것을 규율하는 것으로 보아야 동조의 입법취지에 부합하는가의 문제가 된다.

먼저 주의할 점은 제217조가 가해행위의 태양을 “매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것”에 의한 것으로 한정하고 있다는 것이고, 따라서 [matrix 1]의 대안 ㉠과 ㉡는 동조의 규율대상에서 제외된다. 사람·동산에 대한 직접적 가해행위에는 사람이나 동물의 고막이 찢어지거나 난청을 일으킬 수 있음을 알면서도 이를 무릅쓰고 굉음이 수반되는 행동으로 나아간 경우가, 부동산에 대한 직접적 가해행위에는 피해부동산에 액상(液狀)의 유해폐기물을 도관(導管)을 통해 불법폐기(‘덤핑’)하는 경우가, 각각 해당될 것이다.²⁴⁾ 그리고 대안 ㉠과 ㉡의 경우 가해행위의 위법성은 수인한도론이 아닌 일반 법리에 의하여 판단되어야 할 것이다. 왜냐하면 이 경우는 가해행위의 특성상 ‘침해의 불가피성’이나 ‘지위의 호환성’을 찾을 수 없기 때문이다. ㉠의 경우가 제217조가 규율대상으로 하는 대표적 사례라는 것에 관하여는 이론(異論)이 없을 것이다. 문제는 ㉢의 경우이다.

23) 침해행위의 유형을 “가해행위의 객체”로 구별해 수인한도론의 적용 여부를 구별하는 견해가 있다. 김시철(註 13). 이 견해에 기본적으로 찬동하지만, 가해행위의 객체라는 기준은 오해를 유발할 수 있다. 즉 가령 토지에 대한 가해가 있는 경우, 특히 그 가해가 불가량물에 의한 경우 이를 감지하는 것은 토지가 아니라 사람이다. 따라서 가령 일조량이 감소해 토지의 가격에 나쁜 영향을 미쳤지만 사람의 건강이 침해당하지 않은 경우라고 하여도 그 가해는 마치 그 사람을 향해 일어난 것 같은 오해를 불러일으킨다. 다시 말하면 침해된 법익은 부동산뿐이라 하더라도 가해행위가 영향을 미친 것은 사람이다. 따라서 가해행위의 객체라는 기준으로 분류하기보다는 가해행위가 나쁜 영향을 미친 최종 종착지, 즉 보호법익을 기준으로 하여야 혼란을 피할 수 있을 것이다.

24) 독일민법 제906조는 불가량물에 의한 생활방해를 다루고 있는데, 동조 제3항은 “별도의 도관을 통한 유입은 허용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이 조항이 말하는 “도관에 의한 유입”은 직접적인 침해의 대표사례가 될 것이다.

		가해행위	
		직접 가해	불가량물
피침해법익	인접부동산 거주 사람·동산	㉠	㉡
	인접부동산	㉢	㉣

[matrix 1] 피침해법익의 종류

부동산물권설은 ㉡의 경우에 제217조의 적용가능성을 부정하고,²⁵⁾ 다른 한편 생활이익설은 긍정하게 될 것이다. 나는 제217조가 ㉡의 경우에 적용되지 않는 것으로 본다. **첫째**, 제217조의 문언만으로는 동조의 규율대상에 ㉡의 경우가 포함되는지 여부를 판단하기 어렵다. 생활이익설은 동조가 “생활”의 “고통”을 명시하고 있다는 이유로 문언해석상 ㉡의 경우도 동조의 규율대상으로 볼 것이다. 하지만 제217조가 부동산소유권 등을 규정한 민법 제2편 물권 부분에 위치한다는 민법의 조문 구조(構造) 상의 특징은 동조의 적용을 부동산소유권의 사용권능의 침해에 한정하는 것으로 보게 한다.²⁶⁾ 또한 후술하는 바와 같이 “생활의 고통”을 “사용의 방해”와 같은 의미로 본다면 이 문언이 결정적인 단서가 될 수는 없다.

둘째, 제217조가 제정된 이유를 인접지(隣接地) 상호관계의 특수성, 즉 지위의 호환성 때문으로 파악한다면, 이는 동조의 사정(射程)이 부동산물권의 침해에 한

25) 전경운(註 10), 94-96에 따르면, 동산소유권의 침해에 관하여는 “제217조의 토지의 통상적 이용은 동산에 대한 사회상당성의 기준으로는 적당하지 않다. … 제217조는 부동산소유자 사이의 관계를 위한 특별규정이므로 제217조 통상적 이용은 동산소유자에게는 달리 적용되어야 한다.”라고, 인적 침해에 대한 손해배상청구에 관하여는 “사실 현저한 신체침해도 개별적인 경우(예를 들어 정당방위의 범위 내에서)에 정당화될 수 있지만 민법 제217조에 따라서 손해배상 없이 인용해야 하는 사회상당성이 있는 침해로 평가될 수 없다.”라고 각각 설명하고 있다. 김시철(註 13)은, 가동물에 대한 가해행위의 경우 보호법익을 ‘가해행위의 객체’가 된 사람의 인격권 또는 동산에 관한 소유권으로 본다. 따라서 제217조는 적용이 없다.

26) 오히려 제217조의 입법연혁은 부동산물권설을 지지하는 것으로 해석될 수 있을 듯하다. 유원규(註 6), 292. 제217조의 입법취지를 파악하기 위해서는 입법사(立法史; legislative history) 자료의 탐색이 필요하지만, 이 글의 주제와 같은 미세한 논점에 관하여 자료가 존재할 것을 기대하기 어렵다. 또한 민법은 각종 행정법규와 같이 특정한 정책목표를 달성하기 위해 제정된 것이 아니다. 개인과 개인 사이의 관계를 여하히 처리하는 것이 옳은가를 다루고 있고 그 개별적 처리가 만들어내는 질서는 그것이 어떤 모습이든 개의치 않는다. 따라서 입법사 자료에 대한 탐색의 필요성은 그 만큼 낮아진다.

정되어야 한다는 추론을 가능케 한다. 그런데 서로 피해를 주고받을 수 있는 것은 인접지 상호간뿐만이 아니다. 그 위에 거주하는 사람·동산 상호간도 마찬가지이다. 그렇다면 제217조의 적용범위도 인격권이나 동산소유권에 대한 침해에 대해서까지 확대되어야 하는 것이 아닐까?

하지만 ‘인접지’ 위에서 일어나는 인격권·동산소유권의 상호침해는 이를 특별 취급할 필요가 없다고 본다.²⁷⁾ 먼저 지적할 점은 인격권·동산소유권의 상호침해는 인접지 사이에서만 발생하는 것이 아니다. 사회생활을 공동으로 영위하는 사람들은 서로에게 이런 저런 방식으로 상처를 주고받게 되어 있다. 또한 이웃해사는 사람과 동산은 가해행위가 직접적으로 이루어지지 않는 한 이를 회피할 수 있는 기동력이 있다. 반면 부동산은 가해행위가 아무리 느슨하게 이루어진다고 하여도 물리적으로 이를 회피할 방법이 없다. 그리고 부동산의 사용이 방해되어 그 가치가 하락한 경우(가령 일조량이 감소하거나 소음이 발생한 경우) 이 사용방해가 부동산물권의 침해를 넘어 사람의 인격권의 침해(가령 건강의 침해)나 동산소유권의 침해(가축의 손괴나 폐사)가 되는 경우는 드물다. (부동산물권의 침해와 인격권·동산소유권의 침해가 중첩·경합할 수는 있으나 양자는 분명 구별되는 개념이다.) 따라서 ‘인접지’ 위에서 일어나는 인격권·동산소유권의 상호침해는 이를 특별 취급할 필요가 없는 것이다.

셋째, 사람과 동산의 경우에는 가해행위의 형태를 직접적 가해와 불가량물에 의한 가해로 구별해 살필 실익이 없다. 가령 사람의 건강이 훼손된 경우 건강을 “유기체적으로” 파악한다면 그것이 직접적으로 이루어졌건 아니면 불가량물에 의하여 이루어졌건 양자를 구별할 이유가 없다.²⁸⁾ 거칠게 이야기하면, 사람을 폭행한 경우와 소음으로 발병시킨 경우가 있을 때, 후자의 위법성을 가볍게 취급할 이유가 없다. 이처럼 사람의 건강을 사회의 “일반적인 안녕의 단순한 방해”로 이해하지 않고 유기체적으로 측정한다면, 건강침해가 토지의 장소통상적 이용에 의

27) 주의할 점은 “부동산물권이 침해된 경우”와 “가해행위의 객체가 부동산인 경우”의 개념상 차이이다. 부동산의 사용이 방해되어 그 가치가 하락한 경우(가령 일조량이 감소하거나 소음이 발생한 경우)도 기실 그 피해를 ‘느끼는’ 주체는 ‘토지’가 아니라 그 위에 거주하는 ‘사람’이다. 따라서 가해행위가 부동산을 향해 이루어져 침해된 법익이 물건임에도 실체 그 피해는 정신적 피해가 아닌가 하는 혼동이 생길 수 있다. (이것이, 후술하는 바와 같이, 인격권이나 동산소유권에 대한 침해가 제217조에 의하여 규율되는 것으로 오인하게 하는 근본 원인이다.) 이와 달리 침해된 법익을 기준으로 가해행위를 분류하면 이러한 개념상 혼동이 생기지 않는다.

28) 전경운(註 10), 94-96.

해 야기되었다고 하더라도 이를 정당화할 수 없을 것이다.²⁹⁾

넷째, 제217조가 “이웃거주자의 생활에 고통”을 주지 아니할 것을 주문하고 있는바, 생활이익설은 이 문언에 의해 동조가 “이웃토지의 사용이익”과 별개로 ‘생활이익’을 보호하는 것으로 해석하고 있다. 그런데 동조가 보호하는 생활이익을 “객관적”인 것으로 파악한다면,³⁰⁾ 이는 ‘토지의 사용이익’과 다르지 않을 것이다. 사람은 자신의 부동산을 각기 다른 용도로 사용한다. 주거지, 사업용 부지, 가축의 축사 등 여러 용도로 사용하는 것이다. 부동산 위에서의 생활이익이 무엇인가? “부동산이 제공된 용도의 효용”이 바로 생활이익이다. 그런데 부동산이 제공된 각각의 용도에 대하여 사람들이 주관적으로 부여하는 가치는 천차만별이므로 이와 같은 ‘주관적’ 가치를 기준으로 생활이익을 파악할 수는 없을 것이다. 생활이익을 주관적으로 파악한다면 제3자는 생활이익이 어느 정도의 의무를 부담시키는지 알 수 없게 되기 때문이다. 따라서 각 부동산의 용도에 부여되는 가치는 객관적으로 파악되어야 하며 그런 의미에서 동조가 보호하는 생활이익도 객관적으로 파악된 것이어야 한다. 이와 같이 생활이익이 객관적으로 파악된 것이라고 한다면, 이것을 그 부동산의 사용이익과 구별할 수는 없을 것이다. 그리고 이런 객관적 생활이익의 침해 정도는 결국 당해 부동산의 가치 하락분에 의하여 평가하는 것이 합리적일 것이다. 따라서 제217조는 이웃거주자의 생활이익을 규정하고 있지만, 이는 이웃토지의 사용과 차별화되는 그 어떤 것도 덧붙이지 못하는 것이 된다.

결론적으로 말하면, 제217조는 부동산물권을 보호하기 위해 제정된 것이고, 따라서 ‘수인한도론’이 동조의 합리적 해석을 위해 고안된 것이라면, 수인한도론은 인접지에 거주하는 사람과 동산에 대한 가해행위에는 적용이 없는 것이다.

29) *Id.*

30) 근자에 대법원은 일조방해 사건에서 제217조 소정의 생활이익이 “객관적 생활이익”임을 분명히 하고 있다. 대법원 2008.12.24. 선고 2008다41499 판결 [공2009상, 97]; 대법원 2008.4.17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결. 한편, 나는 拙稿, “유지청구허용 여부에 관한 소고,” **民事判例研究 XII**, 29-88 (1999)에서 “생활이익”에 새로운 의미를 부여하여야 한다는 주장을 한 바 있다. 이 논문으로써 이 견해를 철회함을 밝힌다.

IV. 수인한도론, 위법성 판단, 그리고 Coase의 상호성이론

1. 수인한도론 재고(再考)

이상에서 민법 제217조가 인격권이나 동산소유권의 침해에 적용될 수 없음을 보았다. 하지만 그렇다고 수인한도론의 적용이 없다고 단정할 수는 없다. 수인한도론이 민법 제217조의 해석상 필요에 의하여 창안된 것은 사실이지만, 수인한도론의 입론 취지가 인격권이나 동산소유권의 침해에도 타당할 수는 있기 때문이다.

수인한도론이 입론되게 된 이유는 상린관계의 특성 때문이다.³¹⁾ 상술한 바와 같이, 상린관계의 특성상 가해토지에서 발생하는 모든 임의시운을 위법한 것으로 취급할 수 없는데 이와 같은 위법성 판단을 정당화할 이론적 수단이 필요했던 것이다. 판례는 수인한도론에 따라 불가량물에 의한 침해가 수인한도를 넘지 않으면 피해자의 용인의무를 인정하고, 수인한도를 넘는 경우에는 위법성단계설에 의하여 위법성의 정도에 따라 피해자의 유지청구를 허용하거나 손해배상청구에 그치게 하고 있으며,³²⁾ 이런 판단을 함에 있어서는 사건에 나타난 제반 사정을 모두 고려하여 판결하고 있다. 결국 판례는 사건에 나타난 각종 형량요소를 종합적으로 고려해 가해행위의 위법성을 판단하고 있는데, 이런 판단을 정당화하기 위한 이론적 도구로 수인한도론을 고안해낸 것이라 할 수 있을 것이다.

수인한도론을 이와 같이 ‘위법성’ 판단을 위한 이론이라고 새긴다면, 수인한도

31) 불법행위의 성립요건으로서의 위법성은 ‘사회통념상 전체법질서에 반하는 것’을 의미한다고 새겨왔다. 그런데 다른 유형의 분쟁에서 검토되지 않는 수인한도가 상린관계에서만 위법성의 기준으로 고려되는 것은, 다른 유형의 분쟁에서는 수인한도의 초과가 요구되지 않는다는 의미가 아니라 다른 유형의 분쟁에서는 같은 행위가 수인한도를 초과하는 것이 통상 명백하기 때문에 따로 검토하지 아니한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 반면 상린관계에서는 “가해의 불가피성,” “지위의 호환성” 등의 특성상 수인한도를 고려할 필요가 생기게 된 것이다.

32) 민법 제217조에 따르면 토지소유자는 불가량물로 인해 이웃토지의 사용 방해나 이웃거주자의 생활 침해가 발생하지 않도록 적당한 조치를 하여야 하고 다른 한편 이웃거주자는 그것이 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 경우 인용하여야 한다. 독일과 같이 정치(精緻)한 규정을 두지 않은 까닭에, 민법 제217조의 해석은 여러 가지로 제시될 수 있었다. 독일 민법 제906조에 따르면, 토지소유자는 불가량물에 의한 간섭이 토지의 이용을 방해하지 않거나 경미하게만 방해하는 경우에는 그 유입을 금지할 수 없다. (동조 제1항) 또한 중대한(“본질적”) 방해라고 하여도 그것이 인접 토지에 대한 그 지역에 상례적인 이용으로 인하여 일어나고 또 그 방해를 경제적으로 기대 가능한 조치에 의해서 막을 수 없는 경우에도 그 유입을 금지할 수는 없고 적절한 금전보상만을 청구할 수 있을 뿐이다(동조 제2항).

론의 사정(射程)은 더욱 확장될 수 있을 듯하다. 오늘날 인류는 급격한 자연조건의 변화 속에 놓여 있고, (이와 더불어 혹은 독자적으로) 정치경제적·사회문화적 변화에 직면해 있다. 이런 변화는 어떤 행위에 대한 규범판단을 되돌아보게 하고 이를 지도할 새로운 이론을 필요로 하기 때문이다. 수인한도론을 새로운 환경 속에서 위법성 판단을 지도할 ‘일반 이론’으로 자리 매김할 수 있다면, 수인한도론은 이웃·토지의 상호간섭에서뿐만 아니라 ‘행위 일반’에서도 그 위법성을 판단하는 데 사용될 수 있을 것이다.

2. 코즈의 “상호성이론”과 수인한도론

로널드 드워킨(Ronald Dworkin)은 경제학적 논증이 적용될 수 있는 영역으로 추상적 권리가 상충하는 상린관계를 거시한 바 있다.³³⁾ 이 글의 논제인 위법성 판단과 관련한 경제학자의 논의로는 로널드 코즈(Ronald Coase)의 상호성이론이 있다. 노벨경제학상 수상자이자 법경제학의 정초를 놓은 코즈의 업적은 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 그 하나는 거래비용의 존재가 규범에 미치는 영향을 밝힌 것이고, 그 둘은 어떤 행위에 대한 사회적 평가에 큰 영향을 미치는 요소로 “상호성(相互性; reciprocity)”을 밝혀낸 것이다.

코즈가 그에게 노벨상을 안겨준 논문³⁴⁾에서 거시한 사건을 살펴보자. *Bryant v. Lefever* 사건의 원고와 피고는 인접지에 사는 이웃이다. 원고는 여러 해 동안 누구에게도 피해를 끼치는 일 없이 자신의 벽난로를 사용해왔는데, 피고가 옛 집을 허물고 더 높은 새 집을 지으면서 문제가 발생하였다. 이제 원고가 벽난로를 사용할 때마다 연기는 피고의 건물에 막혀 빠져나가지 못하고 역류하게 된 것이다. 법원은 원고의 유지청구에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

방해(nuisance)가 존재했다는 점은 인정하지만 그것이 피고에 의해 야기된 것이라고 보지 않는다. ... 연기가 제대로 빠지지 않고 집으로 다시 돌아오게 된 것은 바로 원고 자신의 행위 때문이다. 원고가 더 이상 석탄을 때지 않거나 자신의 굴뚝을 탄 곳으로 옮기거나 굴뚝의 높이를 올리면 방해는 사라질 것이다. 그렇다면 애초에 누가 방해를 일으킨 것이 되는가? 만약 피고가 높은 집을

33) 로널드 드워킨(장영민 역), **법의 제국**, 412-13 (2004). 이에 대한 논평으로는 拙稿, “경제학적 논증의 영역,” **민사판례연구 XXX**, 709 -752 (2008).

34) Ronald Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *Journal of Law and Economics* 1-44 (1960).

지는 후에 원고가 그런 굴뚝을 지었다면 원고 자신이 방해의 원인이었다는 점이 명백해질 것이다. … … 원고가 **본래 보유하고 있던 권리**가 피고에 의해 어떤 식으로든 침범 당했다는 사실이 전제되지 않는 한 피고를 상대로 소송을 제기할 수 없다. 왜냐하면 연기가 제대로 빠질 수 있는 장치를 마련하지 않았기 때문에 스스로 불편을 당한 것이기 때문이다. 이는 마치 자신의 땅에서 나오는 오염수를 이웃의 땅으로 배출하려는 경우와 흡사하다. 이웃으로부터 그런 권리를 취득하지 않는 이상 그 이웃은 배출행위를 금지할 수 있고 그에 대해 책임을 질 필요도 없다.³⁵⁾

우리나라의 논의를 보면, 가령 일조권을 “종래 향유하던 일조량”으로, 일조권에 대한 보호는 종래의 ‘기득권’에 대한 보상적 의미를 가지는 것으로 파악하는 견해가 통설적 지위를 가지는데,³⁶⁾ 코즈의 상호성이론은 이것이 일조향유자의 ‘권리’인지 아니면 인접지 소유자가 마땅히 사용할 권리를 사용하지 않은 데 따른 ‘반사적 이익’인지를 재고해 보아야 함을 말하고 있다.

코즈가 상호성을 발견해낼 수 있었던 것은 ‘새로운 유형’의 문제가 속출하는 데에 대한 규범판단은 어떠한 것이어야 할 것인가 하는 문제의식을 가졌기 때문이다. 환경문제와 같은 새로운 문제에 대해서는 성숙·농축된 규범은 찾을 수 없고 관례(convention)도 존재하지 않으며 아직 사회적 관행(social practice) 또한 정착되지 않은 상태이다. 이런 상태에서 기존의 규범판단을 그대로 채용하게 되면 새로운 사회적 필요를 외면하게 된다. 가령 위의 *Bryant v. Lefever*에서 원고의 피해 자체에만 착목하면 피고의 경제활동은 영원히 계약 속에 갇혀 있을 것이다. 사회 전체의 후생이나 부를 극대화한다는 측면에서는 피고의 적극적 활동이 요망됨에도 말이다. 요컨대 코즈가 상호성의 존재를 확인하는 사안은 사건 발생의 원인을 원고와 피고 누구에게도 돌릴 수 있는, 말하자면 “공동인과관계(joint causation)”의 경우이고 아직 누가 원인제공자여야 하는가 하는 문제에 관하여 사회적 합의가 확고히 자리 잡지 않은 경우이다.

35) Chacery Appeal, 4 C.P.D. 172 (1979).

36) 송혜정(註 6), 6; 양삼승, “일조권과 수인한도,” **민사판례연구 VI** (1984), 7; 손윤하(註 3), 130. 대법원 판례도 같은 태도로 보인다. 대법원 2001.6.26. 선고 2000다44928 판결(“어떤 토지의 거주자가 인접한 타인의 토지 위를 거쳐서 태양의 직사광선을 받고 있는데, …”); 대법원 2004.10.28. 선고 2002다63565 (“법적 보호의 대상이 되는 주거의 일조는 현재 살고 있는 지역주민을 보호하기 위한 것”); 대법원 2008.4.17. 선고 2006다35865 판결의 다수의견(“토지의 소유자 등이 **종전부터 향유하던 일조이익**이 객관적인 생활이익으로서 가치가 있다고 인정되면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는데, …”).

코즈와 같이 발상의 전환을 하면, 우리가 해오던 규범판단이 전제로 하는 가정이 드러나게 된다. 가령 공작기계의 소음으로 인한 고통을 호소하는 이웃사람에 대한 우호적 태도는 공작기계를 통해 먹고사는 공장주의 입장에서는 받아들일 수 없는 태도일 것이다. 공장주에게는 이웃의 고통은 성격이 원만하지 못한 사람의 근거 없는 불평으로 보일 것이기 때문이다. 더 나아가 이 공장에 생계를 의존하는 근로자가 수없이 많다면 공장주의 판단은 더 설득력을 얻을 것이다. 공장주의 관점을 취하게 되면, 이웃사람을 ‘피해자’로 보는 것은 양자 사이의 권리배분에 있어 이미 “묵시적 가정(implicit assumption)” — 즉 안온한 생활을 할 초기 권리가 이웃에게 설정되어 있다는 공장주로서는 수용하기 어려운 가정이 전제되고 있는 것이다. 슈벨(Steven Shavell)에 의하면, 이와 같은 초기 재산권 설정에 관한 묵시적 가정을 전제로 한 채 외부효과 문제(가령 환경문제)를 해결하려고 하는 방식은 “**부분적 사회후생극대화**”일 뿐이다.³⁷⁾ 초기 재산권의 설정이 전제되지 않는다면 최고 수준의 사회후생이 달성될 수 있기 때문이다. 그리고 사회 구성원 전체의 행복을 최고의 가치로 상정한다면 이 같은 가정은 재고되어야 한다는 것이다.

그리하여 코즈는 “상린관계 문제를 다루는 범원은 늘 갈등의 상호성을 정확히 파악해야 한다.”라는 메시지를 던지고 있다. 갈등을 역지사지(易地思之)의 입장에서 바라보면 “과연 권리가 누구에게 귀속되어야 하는가?”라는 근본적 문제의식을 가지게 되고³⁸⁾ 나아가 “이 문제를 해결함에 있어 어떤 기준을 가져야 하는가?”라는 근거적 질문에 도달하게 되는 것이다. 그래서 사회후생의 극대화란 기준점을 채택하게 되면 이제까지 우리가 당연시하던 규범판단은 새로운 전환점을 맞게 된다. 그리고 이런 관점은 반드시 **토지사용과 연관되어야만 할 필요는 없을 것이다.**³⁹⁾ 상호성이 문제되는 사안이라면 그것이 토지사용과 무관한 것이라도 같은 이유에서 묵시적 가정을 찾아내 재고할 필요가 있기 때문이다.

우리 판례의 수인한도론은 코즈가 가졌던 것과 같은 문제의식에서 고안된 것으로 판단된다. 어떤 행위에 대한 위법성 판단은 결국 그 행위가 가진 반사회성(反社會性)의 정도를 파악하는 것인데, 행위의 한쪽 측면만을 보아서 온전한 반사회성 판단에 도달할 수는 없을 것이다. 주지하듯이, 수인한도의 초과 여부를

37) Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* 81 (2004).

38) 김일중, **법경제학 연구: 핵심이론과 사례분석**, 107-08 (2008).

39) Richard Epstein, *Bargaining with the State* (1993); 김일중(註 38), 136 (2008).

판단함에 있어 법원은 그야말로 상정할 수 있는 다종다양한 요소를 고려하고 있는데, 이들 요소들 — 즉, “피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭경과 및 건축 후에 신설된 새로운 공법적 규제” 등은 모두 우리 법원이 갈등의 상호성을 중시하고 있음을 증명하고 있다. 이것이 수인한도론이 상호성이론과 맥을 같이 하고 있다고 보는 까닭이다.

3. “상호성이론”의 사정(射程)

코즈의 상호성이론은 모든 경우에 타당한 것은 아니다. 상호성이론의 사정을 제한하는 논의로 세 가지를 생각해보았다. 첫 번째 이론은 **상호성의 비중론(比重論)**이다. 상호성이 존재하는 경우라고 하여도 그 정도에 차이가 있을 수 있고 상호성이 적은 경우는 상호성이론의 적용가능성이 그 만큼 낮아질 것이다.

상호성이 큰 경우	상호성이 작은 경우
<ul style="list-style-type: none"> ● 사용권의 상충(상린관계) ● 조망·일조방해 ● 자기 소유물의 사용 ● 소극적 가해 	<ul style="list-style-type: none"> ● 외부효과(공해) ● 소음·악취·가스 ● 타인 소유물의 흡수원(sink)으로의 사용 ● 부수적 가해

[표 1] 상호성의 정도와 갈등 양태

[표 1]에서 볼 수 있듯이 상린관계에서의 상호성은 공해에서의 상호성보다 크다.⁴⁰⁾ 코즈가 상호성의 존재를 확인하는 사안은 사건 발생의 원인을 원고와 피고 누구에게도 돌릴 수 있는, 말하자면 “공동인과관계” 또는 “상호적 인과관계(reciprocity of causation)”의 경우이고, 아직 누구를 원인제공자로 파악하여야 하는가 하는 문제에 관하여 사회적 합의가 확고히 자리 잡지 않은 경우이다. 상린관계에서 누가 원인제공자인지에 관하여 사회적 합의가 확고히 자리 잡지 못한

40) 같은 취지로 해석될 수 있는 견해로는 손윤하(註 3), 126; 송혜정(註 6), 8. 이에 따르면, 수인한도론으로 위법성을 판단하는 범위는 사회공동생활을 영위함에 있어 당연히 수반되는 유해물질이나 방해물질의 경우에만 적용되고 당연히 수반되지 않는 기업폐수, 유독물, 난파선 기름 등의 경우에는 수인한도와 관계없이 그러한 침해행위에 위법성이 있으면 인과관계가 있는 한 모든 손해에 관하여 배상하여야 할 것이다.

까닭은 “자기의 권리를 행사하는 자는 어느 누구도 해하지 않는다.”는 ‘소유권절대사상’이 여전히 위용을 떨치고 있기 때문이다.⁴¹⁾ [표 1]에서 볼 수 있듯이, 상린관계에서 가해자로 주장되는 사람은 ‘자기 소유’의 토지를 사용하고 있는데 이것이 피해자의 토지사용과 충돌을 일으키는 것으로, 말하자면 소극적 가해행위에 관여하고 있다. 조망·일조방해가 이런 유형의 대표례라 할 수 있는데 이와 경우에는 언제든지 원고와 피고의 지위가 바뀔 수 있다(지위의 호환성). 우리는 경험상 이웃에게 혹은 이웃으로부터 피해를 주고받으며 살고 있음을 잘 알고 있지 않은가?

이와 달리 공해(=외부효과)의 경우는 가해자와 피해자가 분명히 갈리고 지위의 호환성이 낮으며 그렇기 때문에 공동인과관계의 존재를 주장할 수 없다. 공해는 타인을 겨냥하는 직접적 가해행위는 아니지만 타인 소유의 부동산 혹은 동산을 자신의 공해물질을 흡수하는 “흡수원(sink)”으로 사용함으로써 결국 그 타인에게 피해를 입힌다. 그리고 공해의 경우, 철도에서와 같이, 타인의 생명과 재산의 희생이 통계학적으로 확실히 예측되므로 그 침해가 상호적으로 일어난다고 할 수 없다. 이처럼 침해가 ‘일방적’으로 야기되는 경우의 위법성은, 가해자의 행위에 관련된 사정을 고려하기보다는 피해자의 ‘권리’에 초점을 맞추어 판단되어야 할 것이다.

이상을 토대로 돌이켜 연구대상 사건을 살펴보면, 양돈농가와 비행장 사이의 관계는, [그림 1]에서 볼 수 있듯이, 이를 결코 상호적 관계로 볼 수는 없을 것이다. 이 경우는 가해자와 피해자가 확연히 갈리고, 또한 대한민국 공군의 비행훈련이 가져온 피해를 부수적 피해라 할 수도 없을 것이다. 이는 그 피해를 잘 알고 있으면서도 이를 무릅쓰고 자신의 목표를 위해 행위를 감행한 것으로 직접적인 가해행위라고 해도 무방할 것이다.

41) “Qui iure suo utitur, neminum laedit.” 관련문헌으로 우선은, Richard Epstein, “A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules,” 10 *Yale Law Journal* 207 (1997); 허성욱, “권리남용금지 법리에 관한 법경제학적 고찰,” 법조 제591권, 208 (2005. 12.).



[그림 1] 일방적 인과관계

두 번째 이론은, **교정적 정의론**이다. 우리는 주먹과 턱이 부딪힌 경우 주먹이 턱을 칠 수는 있어도 그 역의 주장은 성립할 수 없음을 잘 알고 있다. 살인, 노예제, 성폭행에 반대하는 인류의 강력한 신념⁴²⁾은 상호성이 전혀 없는 경우가 있음을 웅변한다. 이 같은 행위는 인간의 본질적 조건, 즉 자율성을 철저히 파괴하는 것이기 때문에, 인류는 이런 행위로부터 자율성을 보존하기 위해 “태고로부터의 권리(right from ancient)”를 가짐을 서로 인정하게 된 것이다. 이런 권리는 사회전체의 이름으로도 훼손될 수 없고, 권리자 이외의 모든 구성원의 일치된 합의로부터도 자유로운 것이어야 한다.

이와 같이 태고로부터의 권리가 성립되어 있는 경우라면, 이 권리가 침해된 것은 정의가 훼손된 것이고 따라서 이를 교정해야 한다는 “교정적 정의(corrective justice)”가 “규제적 이념(regulative idea)”으로 작용되어야 한다.⁴³⁾ 다시 말해 이 영역에서는 권리의 침해상태로부터의 회복에 대한 고려가 상호성과 사회후생에 대한 고려를 배제시켜버린다. 따라서 ‘태고로부터의 권리’의 존재를 인정한다고 한다면, 이제 사회적 갈등의 상호성 존재 여부는 피해자가 갖는 법적 권리의 존재와 속성을 알아야 비로소 논할 수 있는 것이 된다.⁴⁴⁾ 태고로부터의 권리가 인정되는 경우는 우리의 도덕적 직관이 바로 답을 알려주게 되고 상호성이 전혀 고려될 수 없기 때문이다.

항공기 소음으로 인근주민의 육체적·정신적 건강이 훼손된 경우는 교정적 정

42) “노예제, 강간, 살인에 대해 느끼는 반감은 모든 사람의 사적 자치가 다른 모든 사람들의 위협으로부터 보호받을 권리가 있다는 매우 단순한 우리의 신념에 기초하고 있기 때문이다.” Richard Epstein, “Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints,” 8 *Journal of Legal Studies* 49, 75 (1979).

43) 교정적 정의에 관해서는 Epstein(註 42).

44) 다시 말해 “누가 피해를 입었을 때 과연 어떤 상황에서 다른 사람의 책임으로 돌릴 수 있는가[... ..]에 답하기 위해서는 인과관계는 물론, 더 나아가 재산권에 관한 이론의 개발이 필수적”인 것이다. Epstein(註 39), xi.

의관에 입각해 처리하여야 할 사건이다. 육체적·정신적 건강은 인간의 자율성을 담보하는 기초이기 때문이다. 사람의 육체적·정신적 건강의 훼손이 유지청구를 정당화하기에는 부족한 면이 있을지 모르지만, 이를 원인으로 한 손해배상청구에 있어서는 수인한도를 따질 것 없이 이를 배상하여야 할 것이다.

세 번째 이론은 **권리의 중핵 및 주변부의 구별론(區別論)**이다. 우리가 사용하는 단어에는 그 단어에 의심 없이 해당되는 표준적인 사례로 이루어진 “확정적인 의미의 핵심부(a core of settled meaning)”와 그 단어에 명백히 해당되지도 않고 그로부터 명백히 배제되지도 않는 논쟁적인 사례들로 이루어진 “주변부(a penumbra of debatable cases)”가 있다.⁴⁵⁾ 이와 마찬가지로, [그림 2]에서 볼 수 있듯이, 권리에도 중핵을 이루는 부분과 주변부가 있는데, 권리의 중핵을 침해하는 경우는 비록 그 권리가 태고로부터의 권리가 아니라 하더라도 상호성이론이 적용될 여지가 없고 고정적 정의론이 적용되어야 한다는 것이 중핵·주변부의 구별론이다.



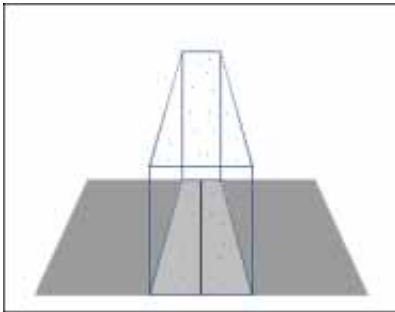
[그림 2] 권리의 중핵과 주변부

권리의 주변부 침해	권리의 중핵 침해
<ul style="list-style-type: none"> • 사용권의 침해 • 조망·일조방해 • 자기 소유물의 사용 • 소극적 가해 	<ul style="list-style-type: none"> • 소유권의 침해·사적 수용 • 무단점거 • 타인 소유물의 취거 • 적극적 가해

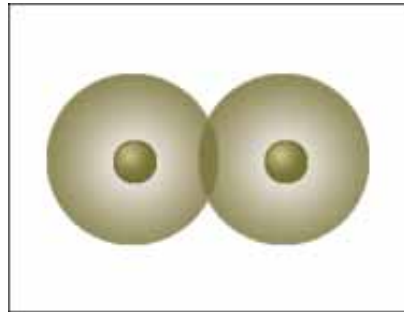
[표 2] 권리의 침해형태

45) H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” 71 *Harvard Law Review* 593, 607 (1958). 이 논문의 훌륭한 번역으로는 이동민 역, “H.L.A. 하트의 실증주의와 법과 도덕 분리론,” **공익과 인권** 제5권 제1호 141-272 (2008. 2.).

[표 2]는 권리의 침해형태를 보여주고 있다. 권리의 주변부 침해는, 상린관계에서 일어나는 갈등에서 볼 수 있듯이, “토지사용권의 갈등(conflicting uses)”이다.⁴⁶⁾ 인접지 위에서는 자기 토지의 사용이 타인의 토지 사용에 영향을 끼치게 마련이다. 말하자면 내 토지의 향유는 네 불편이고 네 토지의 향유는 내 불편이다. 서로가 서로에게 원인을 돌릴 수 있는 구조이고 그런 만큼 상호성이 크다. 따라서 [그림 3]에서 볼 수 있듯이, 인접지 위에서의 원고의 사용권과 피고의 사용권은 중첩되고, 이것이 사용의 갈등을 만든다. 하지만 사용권의 갈등은, [그림 4]에서 볼 수 있듯이, 권리의 중핵에 영향을 미치지 않는 주변부의 침해이다.



[그림 3] 사용권의 중첩



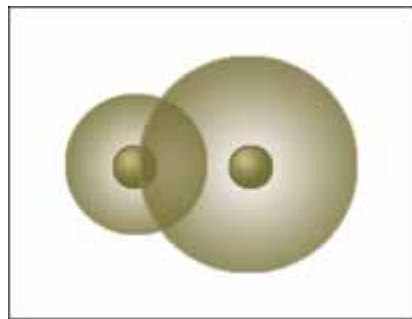
[그림 4] 권리의 주변부 침해

반면 권리의 중핵 침해는 피해자의 권리가 “직접적이고, 즉각적이며, 가시적”으로 침해되는 것으로,⁴⁷⁾ 무단점거에서 볼 수 있듯이 정도가 지나치면 타인의 소유물의 ‘취거(取去; taking)’에 이르는 경우도 있다. [그림 5]에서 볼 수 있듯이, 큰 원은 작은 원의 중핵을 침범하고 있다. 이 경우 비록 가해자(큰 원)의 입장에서 보면 자신의 사용권이 피해자(작은 원)에 의해 제약되는 면이 있을지라도 양

46) 이 부분 논의는 Richard Epstein, “Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase,” 36 *Journal of Law and Economics* 553-86 (1993) 참조. 미국에서의 논의를 보면, 우리의 상린관계에 해당하는 “불법방해(nuisance)”는 토지의 사용 또는 향유에 대한 방해로서 그 본질은 인접지 상호간에 일어나는 “토지사용의 갈등(conflicting uses)”이다. 따라서 인과관계가 원고든 피고든 어느 쪽으로도 성립할 개연성이 있고 그 만큼 상호성이 크다.

47) 미국법에 있어 “불법침입(trespass)”은, “불법방해(nuisance)”와 달리, 피해자의 토지가 “직접적이고, 즉각적이며, 가시적”으로 침해되었다는 사실을 성립요건으로 한다. 불법침입이 성립하면 원고는 실제 피해를 입증할 의무도 부담하지 않고 방해의 제거를 청구할 수 있다. *Id.*

자의 관계를 상호적이라 할 수는 없을 것이다. 이는 마치 폭행의 가해자가 폭행의 와중에 경미한 상처를 입는다 하더라도 피해가 상호적이라 하지 않는 것과 마찬가지로이다. 요컨대 권리의 중핵 침해는 ‘일방적’으로 이루어지는 것이다. 그리하여 권리의 중핵 침해는 사용권에 관한 다툼이 아니라 “소유권 자체에 관한 갈등(conflicting claims)”이 되고, 원고가 소유권을 가지고 있는 한 원고는 그 구제를 위해 구체적 피해를 입증할 의무도 부담하지 않고 그 방해의 배제나 예방을 청구할 수 있게 된다.



[그림 5] 권리의 중핵 침해

권리에 대한 강력한 보호는 그것이 국가공동체의 구성·운영에 필요한 최소한의 전제조건이라는 생각에 터 잡고 있다.⁴⁸⁾ 권리의 중핵 침해에 대하여 이처럼 강력한 조치를 취하지 않게 되면 이는 개인에게 “사적 수용(private taking)”을 허용하는 것이 된다.⁴⁹⁾ 국가조차도 개인의 재산을 수용하기 위해서는 정당한 보상만으로는 안 되고 수용을 하여야 할 공익상 필요성이 인정되어야 하고 수용당하는 사람의 참여가 보장된 엄격한 절차를 거친 연후에 가능하다.⁵⁰⁾ 이런 관점을 모아 보면, 모돈을 유산에 이르게 한 것은 돼지라는 동산에 설정된 소유권의 중핵을 침해한 것이라고 보아야 하고 그 점에서 상호성이론은 적용될 수 없다 할 것이다.

48) 가령 Esptein(註 41).

49) 사적 수용에 관해서는 허성욱(註 41).

50) 헌법 제23조 제3항.

4. 소결

우리나라에서 상린관계나 환경침해에 관하여 이루어진 다양한 논의와 실무관행은 이를 ‘상호성’의 관점에서 바라보면 많은 부분이 설명된다. 가령 서울중앙지방법원 환경전담부에서는 수인한도론에 의한 위법성 판단은 사회공동생활을 영위함에 있어 당연히 수반되는 유해물질이나 방해물질의 경우에만 적용되고, 당연히 수반되지 않는 기업폐수, 유독물, 난파선 기름 등의 경우에는 수인한도와 관계없이 그러한 침해행위에 위법성이 있으면 인과관계가 있는 한 모든 손해에 관하여 배상하여야 한다는 입장을 취하고 있다.⁵¹⁾ 전자의 경우는 언제든지 가해자가 피해자가 될 수 있고 피해자가 가해자가 될 수 있는 반면, 후자의 경우에는 이러한 지위의 호환성이 없다. 따라서 후자의 경우에 상호성에 관한 코즈의 발상을 적용하기보다는 전통적인 교정적 정의관이 더 어울리게 된다. 아마도 위 환경전담부는 명시적이지는 않지만 부지불식간에 이런 분석을 하고 있는지도 모른다.

하지만 상호성이론이 모든 분쟁에 적용될 수 있는 것은 아니다. 상술한 바와 같이 상호성이 작은 분쟁, 인류의 보편적 가치를 담고 있는 권리가 침해된 경우, 비록 고래로부터의 권리가 아니라 하더라도 그 권리의 중핵이 침해된 경우에는 상호성이론이 적용될 수 없다.

상호성이론의 정당화근거와 한계는 수인한도론에도 무리없이 적용될 수 있을 것이다. 수인한도론이 입론된 것은 상호성이론의 태동을 가능하게 한 것과 같은 문제의식이 있었기 때문이다.

돌이켜 연구대상 사건에 관하여 살피면, 양돈농가와 비행장 사이의 관계는 결코 상호적 관계로 볼 수는 없고, 거주민의 육체적·정신적 건강은 교정적 정의관에 기초해 보존해야 할 고래로부터의 권리에 속하며, 모든의 유산은 모든이란 동산에 설정된 소유권의 중핵을 침해하는 것이다. 따라서 이 경우에는 수인한도론이 적용될 수 없고, 그 각 피해가 발생하면 곧바로 가해행위는 위법한 것으로 인식되어야 할 것이다.

51) 손윤하(註 3), 127.

V. 위법한 소음의 기준

1. 소음기준에 관한 구체적 쟁점

실무상 자주 직면하는 문제로 소음 정도의 평가가 있다. 구체적 논점으로는 ① 수인한도 초과 여부를 판단함에 있어 소음정도의 평가기준으로 웨클(WECPNL; 항공기 소음영향도) 75, 웨클 80, 웨클 85 중 어느 것을 채택하여야 하는지, ② 그 채택에 있어 관련 공법상 규제기준을 고려하여야 하는지, ③ 이렇게 채택된 소음기준치는 수인한도 초과 여부의 판단에 있어 어느 정도 고려하여야 하는지 등이 있다.

2. 조정문제

소음기준의 확정은 전형적인 “조정문제(coordination problem)”이다. 조정문제 상황은 대다수의 사람이 취할 것 같은 행동에 따라 자신도 행동하려고 대다수의 사람이 생각하는 상황을 말한다.⁵²⁾ 소음이 어느 정도가 되면 견딜 수 없는 정도 인가에 관해서는 사람마다 자신의 가치관에 따라 나름의 판단을 할 것이고 그 판단이 일치할 것을 기대할 수 없다. 하지만 사회를 운영하는 데 필요한 규칙의 설정이나 정책의 결정은 이와 같이 구성된 사이에 생기는 불확정성을 감내할 수 없기 때문에, 더 이상 논란의 여지를 남기지 않는 일종의 ‘매듭(knot)’이 필요하다.⁵³⁾ 이렇게 보면 사회적 이슈에 관하여 구성원들 사이에서 서로 다른 가치관이

⁵²⁾ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 49 (1986).

⁵³⁾ 현해탄을 사이에 둔 우리나라와 일본은 각기 다른 교통시스템을 가지고 있다. 우리나라는 차량이 도로의 우측 편을 사용하는 반면, 일본은 그 반대이다. 이와 같은 규칙이 통용되기 전의 상황을 상정해보라.

		운전자 乙	
		좌측통행	우측통행
운전자 甲	좌측통행	(1, 1)	(0, 0)
	우측통행	(0, 0)	(1, 1)

[matrix 2] 조정문제 보수행렬

라. 서로 마주보는 운전자는 각자 상대방이 도로의 어느 편을 사용할까를 예측하면서 자신의 방향을 정하게 된다. 각자의 예측이 들어맞지 않으면 충돌을 피할 수 없다. 이런 상황에서 차량이 사용할 수 있는 도로의 측면이 미리 결정되어 있으면 어느 쪽이든 관계없이 운전자 모두에게 이익이 된다. 이 경우, [matrix 2]의 보수행렬(payoff matrix)에서 보는 바와 같이, 운전자 갑, 을 모두 1의 이익을 얻게 된다. 이렇듯 조정문제 해결의 핵심은, 좌측통행인가 우측통행인가 하는 규칙의 ‘내용’에 있는 것이 아니라 규칙의 ‘제정,’ 그 사실 자체에 있는 것이다. 보다 자세한 내용은拙著, **사법통치**

상쟁하는 상황은 도덕의 영역에서 벌어지는 조정문제, 즉 “도덕적 조정문제(moral coordination problem)” 상황이라 할 수 있을 것이다. 이런 도덕적 조정문제 상황에서는 일단 그 문제에 관한 매듭이 만들어지면 그 도덕성 여부를 따지기보다는 이에 따르는 것이 ‘더 도덕적’이다.⁵⁴⁾ 도덕성을 따지면서 볼거릴 상이한 가치관 사이의 비극적 상쟁보다는 일단 어떤 방향으로든 매듭이 지어지는 것이 더 낫기 때문이다. 그 매듭이 구성된 사이에 형성한 기대이익은 정당한 것으로 이를 존중하는 것이 도덕적이다.

일반인들이 ‘법’이라고 생각하는 대부분의 것은 ‘조정’으로서의 성격을 가지고 있다. 대통령 선거에 출마할 수 있는 나이를 40세로 정한 것, 음주운전의 기준인 혈중알콜농도를 0.05%로 설정한 것, 분리수거 쓰레기 수집일을 화요일로 정한 것 등이 그 예이다. 또한 공공재의 공급을 위해 제정된 각종 행정법규도 조정문제의 해결이다.⁵⁵⁾ 심지어는 민주주의와 시장경제의 중핵으로 인식되는 ‘재산권(property)’도 데이비드 흄(David Hume)에게 있어서는 사회적 협동의 곤란을 극복하기 위한 조정에 불과하였다.⁵⁶⁾

도로의 교통규칙에서 보듯이, 반복해서 계속적으로 발생하는 조정문제의 상황은 사회의 자생적 ‘관례(convention)’나 국가의 ‘권위’에 따르게 함으로써 해결할 수 있다. 과거의 소규모 공동체에서는 관례에 의한 해결이 지배적이었겠지만, 요즘 같이 바빠 돌아가는 세상에서는 관례가 무엇인지 확신할 수 없는 경우가 대부분이다. 바로 이런 경우 사람들이 따를 수 있는 규칙을 설정해 둬으로써 사람들 사이의 상호작용을 조정하는 것이야말로 ‘실정법(實定法)’이 가진 대표적 기능이라 할 수 있을 것이다.⁵⁷⁾ 가령 재산권 제도에 관해 보면, 무엇이 누구에게 귀

의 정당성과 한계 제1장 및 제5장(2009).

- 54) 대표적 문헌으로 David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969); William S. Boardman, Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law, 97 *Ethics* 546, 549-55 (1987).
- 55)拙著(註 53), 32-44, (2009).
- 56) David Hume, *A Treatise on Human Nature* bk. III, pt. II, sec ii (L.A. Selby-Bigge ed., 1979); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, “The Property/Contract Interface,” 101 *Columbia Law Review* 773, 794 (2001).
- 57) 대표적으로, Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms*, ch. 3 (1977); John Finnis, “Law as Co-ordination,” *Ratio Juris* vol. 2, no. 1 97-104 (1989). 또한 Gerald Postema, “Coordination and Convention at the Foundation of Law,” 11 *Journal of Legal Studies* 165 (1982); Leslie Green, *The Authority of the State* 89-121 (1988); 長谷部恭男, 比較不能な價値の迷路 3-6 (1999).

속하는가에 관하여 선협적으로 정당한 유일의 규칙체계는 존재하지 않을 것이다. 그렇다고 해서 재화의 소유에 대한 판단을 각 개인에게 맡길 수는 없는 노릇이다. 가치의 상쟁이 벌어질 것이 뻔하기 때문이다. 그렇다면 상정할 수 있는 선택지 중에서 어느 하나의 규칙체계를 선택하는 것이 그 사회뿐만 아니라 구성원에게도 마땅하고 유리한 것이 된다.

조정문제를 정부가 해결할 수 있는 것은 정부가 이들 문제에 관해서 일반시민보다 더 우월한 지식을 가지고 있기 때문이 아니다. 국가는, 국가로서 존재하고 대부분의 사람들에 의해 복종되고 있다는 사실 자체에 의하여 개인이나 단체보다 ‘두드러진’ 존재이고 국가가 이들 문제를 해결해 온 것은 주지의 사실이기 때문에, 이들 문제를 해결함에 있어 유효적절한 “지위(position)”에 있다.⁵⁸⁾ 유효적절한 지위에 있는 국가가 일단 조정문제 해결을 위한 지시를 내리면, 그 지시에 따름으로써 사람들은 사회전체에 있어서 최선의 해결을 얻는 것을 예상할 수 있다. 이 같은 예상은 다시 사람들로 하여금 국가의 지시에 대한 복종을 재촉할 것이고, 이는 가일층 조정문제의 해결을 용이하게 한다. 요컨대 조정문제에서는 “진리가 아니라 권위가 법을 만”드는 것이다.⁵⁹⁾

조정을 하기에 가장 유효적절한 지위에 있는 기관은 의회 및 (대통령을 수반으로 하는) 행정부이지만, **조정이 필요하지만 정치부문에서 조정이 이루어지지 않은 영역**은 법원이 조정을 하여야 한다. 조정문제에 관한 큰 결정은 거의 모두 정치과정에서 내려져 실정법령(實定法令)으로 만들어지지만 그러한 결정이 실제의 사건에서 제기되는 다양한 논점 모두를 해결하지는 못한다. 따라서 이와 같이 정치부문의 조정이 이루어지지 않은 영역, 즉 매일 매일 일어나는 구체적 사건에서 드러나는 세세한 조정문제에 관해서는 법원이 그 조정을 할 수 있다고 보아야 한다. 하지만 이 때의 조정은 정치부문에서 내려진 큰 결정의 틀 속에서 이를 존중하면서 이루어져야 한다. 그렇지 않으면 권위의 충돌이 생겨 어느 권위에 따를지 알 수 없는 상태, 즉 조정문제의 해결 이전상태로 회귀하는 것이 되기 때문이다.

58) 長谷部恭男(註 57), 8.

59) 이는 토마스 홉스(Thomas Hobbes)의 언명이다. 심헌섭, “權威에 관하여: 排除的 法實證主義에서 包容的 法實證主義로,” 서울대학교 법학 제39권 제2호, 113 (1998).

3. 쟁점의 해결

소음기준의 확정을 위에서 본 조정문제로 파악한다면, 그 논리적 연역에 의해 각 쟁점에 관한 대답을 할 수 있을 듯하다. 민사적 분쟁에서 소음기준의 확정은 법원에게 남겨진 조정문제로 볼 수 있다. 조정문제라고 한다면 정답을 찾기보다는 많은 이들이 쉽게 지득할 수 있도록 가급적 빨리 기준을 정립하는 것이 중요하다. 기준의 정립에 가장 우선시하여야 할 점은 가급적 기존의 행정법규와 행정관행 및 판례 등을 존중하여 기준의 정립에 소요될 사회적 비용을 최소화해야 한다는 것이다.

웨클은 환경처(현 환경부의 전신)가 1991. 11. 5. 고시한 “소음, 진동 공정시험방법”에 따라 이를 항공기 소음의 측정단위로 채택한 이래 정부의 관련부처에서 공식적으로 사용하는 기준이다. 또한 그 구체적인 산정방법은 항공법 시행규칙 제273조에 규정되어 있고, 소음진동규제법 제42조 제1항⁶⁰⁾ 및 그 시행령 제10조의2 제1항⁶¹⁾도 웨클을 기준으로 한 소음방지행정을 예정하고 있다. 기존의 판결 또한 웨클을 기준으로 항공 소음영향도를 측정하고 있다. 이런 점을 고려하면 웨클을 측정단위로 삼는 것에는 문제가 없을 것이다. 소음측정방식인 “간이식”과 “이론식”에 관한 논쟁도 조정문제이므로 같은 방식으로 처리하여야 할 것이다. 요컨대 판례가 형성되어 있으면 그것을 따르는 것이 공정 및 효율의 측면에서 더 낫다.

의견이 갈리는 부분은 웨클 수치이다. 소음의 피해자들은 75 웨클을, 가해자인 국가는 90 웨클을 기준으로 제시하고 있고, 법원의 판결 또한 일관성 있게 기준을 제시하지 않고 있다. 연구대상 사건의 원심 판결을 보면 대다수가 80 웨클을 제시하고 있지만, 대법원 판결과 하급심 판결 중에서는 85 웨클을 제시하고 있는 것도 있다.⁶²⁾ 한편 소음진동규제법시행령 제10조의2 제2항, 같은 법 시행규칙 제

60) “환경부장관은 항공기 소음이 대통령령이 정하는 항공기 소음의 한도를 초과하여 공항주변의 생활환경이 매우 손상된다고 인정하는 경우에는 관계기관의 장에게 방음시설의 설치 기타 항공기 소음의 방지를 위하여 필요한 조치를 요청할 수 있다.”

61) “법 제42조 제1항의 규정에 의한 항공기 소음의 한도는 공항주변 인근지역은 항공기 소음영향도(WECPNL) 90으로 하고, 기타 지역은 75로 한다.”

62) 김포공항 사건(대법원 2005.1.27. 선고 2003다49566 판결), 대구비행장 사건(서울중앙지방법원 2006가합23904 판결), 평택비행장 사건(서울중앙지방법원 2004가합33259, 2004가합66808, 2005가합68535, 2006가합86172 판결), 낙동강사격장 사건(서울중앙지방법원 2003가합2562, 2002가합29751, 2002가합53808, 2003가합94882 판결) 등에서 수인한도 기준을 85 웨클로 설정하였다.

58조의2, 항공법 시행규칙 제271조는 공항주변 인근지역과 기타 지역을 세분하고 있는데, 이 중 가장 낮은 소음도로 보호되는 구역은 “공항소음피해예상지역 제3조 다지구 75 이상 80미만”이고 이로부터 차츰 그 소음도가 심한 구역으로 세분된다. 보상기준을 80 웨클로 설정한 “군용비행장소음피해방지및보상에관한법률안”도 참고할 수 있을 것이다. 반복하거니와 이 문제는 조정문제이므로 어떤 기준이든 이를 확실히 정하는 것이 가장 중요한 요점이다. 사건으로는 피해자와 국가가 주장하는 수치의 절충점인 80 웨클이 적절하다고 본다. 이는 항공법시행규칙 제217조 상의 공항소음피해예상지역 중 나지구로 분류되는 기준선으로, “항공법 및 그 하위규범에서 정한 항공기 소음기준이 곧 수인한도의 기준이 된다고 볼 수는 없지만, 위 기준은 국가가 소음대책의 필요성 여부에 따라 설정한 기준으로서 수인한도의 기준을 정함에 있어 중요한 하나의 기준”이 되어야 할 것이다.⁶³⁾

마지막으로 이렇게 채택된 소음기준치는 수인한도 초과 여부의 판단에 있어 ‘중요한’ ‘요소’로 작용할 뿐이다. 다시 말해 소음영향도 수치가 ‘결정적’ 요소가 될 것임은 분명하지만,⁶⁴⁾ 그렇다고 기준수치 초과가 자동적으로 수인한도 초과를 의미하는 것은 아니며, 수인한도는 여타의 제반사정을 살펴본 후 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

이와 관련하여 “소음저감을 위한 노력”을 여하히 취급하여야 하는가가 문제이다. 소음저감을 위한 최선의 노력은 가동의 중단이다. 이점을 생각하면 결국 부수적 효과로 소음이 발생할 것임을 알면서도 이를 무릅쓴 행위 자체의 반사회성(=위법성)은 소음저감의 노력에 의해 완화되지는 않을 것이다. 다만 소음저감노력은 행위자에 대한 비난가능성(=책임)을 완화할 것으로 보고 책임의 범위를 정하는 데 참작할 수 있을 것이다.

63) 이는 연구대상사건 중 하나인 2005나2491 사건의 재판부 판시이기도 하다.

64) 일조방해를 원인으로 한 위자료 청구의 경우, 위자료 산정시 수인한도의 요소를 두루 참작하되 일조방해의 정도를 가장 주된 요소로 고려하고 있다. 임해지, “일조권 침해로 인한 손해배상소송,” **판례와 실무**, 215, 227 (인천지방법원, 2004); 송혜정(註 6), 17.

VI. 정신적 고통에 대한 위자료 청구

1. 기존 논의 및 논점의 소개

소유를 원인으로 한 손해배상청구소송에서 손해로 주장되는 것은, 토지나 건물의 가격하락, 영업수익의 저하, 방음장치비, 이주비 등의 지출 증대로 인한 ‘재산적 손해’와 거주환경의 악화로 인한 ‘정신적 손해’이다. 재산상 손해(가령 부동산 시가의 하락)를 원인으로 한 정신적 고통은 통상 재산적 손해의 전보가 있으면 치유되는 것이므로 재산적 손해의 전보가 있음에도 정신적 고통이 발생한다면 이는 민법 제393조가 규정한 특별 손해의 문제가 된다.⁶⁵⁾ 이 경우는 가령 피해자가 당해 물건에 대하여 특별한 정신적 연대감을 갖는다는 등의 특별한 사정을 가해자가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 배상책임이 인정되는데,⁶⁶⁾ 실무상 이를 인정한 예는 드물다.⁶⁷⁾ 따라서 실무상 인정되는 정신적 손해는 쾌적한 거주환경의 악화로 야기된 것이다.

실무상 의견이 분분한 논점은 소음으로 인한 재산상 손해에 대해서뿐만 아니라 정신적 손해에 관해서도 수인한도론이 적용되어야 하는가이다. 연구대상사건 중 제1사건(대전고등법원 2006. 11. 10. 선고 2005나2279 판결 (대법원 2006다84126 사건))의 재판부는 모두가 유산할 정도로 심각한 소음이 발생했음에도 정신적 고통에 대한 위자료 청구에 대해서는 그 소음도가 수인한도를 초과하지 않는다는 이유로 이를 인정하지 않고 있다. 그리고 (모든의 유산피해를 인정하고 위자료 청구를 기각한) 제1사건을 제외한 나머지 연구대상사건의 재판부는 모두 소음으로 인한 피해를 정신적 손해로 포섭해 위자료 지급을 명하고 있다. 실무를 보면 재산상 손해를 입증하기 어려운 경우 정신적 손해로 일괄해서 청구하는 경우가 많다. 가령 소음침해로 인해 토지 시가가 하락하는 ‘정도’는 경험칙이 형성되지 않은 문제이고, 시가하락분에 대한 감정평가는 큰 비용이 들기 때문에 그 피해가 크지 않는 한 실무상 시도될 수 없다. 따라서 “일괄청구(一括請求)”의 방식으로 재산적 손해와 정신적 손해를 한꺼번에 청구하는 경우가 실무상 빈번한데, 이 경우 재산상 손해가 정신적 손해로 청구되었다 하더라도 그 실체가 변하는 것은 아닐 것이다. 따라서 재산상 손해가 위자료로 청구되었다 하더라도 재산

65) 대법원 1991.6.11. 선고 90다20206 판결.

66) 실무상 이를 인정한 예는 찾기 어렵다고 한다. 손윤하(註 3), 137.

67) 송혜정(註 6).

상 손해에 관한 법리는 이 청구에 대해서도 그대로 적용되어야 할 것이다.⁶⁸⁾ 그런데 논의가 필요한 쟁점은 이와 같은 일괄청구가 아니라 소음침해로 인한 재산상 손해와 별개로 정신적 고통에 대해 위자료를 청구한 경우에도 과연 수인한도론이 적용되어야 하는가이다.

이 논점에 대답하기 위해서는 먼저 소음으로 인한 정신적 손해의 개념과 종류를 살펴보아야 한다. 논의의 초점은 “쾌적한 주거환경의 악화로 인한 정신적 손해”의 개념 규명과 “재산상 손해로 야기된 정신적 손해”와의 차별성 확인에 맞추어져야 한다.

2. 소음피해의 종류

불법행위로 인해 발생한 피해는, [matrix 3]에서 볼 수 있듯이, 두 가지 기준에 의해 분류할 수 있다. 가해행위가 침해한 법익은 ‘재산적 법익’(가령 부동산물권)과 ‘비재산적 법익’(가령 인격권)으로 나눌 수 있고, 그 각 법익의 침해로 인한 손해는 다시 ‘재산적 손해’와 ‘정신적 손해’로 나누어 볼 수 있다.

		구체적 손해	
		재산적 손해	정신적 손해
피침해법익	재산적 법익	p1	p2
	비재산적 법익	n1	n2

[matrix 3] 소음 피해의 종류

재산적 법익의 침해로 인한 재산적 손해(“p1”)는 재산 자체의 멸실·손괴 및 사용방해 등으로 야기된 재산적 가치의 하락이고, 재산적 법익의 침해로 인한 정신적 손해(“p2”)는 재산적 손해로 야기된 정신적 고통이다. 다른 한편, 비재산적 법익, 가령 신체의 자유, 육체적·정신적 건강 및 완전성, 생명에 대한 침해로 인한 재산적 손해(“n1”)는 “적극적 손해”(가령 병원비와 같은 피해복구비용)와 “소극적 손해”(가령 노동능력 상실에 따른 미래소득의 상실과 같은 일실이익)이고,

68) 가령 일괄청구의 방식으로 청구된 위자료 청구에 대해서는 정기금 방식의 손해배상액 지급은 불가하다. 그 손해의 실질이 부동산 가치의 하락이기 때문이다.

비재산적 법익에 대한 침해로 인한 정신적 손해(“n2”)는 부상 및 그 후유증으로 인한 “정신적 고통”이라 할 수 있을 것이다.

이상의 개념 구별에 더 잡아 소송사건을 살펴보면, 소음으로 인해 부동산을 예전과 같은 용도로 사용할 수 없게 된 피해(가령 더 이상 학원영업이 불가능해진 경우)는 재산적 법익의 침해인데 이로 인한 부동산 시가의 손실분은 p1에 속하는 것이고, 그로 인한 정신적 고통은 p2에 해당한다 할 것이다. 재산상 손해를 원인으로 한 정신적 고통은 통상 재산적 손해의 전보가 있으면 치유된다고 하는 판례는 p1이 전보되면 p2도 전보되고 p1에 더하여 p2를 배상받기 위해서는 특별한 사정에 대한 가해자의 고의·과실이 있어야 한다는 것이다. (이 판례의 타당성에 관하여는 후술한다.) 소음으로 인하여 생긴 정신적·육체적 건강 및 완전성의 훼손(가령 “신경성 난청”이나 “수면방해”)은 비재산적 법익에 대한 침해인데, 이로 인한 적극적 손해(가령 “귀마개구입비”나 “병원(정신과 포함) 치료비”)와 소극적 손해(가령 “노동능력상실”)는 n1에 해당하고, n2는 이로 인해 발생한 정신적 고통이라 할 것이다. 재산적 법익 부분에서 p1이 보전되면 p2가 치유된다는 판례를 보았는데, 같은 판지가 비재산적 법익 부분에도 적용될 수는 없다. 가령 n1에 속하는 정신과 치료비가 보전된다고 하여 n2에 속하는 정신적 고통이 치유되는 것은 아니다. 정신과 치료를 받는다고 해서 “트라우마(trauma)”가 없었던 상태로 돌아가는 것은 아니기 때문이다. 이는 우리 판례가 취하는 손해 삼분설(三分說)의 입장이기도 하다.

3. “주거환경악화로 인한 정신적 손해”

견해가 갈리는 것은 n2의 개념 정의에 관해서이다. 대법원 판례는 가령 “주거의 일조는 쾌적하고 건강한 생활에 필요한 생활이익으로서 법적 보호의 대상이 되는 것”이라고 하는데,⁶⁹⁾ 일조방해나 소음으로 인한 정신적 고통, 다시 말해 “주거환경악화로 인한 정신적 고통”이 n2에 속하는가 아니면 p2에 속하는가가 문제인 것이다.

이 문제에 대한 결론은 결국 일조방해나 소음으로 야기된 “주거환경악화로 인한 정신적 고통”이 재산권 침해로 포섭되는가 아니면 인격권 침해로 포섭되는가에 달려 있을 것이다. 그리고 “소음으로부터 자유로운 안온(安穩)한 삶”이 재산권

69) 대법원 2001.6.26. 선고 2000다44928, 44935 판결.

으로 포섭된다고 한다면 그 재산권의 주체를 소유자로 한정할 것인가 아니면 거주자도 포함할 것인가에 따라 보호범위도 달라질 것이다.

대법원 판례를 보면 그 태도를 일의적(一義的)으로 단정할 수 없다. 즉 판례는 “주거환경악화로 인한 정신적 손해”를 “재산적 법익 침해로 인한 정신적 손해”와 구별하고 전자(前者)를 환경권으로 포섭할 수 없음을 밝힌 것 이외에는 전자의 법적 성질에 대하여 직접적으로 밝히지 않고 있어⁷⁰⁾ 대법원의 태도에 관해서 학설이 갈리는 형국이다.⁷¹⁾ 가령 일조에 관해서 대법원은, “법적 보호의 대상이 되는 주거의 일조는 현재 살고 있는 지역주민을 보호하기 위한 것”이라고 판시하였는데, 이런 판지는 다시 여러 가지로 해석될 여지를 안고 있다. 또한 근자에 선고된 대법원 전원합의체 판결을 보면,⁷²⁾ 그 다수의견은 “토지의 **소유자** 등이 종전부터 향유하던 일조이익이 객관적인 생활이익으로서 가치가 있다고 인정되면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는데, … … 일조방해가 발생한 경우 … … 사회통념상 일반적으로 해당 토지의 **소유자**의 수인한도를 넘게 되면 그 건축행위는 … … 사법상 위법한 가해행위로 평가된다.”라고 판시하고 있지만, 그 소수의견은 “위법한 일조방해는 단순한 재산권의 침해에 그치는 것이 아니라 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 개인의 **인격권**을 침해하는 성격도 지니고 있다. … … 일조방해로 인한 정신적 손해는 피해 부동산의 시세 하락 등 재산상 손해로 인하여 겪게 되는 정신적 고통을 의미하는 것이 아니라 일조방해로 인하여 직사광선이 차단되는 등 생활환경이 악화됨으로써 **거주자**가 입게 되는 정신적 고통을 의미하는 것인데, 피해 건물의 거주자가 일조방해를 받는 상태에서 단기간을 거주한 경우와 장기간을 거주한 경우에 그 정신적 손해의 정도가 같을 수 없”다고 판시하고 있다. (한편 일조권의 법적 성질에 관한 논의는 위 전원합의체 판결의 방론에 그치는 것이어서 대법원이 이 문제를 결정하였다고 할 수 없다.)

학설도 백가쟁명의 양상인데, 적어도 일조에 관해서는 한편으로는 개인의 건강하고 쾌적한 생활을 위해 필요하고 다른 한편으로는 토지 및 건물의 사용과도 밀접한 관계에 있다는 전제 하에 인격권적 성격과 물권적 성격을 함께 지니고

70) 송해정(註 6) 7.

71) 예컨대 이동원, “일조권 침해에 관한 판례의 동향”, **민사법학** 제27호, 260(2005. 3.)(판례의 표현상 물권설이나 생활이익향수권설에 의하여 일조권을 파악하는 것으로 파악); 이승녕, “일조권의 침해가 불법행위를 구성하기 위한 요건”, **법조** 제528권, 193(2000. 9.)(전통적인 물권적 청구권설의 입장을 취하고 있는 것으로 파악).

72) 대법원 2008.4.17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결.

있는 것으로 이해하는 견해가 다수인 것 같다.⁷³⁾

4. “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”

생각건대 이 문제에 대한 대답은 “주거환경악화로 인한 정신적 손해”로 분류되는 손해의 종류에 달려 있다고 본다. 먼저 “주거환경악화로 인한 정신적 손해”가 육체적·정신적 건강에 대한 손상에 이르지 않고 생활상 느끼는 불편으로 야기된 고통을 의미한다면 과연 이 손해를 재산적 법익 침해로 인한 손해(=p1+p2)와 의미 있게 구별할 수 있을지 의문이다. 다시 말해 소음으로 인하여 일상대화가 어려워지는 등 생활환경이 악화됨으로써 피해건물의 거주자가 입게 되는 정신적 손해를 그 건물의 시가 하락으로 인한 정신적 손해와 구별할 수 있고 구별하여야 하는가의 문제이다. 가령 비행기소음은 “TV난시청”이나 “전화수신장애”를 유발할 뿐만 아니라 심하면 “일상대화의 불능”을 가져온다. 이와 같이 일상생활에서 오는 불편으로 인한 정신적 고통은 이루 말할 수 없을 것인데, 이것이 육체적·정신적 건강의 손상에 이르지 않는고 “불안감 증대,” “집중력 저하,” “잡은 신경질” 등 정신적 스트레스에 머무는 경우라고 한다면 이는 재산적 법익 침해로 인한 손해(=p1+p2)로 포섭하는 것이 아래에서 보는 이유에서 더 타당하다고 보는 것이다.

소음은 여러 경로와 방식으로 여러 대상에게 나쁜 영향을 미친다. 그런데 소음 침해의 객체가 무엇이든 그 피해를 ‘느끼는’ 주체는 사람이다. 환언하면 소음침해의 객체가 무엇이든 그 객체와 ‘관련된’ 사람은 정신적 고통을 받는다. 문제는 이런 정신적 고통을 어떤 ‘개념’과 ‘범주’로 포섭해 처리하여야 기존 법체계와 정합(整合)할 수 있는가이다.

앞서 판례가 재산상 손해를 이유로 한 정신적 고통(=p2)은 재산적 손해(=p1)가 전보되면 치유된다고 하는 입장을 취하고 있음을 보았는데, 실제에 있어 사람들이 판례의 실시대로 재산적 손해의 전보로 정신적 고통이 치유됨을 느낀다고 단정할 수는 없을 것이다. 보통사람이라면 재산적 손해의 전보만으로 재산적 손해가 있기 이전의 원래 상태로 복귀한다고는 아무도 생각하지 않을 것이기 때문이다. 하지만 우리의 판례는 재산적 손해를 야기한 사태가 몰고 온 제반 결과를 재산상 손해라는 범주로 처리하고 있다. (이에 관한 비판은 후술한다.)

73) 송혜정(註 6) 7; 이웅세, “일조건 침해와 환경소송”, **환경법의 제문제** 下(재판자료 95), 274; 손윤하(註 3), 129-30; 이동원(註 71) 261; 양삼승(註 36); 전경운(註 10), 145-151 등.

이와 같은 판례의 태도를 일관되게 밀고 나간다면, 주거환경악화로 인한 정신적 손해 중 육체적·정신적 건강 훼손 이외에 “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”을 재산적 법익의 침해($p1+p2$)와 구별하는 것이 쉽지 않을 것 같다. 재산적 법익의 침해(= $p1$; 가령 학원영업 불가능으로 인한 지가하락 또는 수익감소)도 기실 그 피해는 그 부동산 위에 거주하는 사람의 사용방해나 생활방해를 통해서 감지(感知)되는 것인데(피해 토지나 건물의 물리적 성상에는 변화가 없다) 판례는 이를 재산상 손해로 다루고 있고, 또한 재산적 손해로 인한 정신적 고통(= $p2$; 학원영업 불가능으로 인한 정신적 고통)은 재산상 손해(= $p1$)의 전보를 통해 치유된다고 하고 있기 때문이다. “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”(가령 TV난시청이나 일상대화불능으로 인한 고통)도 그 피해감지의 형식면에서 재산적 법익의 침해(= $p1$)와 다르지 않은데 그렇다면 이 정신적 고통도 재산상 손해의 전보를 통해 치유된다고 보는 것이 논리적 일관성이 있는 해석이라고 보는 것이다.

어떤 사건이나 사고가 몰고 온 사태를 법적으로 정리함에 있어 중요한 것은 결국은 그 사건·사고의 결과를 어떤 법적 개념이나 범주로 포섭할 것인가의 문제인데, “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”은 재산권으로 포섭하는 것이 소음침해를 둘러싼 법적 분쟁의 일회적이고 효율적인 해결이라고 보는 것이다. 구체적 효력이 인정되지 않는 ‘환경권’이나 손해액 산정에 어려움이 있는 ‘인격권’보다는 재산권으로 포섭해 파악하는 것이 수미일관한 해석으로 수용될 수 있다는 것이다.

한편, 소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통에 대해서는 수인한도론이 적용되어야 한다. 이 정신적 고통은 재산적 법익과 같은 성질의 것이므로 재산적 법익에 대한 침해에서와 마찬가지로 수인한도론을 적용하는 것이 논리적 일관성 있는 해석이기 때문이다.⁷⁴⁾

74) Cf. 손운하(註 3), 147-48. 이 견해는 독자적인 견해임을 전제로 “소음으로 인한 물권의 침해에 따른 재산상의 손해는 위법성에 관하여 수인한도와 관계없이 ... 일반적인 이론에 따라 요건사실을 입증하면 그 손해배상청구권이 성립한다고 생각되지만, 인격권의 침해로 인한 정신적 고통에 따른 손해인 위자료 청구에 관하여는 일상적인 생활에 필수적으로 발생되는 소음이 통상의 수인하여야 할 정도이면 위법한 고의나 과실 행위 또는 영조물의 설치나 관리의 하자가 존재하지 아니하고 그 수인한도를 넘는 정도에 이르러야 위법성과 하자의 존재가 인정되어서 위자료청구권이 성립한다고 할 것이다.”라고 주장하고 있다.

5. “소음으로 인한 육체적·정신적 건강 훼손이 야기한 정신적 고통”

“주거환경악화로 인한 정신적 손해”로 볼 수 있는 모든 정신적 고통이 재산권으로 포섭될 수 있는 것은 아니다. 육체적·정신적 건강의 훼손(가령 신경성 난청 또는 불면증)으로 인한 정신적 고통이 그 예(=n2)이고, 이 경우는 ‘인격권’의 침해로 법적 구제를 받을 수 있을 것이다. 하지만 이처럼 인격권의 침해로 포섭될 수 있는 정도의 정신적 고통은 소음이 지나치지 않는 한 흔치 않을 것으로 생각한다.

우리는 정신적 고통을 여러 측면에서 받고 살지만 그 모두에 대하여 인격권의 침해가 인정되어 위자료가 지급되지는 않는다. 인간은 일반적 행동의 자유가 있는데 이 자유는 법률 규정이 없는 한 타인에게 해악을 끼쳐서는 안 된다는 “해악의 원리(harm principle)”에 의해 제약될 뿐이다.⁷⁵⁾ 공공장소에서 유별난 행동을 하는 사람에 대하여 우리는 혐오감을 느끼지만 이에 대하여 정신적 고통을 원인으로 한 손해배상청구에 나설 수는 없다. 앞에서 상린관계에 관한 법규정과 법리가 재산권 대 재산권의 상충에서 비롯되었음을 보았다. 내 토지의 사용권을 인정받고자 한다면 이웃토지의 사용권도 인정하여야 하고, 이런 상호인정이 토지 사용의 상충을 낳는다. 인격권도 마찬가지이다. 나의 행동의 자유를 보장하는 인격권을 인정받고자 한다면 타인의 인격권도 인정하여야 하고, 이런 상호인정은 자유의 상충을 낳는다. 이런 상황에서 ‘모든’ 감정의 손상이나 신체의 완전성의 훼손에 대하여 인격권 침해를 인정할 수는 없다. 따라서 경미한 인격권의 침해는 “법적으로 보호되는 피해”라고 할 수 없다. 그렇다고 한다면 손해배상이 인정되는 인격권의 ‘침해’가 되려면 일정한 조건을 충족하여야 하는데, 그 조건은 일반적 행동 자유의 상호인정이 논리적으로 함의하고 있는 주고받는 정신적 피해의 정도를 넘어 육체적·정신적 건강이 훼손되는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

한편 “소음으로 인한 육체적·정신적 건강 훼손이 야기한 정신적 고통”을 이와 같이 ‘상호성’이 있는 것으로 새긴다고 한다면 이 정신적 고통에 대해서도 **수인한도론은 적용된다**고 할 수 있다.⁷⁶⁾ 하지만 소음이 지나쳐 육체적·정신적 건강이 심하게 훼손된 경우라면, 이는 “고래로부터의 권리”인 인격권의 “중핵”에 대한 침해로 볼 수 있으므로 수인한도론의 적용 없이 곧바로 위법성을 인정할

75) John Stewart Mill, *On Liberty* (1859). 또한 John Locke, *The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Origin, Extent, and End of Civil Government* (1689).

76) Cf. 손윤하(註 3), 147-48.

수 있을 것이다.

6. “재산적 손해로 인한 정신적 고통” 재고(再考)

기존 판례의 태도를 전제한다면, “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”을 재산적 범익으로 포섭하는 방식이 법적 분쟁의 일회적이고 효율적인 해결임은 앞서 지적한 바이다. 이와 같은 법적 분쟁의 일회적이고 효율적인 해결을 강조하다보면 이는 가해자의 경제활동의 자유 등 재산적 범익을 보장하는 측면이 있고 그 반사효로서 재산적 범익을 갖지 못한 사람들에게 불리한 결과를 초래하는 것 또한 사실이다. 위 대법원 전원합의체 판결의 소수의견이 그 판시와 같은 태도를 취하게 된 것도 이와 같은 사회정책적 이유와 무관하지 않다고 본다.⁷⁷⁾

하지만 그렇다고 하더라도 바뀌어야 할 것은, 보다 근본적으로, 재산상 손해(=p1)가 보전되면 그로 인한 정신적 손해(=p2)의 보전도 자동적으로 담보된다는 판례의 태도가 아닐까 생각한다. 다시 말해 “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”을 n2로 볼 것이 아니라 p2로 보되 p2를 지금보다 넓게 인정하는 편이 더 나은 태도의 변화로 보는 것이다. 여기에는 두 가지의 경제학적 논거가 있다.

첫째, 판례의 태도는 “과소배상(under-compensation)”을 가져온다. 지가 하락에 대한 보상은 경제학적 관점에서 보면 피해자의 토지에 대한 미래사용가치에 대한 보상일 뿐이므로, 이제까지 그 토지에서 생활했음으로 인해 받은 정신적 고통에 대한 전보는 되지 않는다. 정신적 고통에 대한 전보가 부족한 만큼 과소배상이 되고 그 만큼 소음침해는 더 일어난다.⁷⁸⁾

77) 하지만 이 같은 소음피해를 정신적 손해로 포섭하는 방식이 재산적 손해로 포섭하는 방식보다 피해자에게 유리한 결과를 보장할 것이라고 보기 어려운 측면이 ‘실무상’ 있다. 송혜정(註 6), 16. 정신적 고통의 정도에는 소음의 정도가 가장 큰 영향을 미칠 것이나 같은 수준의 소음을 받는 사람들 사이에는 거주기간 또한 상당한 영향을 미칠 것이다. 하지만 그렇다고 해서 소음을 원인으로 한 위자료 청구소송이 반복적으로 제기되거나 최초 소음발생 이후 오랜 시간이 지난 후에서야 비로소 소송이 제기되는 경우, 이를 허용하여야 할지에 관하여 논란이 있고 실제 이런 소송이 제기된 경우 여하히 피해자와 가해자의 이해를 조정할 것인가의 문제가 제기되는 점이 지적되고 있다. 또한 손윤하(註 3), 137-38; 이응세(註 73), 303-04 참조.

78) 정신적 손해에 대한 배상을 정기금 형식으로 하여 거주기간을 반영할 수 있도록 하여야 한다는 견해로는 송혜정(註 6), 18-19.

둘째, 판례의 태도는 지나친 “반도덕화비용(demoralization cost)”을 유발할 수 있다. 마이클먼(Frank Michelman)은 반도덕화비용을 다음의 두 가지 비용의 합으로 정의하고 있다.

“첫째, 아무런 보상이 이루어지지 않는다는 사실로부터 피해당사자 및 그에 대한 동조자들(symphathizers)이 느끼는 [주관적] 비효율을 상쇄시켜 줄 만한 금액과, 둘째, 피해자, 동조자, 그리고 비슷한 상황에 처할 수 있는 사람들이 이러한 반도덕화를 목격한 후 (인센티브가 왜곡되거나 사회동요가 발생하여) 미래에 생산 활동이 감소함으로써 발생하는 손실의 현재 가치로써 구성된다.”⁷⁹⁾

재산이 침해당할 때 느끼는 피해자의 비효율은 재산상 손해에 대한 것과 정신적 손해에 대한 것으로 나누어 볼 수 있는데, 만약 현재의 판례에 따라 정신적 손해를 특별손해로 취급한다면 이는 가해자의 유인을 왜곡해 결국 과도한 재산 침해로 이어질 것이다.

위와 같은 경제학적 논거에 덧붙여, 판례의 태도는 **고의와 과실을 구별**하는 우리의 규범적 신념에 반한다는 점을 지적해야겠다. 소유하는 동산이 손괴된 경우 그 손해가 가해자의 고의 또는 과실에 의한 것인지 여부는 피해자의 정신적 고통에 적지 않은 차이를 가져온다. 판례는 이와 같은 경험칙에 반하여 고의·과실 여부에 관계없이 재산상 손해의 보전에 의하여 정신적 고통은 치유된다고 보고 있다.

마이클먼이 반도덕화비용을 논한 것은 정부의 수용(收用)에 정당보상이 수반되어야 함을 지적하기 위해서였다. 따라서 반도덕화비용은, 마이클먼에게 있어서는, 정치적 위험, 다시 말해 “다수자에 의한 착취”의 위험으로부터 발생하는 것이었다. (반면 자연재해는 “무작위의 불확실성”에서 비롯하는 것으로서 만인에게 공평하게 분산되어 있고 인간의 조작으로부터 자유롭다.) 이렇게 본다면 반도덕화비용은 “애초의 재산권을 보호하여야 한다는 규범 내지 신념이 파괴됨으로써 발생하는 비용”인데, 그렇다고 한다면 고의적 침해가 불러오는 반도덕화비용은 과실에 의한 것보다 클 것이다.

7. 기타 관련 논점

동거 가족이 위자료료를 청구한 경우, 그것이 소음으로 인한 생활상 불편이 야기

⁷⁹⁾ Frank Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law,” 80 *Harvard Law Review* 1165, 1214 (1967).

한 정신적 고통에 대한 것이라면 이를 인정할 수 없을 것이다. 그 피해는 소유자 또는 임차권자의 재산상 이익의 침해로 포섭되어 처리되어야 하기 때문이다. 다른 한편 동거 가족이 소음으로 인해 육체적·정신적 고통에 대한 위자료를 청구하는 경우라면 그 피해를 입은 사람마다 손해배상이 이루어져야 한다. 이 경우는 인격권에 대한 일반불법행위와 다르게 처리해야 할 이유가 없다.

변론종결일 이후의 손해는 장래의 손해를 미리 청구하는 것이 되어 “미리 청구할 필요”가 인정되어야 청구할 수 있다. 그런데 항공기 소음으로 인한 육체적·정신적 손해에 대한 배상사건에서 변론종결일 이후의 장래 손해배상청구 부분은 그 성부 및 내용을 일의적으로 명확하게 인정하는 것이 어려울 것이다. 같은 이유로 후쿠오카고등법원은 장래의 정신적 손해에 대한 청구는 각하하고 있다.⁸⁰⁾ 소음영향도는, 향후 그 피해정도에 변경이 생기기 어려운 일조방해와 달리, 항공기 이용 정도에 따라 등락할 것을 고려하면 납득되는 판결이라 하겠다.

한편 소음으로 인한 정신적 고통은 거주기간에 따라 변한다고 보는 것이 경험칙에 부합할 것인데 지금까지의 ‘일조방해’에 관한 판례에서는 거주기간이 위자료 액수에 실질적인 영향을 미치지 않았다고 한다.⁸¹⁾ 일본에서도 대체로 기간에 무관하게 정액 위자료의 지급을 명하고 있다고 한다.⁸²⁾ 논리적으로만 본다면 이는 소음으로 인한 정신적 손해를 재산적 손해와 구별하고 정신적 손해에 대해서는 따로 배상할 것을 명하는 판례의 태도와 양립한다고 볼 수 없다. 이와 달리 소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통을 재산적 법익의 침해로 보는 이 글의 견해에 따르면, 그 정신적 고통은 토지의 미래 사용가치의 손실분으로 계산할 수 있게 되고, 이점에서 법적 분쟁의 일회적 해결이 가능해진다고 할 수 있다.

8. 소결

“주거환경악화로 인한 정신적 손해” 중 “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통”은 이를 토지의 사용방해로 인한 재산적 법익의 침해로 보는 것이 타당하고 분쟁의 일회적 해결에도 도움이 된다. 이 경우에는 수인한도론의 적용이 있다. 단순한 생활상 불편을 넘어 피해자의 육체적·정신적 건강이 침해되어

80) 福岡高判 平成 4년 3월 6일 판결(判例時報 1418호 3면).

81) 송혜정(註 6), 17 및 그 거시 판결 참조.

82) 이응세(註 73), 296.

야기된 정신적 고통의 경우에는 이를 인격권의 침해로 새겨야 한다. 하지만 인격권의 침해로 인정받기 위해서는 수인한도를 넘는 육체적·정신적 건강의 훼손이 있어야 한다. 다른 한편 육체적·정신적 건강이 심하게 훼손된 경우는 수인한도를 따질 것 없이 바로 가해행위의 위법성을 인정하여야 한다.

VII. 기타 법적 쟁점

1. “위험에의 접근(coming to nuisance)” 이론

피해자가 소음이 야기된 후에 인접부동산의 소유권을 취득하거나 거주하게 된 경우에 관해서는, 통상 매수인과 임차인은 소음의 정도를 숙지하여 매매가격이나 임료에 반영시켰다고 보는 것이 합리적이다.⁸³⁾ 미국에서의 논의를 살펴보면, 토지이용의 선후관계는 “위험에의 접근(coming to nuisance)”으로 다루어지고 이는 다시 “위험감수(assumption of risk)”나 “기여과실(contributory negligence)”의 개념에 의해 처리된다. “자발적인 경우 침해 없다.”는 법언(法諺)도 있거니와 원고의 의식적으로 위험에 직면하는 것을 선택하였고 이 위험감수가 원고의 비합리성에 기인한 것이라면 이는 본질적으로 기여과실이고 따라서 피고의 책임을 감면할 사유가 된다는 것이다.⁸⁴⁾

하지만 위험감수라 하더라도 일정한 경우 위험에의 직면을 선택했다는 사실만으로 배상책임이 차단되지 않는데, 이러한 예외가 “상린관계에서의 위험에의 접근”이다. 예외를 인정하는 까닭은 상린관계에서는 위험을 창출하던 사람이 원래 그런 위험을 창출할 수 있는 ‘권리’를 갖고 있지 않을 수 있기 때문이다. 다시 말해 상린관계에서의 위험창출은 원래 누려할 권리를 초과해 남용하든지 아예 그 행위의 권원이 없는 것일 수 있다는 것이다.⁸⁵⁾ 또한 위험에의 접근이론은 실

83) 송해정(註 6), 9; 서울고등법원 2000.7.7. 선고 99나52567, 52574 판결.

84) 자세한 것은, 박태현, “도로소음으로 인한 손해배상청구에서 토지이용의 선·후 관계에 따른 관련당사자들의 민사책임의 양상고찰: ‘위험에의 접근이론’에 대한 미국 학설 및 판례 태도 개관,” **환경법과 정책** 제1권(창간호), 177-203 (2008. 12.); 강종선, “항공기소음 관련 민사소송의 제 논점,” **사법논집** 제44집, 303 (2007).

85) 원고의 위험감수=기여과실이 상린관계에서 피고의 유효한 항변으로 받아들여지지 않는 논거에 관해서는 본문에서 논한 사유 이외의 여러 가지가 있다. 이에 관해서는 박태현(註 84) 참조.

제로 환경침해로 주거환경의 질이 저하된 지역 안에서 거주할지 여부에 관하여 선택권을 가질 수 없는 현대 사회에서는 더 이상 타당하지 않은 이론이기도 하다.⁸⁶⁾ 또한 피고가 단순히 그 지역 안에 먼저 거주하기 시작했다는 사실만으로 원고로 하여금 영구적 생활방해를 수인하도록 하는 결과를 초래하는 것은 피고로 하여금 사실상 주변 토지의 사적 수용을 허용해주는 것이기도 하다.⁸⁷⁾

미국의 논의는 우리에게도 시사하는 바가 적지 않다. 일조권은 “종래 향유하던 일조량”으로,⁸⁸⁾ 일조권에 대한 보호는 “종래의 기득권에 대한 보상적인 의미”를 가진다고 보는데,⁸⁹⁾ 발상을 전환해 생각해보면 일조권은 ‘마땅히’ 향유하여야 할 일조량으로 볼 수도 있을 것이다. 일조권을 이와 같이 본다면 종래 누려오던 일조량은 인접지 소유자의 권리행사 유보가 가져온 **반사적 이익**일 수 있고 그렇다고 한다면 일조권 주장은 새로운 국면을 맞이하게 되어 이제 논의의 초점은 ‘마땅히’ 향유하여야 할 일조량을 정하는 기준의 설정에 맞추어져야 할 것이다. 이렇게 된다면 일조에 영향을 미칠 수 있는 공법상 각종 건축규제가 민사소송에서도 결정적인 기준이 될 것이다.⁹⁰⁾

이런 사고방식을 소음에 적용해보는다면 소음을 일으키는 행위는 대기체(大氣體)를 소음의 흡수원(吸收源; sink)으로 선취(先取)하는 것으로 새길 수 있을 것이다. 소음이 생기면 그 소음이 미치는 범위를 일정한 한계 내로 제한할 수 없다. [그림 6]에서 볼 수 있듯이 소음은 인접지 사이의 공간에 머무는 것이 아니라 그 이외의 공간, 원고 소유 대지 위의 공간 나아가 전체 대기체로 퍼져나간다. 그리고 피고의 소음침해는 이런 방식을 통해 결국 이웃토지의 가치의 일부분을 대가 없이 무단으로 취거하는 결과를 초래하는 것이다. 소음침해를 이렇게 본다면 소음 발생 이후에 이주한 사람의 손해배상청구도 인정할 수 있을 것이다.

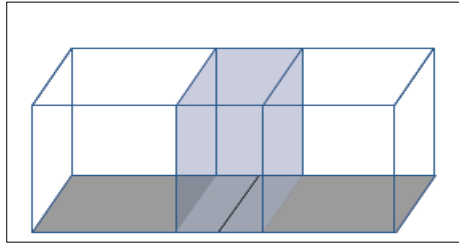
86) Patrick v. Sharon Steel Corp., 549 F. Supp. 1259, 1267 (1982)(Lawrence v. Eastern Airlines, Inc., 81 So. 2d 632, 634 (Fla. 1955)를 인용).

87) *Id.*

88) 양삼승(註 36), 16; 손윤하(註 3), 130.

89) 송혜정(註 6), 6.

90) 우리 법원도 수인한도 초과여부에 대한 판단을 함에 있어 공법상 기준을 중요한 요소로 살피고 있다. 대법원 2005.1.27. 선고 2003다49566 판결; 서울고등법원 2008.5.15. 선고 2007나75466 판결(환경기준은 행정이 추구해야 할 목표지향점을 나타내는 자료로서 그 기준의 위반 여부가 바로 사법상의 위법 여부를 결정하는 것은 아니지만 사법상 중요한 하나의 기준이 된다.).



[그림 6] 소음이 영향을 미치는 대기체의 범위

한편 대기체는 특정인에게 재산권이 부여되지 않은 공유자원이고 따라서 모든 사람들이 함께 사용하여야 하며 이를 위해 일정한 사용규칙이 마련되어야 한다. 만약 원고가 단지 소음 발생 이후에 이주해 왔다는 “토지이용의 선후관계”를 이유로 피고의 소음침해로 인한 손해를 배상받을 수 없다고 한다면 이는 사실상 피고로 하여금 (원고도 소유지분을 가지고 있는) 공유자원의 일부 또는 원고의 토지의 일부분을 아무런 보상 없이 수용해 가는 것, 즉 사적 수용을 허용하는 것이 될 것이다. 소음기준에 관한 공법 규정들은 이러한 공유자원의 사용규칙으로 새길 수 있을 것이고 그렇다고 한다면 이 기준은 소음을 원인으로 제기된 민사 소송에서도 가벼이 여길 수 없을 것이다.

하지만 피고의 책임을 산출함에 있어 원고의 위험에의 접근을 도외시할 수는 없을 것이다. 다시 말해 원고의 위험에의 접근 사실이 피고 행위의 위법성(=반사회성) 판단에 고려될 수 없다고 해서 피고 책임의 범위에도 영향을 미치지 않는 것은 아니다. 책임을 그 결과를 일으킨 데 대한 “사회적 비난가능성”이라고 본다면 토지이용의 선후관계는 비난가능성의 정도에 영향을 미칠 것이기 때문이다. 토지이용의 선후관계는 과실상계의 법리에 준해서 책임의 범위를 결정하는 데 고려하는 것이 타당하다고 본다.⁹¹⁾ 우리 대법원도 토지이용의 선후관계를 책임감면의 단계에서 고려하고 있는 것으로 보인다.⁹²⁾

91) “Coming to the Nuisance”를 다루고 있는 *Restatement (2nd) of Torts* §840D는 책임이 감면될 수 있는 몇 가지 예를 제시하고 있다. 즉 ① 구리용광로가 운영되고 있는 지역의 토지를 구입한 경우, 토지 구입의 유일한 목적이 그 운영자로 하여금 토지를 높은 가격에 구입하도록 하기 위한 것인 경우와 ② 이전에는 거주지역이었으나 현재는 공장들이 조성되기 시작한 지역 안에서 운영되는 양조장 주변의 토지를 구입한 경우에 지역성의 변화(the changing character of the locality)를 함께 고려하는 경우 등이 그것이다. 자세한 것은 박태현(註 84), 197-98.

92) 동지, 박태현(註 84), 192; 강종선(註 84), 303-04. 대표적인 판례로는 “김포공항소음사

2. 가해행위의 ‘공익성’에 대한 고려

소음공해가 생긴 경우 수인한도 초과 여부를 따질 필요 없이 곧바로 위법한 것으로 평가된다고 해석하면 소음공해를 둘러싼 논의는 훨씬 간결·명료하게 처리할 수 있을 것이다. 하지만 소음을 수반한 각종 활동이 가지는 사회적·경제적 가치, 활동을 금지함으로써 야기되는 가해자에 대한 영향, 소음야기 행위가 관련 공법적 규제를 준수한다고 하여도 사법상 위법한 소음공해로 평가될 수 있는 법 현실 등을 고려하면 현실적으로 모든 소음공해를 위법하다고 보기는 어렵다. 바로 이런 소음공해 사안의 특성이 관련문제에 대하여 다양한 해석이 나오게 되는 원인임은 이미 살펴본 바이다.

하지만 가해행위의 공익성이 가해행위의 위법성 판단에 지나치게 큰 영향을 미치는 것은 바람직하지 않다고 본다. 가해행위로 침해되는 피해자의 권리를 지키는 것이 오히려 더 큰 공익을 도모하는 것이라고 보기 때문이다. ‘행위’공리주의의 약점을 보완하고 의무론과의 접점을 찾기 위해 제안된 ‘규칙’공리주의의 취지를 생각해보면 쉽게 이해될 수 있을 것이다.⁹³⁾

공익을 우선시하는 사회풍토는 바람직하지만 자칫 공익논변이 다른 중요한 가치 모두를 잠재우는 “으뜸패(trump)”로 기능하는 것은 경계하여야 한다. 공익은 불확정적인 추상적 개념이거니와 “공익을 위협”이라는 것은 주관적 요소가 강하여 바깥에서 인지하기 어려운 측면이 있다. 모든 사람들은 자신의 행위가 공익에 기여한다고 생각하고 살고 있지 않은가. 특히 민사소송에서 공익이란 요소에 따라 법적 판단을 하는 것은 사법상(私法上) 법률관계를 불안정하게 하는 것으로, 가령 비행훈련이 대한민국의 국방상 필요하다고 한다면 그와 같은 공익상 필요에 따라 사법상 법률관계를 결정할 것이 아니라 사법상 법률관계는 기존의 법리대로 처리하고 그에 소요되는 비용을 국민 모두로부터 거두어야 한다. 이것이 사법절서도 보존하면서 공익도 달성할 수 있는 방법이다. 그렇지 않으면 공익을 평

건”으로 알려진 대법원 2005.1.27. 선고 2003다49566 판결. 이 사건에서 대법원은 “위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하며 접근한 것으로 볼 수 있고, 그 피해가 정신적 고통이나 생활방해의 정도에 그치고 그 침해행위에 고도의 공공성이 인정되는 때에는, 위험에 접근한 후 실제로 입은 피해 정도가 위험에 접근할 당시에 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과하는 것이거나 위험에 접근한 후에 그 위험이 특별히 증대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정하여야 하는 경우도 있을 수 있다.”라고 판시한 바 있다.

93) 규칙공리주의에 관한 문헌으로 우선은, David Gauthier, *Morals By Agreement* (1986).

계로 특정 국민에게 지나친 비용을 부담케 하는 것이다. 사회적 필요에 따라 그때그때 법을 바꾼다면 국민은 더 이상 법이라는 사회적 구성물에 기대어 자신의 삶을 설계할 수 없다. 개인의 사유재산권을 지키는 법은 개인이 권력으로부터 자신을 방어할 수 있게 하는 “자유의 안전판”이기 때문이다.⁹⁴⁾

VIII. 결 론

나는 이상에서 공군비행장에서 발생한 소음침해에 대한 손해배상청구 사건들과 관련한 다양한 논점을 검토하였다. 글의 첫머리에 제시한 법적 쟁점들에 대한 연구결과를 요약하는 것으로 결론에 갈음하고자 한다.

첫째, 민법 제217조는 인접하는 부동산의 사용을 둘러싼 부동산 물권 사이의 관계를 규율하기 위해 제정된 것이니 만큼, 민법 제217조의 보호법익은 인접 부동산의 물권으로 보아야 한다.

둘째, 비록 수인한도론이 민법 제217조의 해석상 필요에 의해 창안된 이론이긴 하지만, 코즈의 ‘상호성이론’의 취지를 고려할 때, 민법 제217조 뿐만 아니라 일반적인 가해행위 전부에 관한 위법성 판단 기준으로 활용될 수 있다고 본다. 하지만 상호성의 정도가 낮은 경우, 교정적 정의에 입각한 사안해결이 필요한 경우, 권리의 중핵에 대한 침해가 문제되는 경우에는 수인한도론의 적용을 제한하는 것이 타당하다.

셋째, 수인한도 초과 여부를 결정하는 기준 중 하나인 소음기준의 확정은 전형적인 조정문제이므로, 가급적 기존의 행정법규와 행정관행 및 판례 등을 존중하여 기준의 정립에 소요될 사회적 비용을 최소화해야 한다.

넷째, “주거환경악화로 인한 정신적 손해” 중 “소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 손해”는 분쟁의 일회적 해결 필요성을 고려할 때 토지의 사용방해로 인한 재산적 법익의 침해로 포섭하는 것이 타당하다. 따라서 이 경우에는 수인한도론의 적용이 있다. 한편 “주거환경악화로 인한 정신적 손해”가 단순한 생활상 불편을 넘어 “육체적·정신적 건강의 훼손”에 이를 경우에는 인격권의 침해로 새겨야 한다. 이 때 인격권의 침해로 인정받기 위해서는 수인한도를 넘는

⁹⁴⁾ James M. Buchanan, *Property as a Gurantor of Liberty* (1993).

육체적·정신적 건강의 훼손이 있어야 한다.

다섯째, 인접 부동산의 소유자가 아닌 동거 가족이 위자료를 청구한 경우, 그것이 소음으로 인한 생활상 불편이 야기한 정신적 고통에 대한 것이라면 이를 인정하지 않는 것이 타당하다. 그 피해는 소유자 또는 임차권자의 재산상 이익의 침해로 포섭되어 처리되어야 하기 때문이다. 하지만 동거 가족이 소음으로 인해 육체적·정신적 고통에 대한 위자료를 청구하는 경우라면, 이는 인격권에 대한 일반불법행위와 다르게 처리해야 할 이유가 없기 때문에 일반 법리에 의해 손해 배상이 이루어져야 한다.

여섯째, 비행장 설치 후 이주해온 주민에 대해서도 소음침해를 인정하여야 하는가와 관련해서는, 단지 소음 발생 이후에 이주해 왔다는 “토지이용의 선후관계”를 이유로 소음침해로 인한 손해를 배상받을 수 없다고 하는 것은 비행장 관리주체에 의한 보상 없는 사적 수용을 허용하는 것이 되므로 부당하다. 토지이용의 선후관계는 과실상계의 법리에 준해서 책임의 범위를 결정하는 데 고려하는 정도로 충분하다.

일곱째, 수인한도 초과 여부를 판단할 때 소음침해행위의 공익성이 가해행위의 위법성 판단에 지나치게 큰 영향을 미치는 것은 바람직하지 않다. 가해행위로 침해되는 피해자의 권리를 지키는 것이 오히려 더 큰 의미의 공익을 도모할 수도 있기 때문이다.

투고일 2009. 8. 31	심사완료일 2009. 9. 11	계재확정일 2009. 9. 17
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 강중선, “항공기소음 관련 민사소송의 제 논점,” **사법논집** 제44집 (2007).
- 김상용, **불법행위법** (1997).
- 김시철, “건물신축으로 인한 일조방해의 법적 성격과 이로 인한 불법행위 손해배상청구권의 소멸시효기산점” (미발표 논문; 필자소장).
- 김일중, **법경제학 연구: 핵심이론과 사례분석** (2008).
- 김재형, “소유권과 환경보호: 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로,” **한국민법이론의 발견(1)**.
- 로널드 드위킨(장영민 역), **법의 제국** (2004).
- 박태현, “도로소음으로 인한 손해배상청구에서 토지이용의 선·후 관계에 따른 관련당사자들의 민사책임의 양상고찰: ‘위험에의 접근이론’에 대한 미국 학설 및 판례 태도 개관,” **환경법과 정책** 제1권 (2008. 12.).
- 손윤하, “환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제: 일조, 조망 및 생활소음을 중심으로,” **저스티스**, 2004/10 (통권 81호) (2004).
- 송혜정, “일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점,” (민사판례 연구회 발표논문, 필자소장).
- 심헌섭, “權威에 관하여: 排除的 法實證主義에서 包容的 法實證主義로,” **서울대학교 법학** 제39권 제2호 (1999).
- 양삼승, “일조권과 수인한도,” **민사판례연구 VI** (1984).
- 유원규, **민법주해 V 물권(2)** (1997).
- 이경춘, “소음과 환경소송,” **환경법의 제문제 下** (재판자료 95) (2002).
- 이동민 역, “H.L.A. 하트의 실증주의와 법과 도덕 분리론,” **공익과 인권** 제5권 제1호 (2008. 2.).
- 이동원, “일조권 침해에 관한 판례의 동향,” **민사법학** 제27호 (2005. 3.).
- 이승녕, “일조권의 침해가 불법행위를 구성하기 위한 요건,” **법조** 제528권 (2000.9.).
- 이용세, “일조권 침해와 환경소송,” **환경법의 제문제 下**(재판자료 95) (2002).
- 임해지, “일조권 침해로 인한 손해배상소송,” **판례와 실무** (인천지방법원, 2004).
- 전경운, “불법행위의 제유형: 환경침해,” **註釋民法 채권각칙 [8]** (2000).
- 조홍식, “경제학적 논증의 영역,” **민사판례연구 XXX** (2008).
- 조홍식, **사법통치의 정당성과 한계** (2009).
- 허성욱, “권리남용금지 법리에 관한 법경제학적 고찰,” **법조** 제591권 (2005. 12.).

- William S. Boardman, *Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law*, 97 *Ethics* (1987).
- James M. Buchanan, *Property as a Gurantor of Liberty* (1993).
- Ronald Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *Journal of Law and Economics* (1960).
- Richard Epstein, “A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules,” 10 *Yale Law Journal* (1997).
- _____, *Bargaining with the State* (1993).
- _____, “Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase,” 36 *Journal of Law and Economics* (1993).
- _____, “Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints,” 8 *Journal of Legal Studies* (1979).
- John Finnis, “Law as Co-ordination,” *Ratio Juris* vol. 2, no. 1 (1989).
- David Gauthier, *Morals By Agreement* (1986).
- Leslie Green, *The Authority of the State* (1988).
- H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” 71 *Harvard Law Review* (1958).
- David Hume, *A Treatise on Human Nature*, (L.A. Selby-Bigge ed., 1979).
- David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969).
- John Locke, *The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Origin, Extent, and End of Civil Government*, Two Treatises of Government (1689).
- Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, “The Property/Contract Interface,” 101 *Columbia Law Review* (2001).
- Frank Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law,” 80 *Harvard Law Review* (1967).
- John Stewart Mill, *On Liberty* (1859).
- Gerald Postema, “Coordination and Convention at the Foundation of Law,” 11 *Journal of Legal Studies* (1982).
- John Rawls, *A Theory of Justice* (2d. 1999).
- Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986).
- Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004).
- Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* (1977).
- 長谷部恭男, 比較不能な價値の迷路 (1999).

<Abstract>

Legal Policy of Nuisance — With the Focus on Noise from Airport —

Hong Sik Cho*

This article aims to answer the legal questions raised in cases where the plaintiff seeks compensation for damage caused by noise created from air force bases. The conclusions are summarized as follows:

First, the purpose of Section 217 of the Civil Act is interpreted to protect *property interest* attached to neighboring land and buildings, thus carving personal interest to live in decent conditions out of its application.

Second, the “doctrine of tolerability,” a kind of balancing test, is devised to reasonably interpret Section 217 in particular. When viewed through the lens of Ronald Coase’s concept of reciprocity, however, it should be deemed as a general test to judge illegality for all types of torts. It is important to note that the doctrine of tolerability may be inapplicable in cases where the extent of reciprocity is *low*, where the “*corrective justice*” is deemed more appropriate as the regulative idea, and where the defendant’s action in question may infringe upon the *core* of the plaintiff’s right.

Third, determining “intolerable” level of noise indicates a typical example of coordination problem. The social cost is minimized when the level is determined with existing regulations, administrative practices and court precedents taken into account.

Fourth, the “emotional distress from discomfort caused by the noise,” a sub-concept of the “emotional distress from degradation of residential environment,” should be categorized as an infringement on *property interest*, and not on interest in person. It is more so when one takes into account the need to comprehensively resolve the pertinent issues of nuisance cases. The doctrine of tolerability is applicable to the emotional distress from discomfort caused by noise. On the other hand, if the degradation of residential

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

environment causes more than mere discomfort, resulting in “degradation of physical and mental health,” it should be deemed as an infringement on the plaintiff’s interest in person on the condition that the degradation of physical and mental health is so severe as to be deemed “intolerable.”

Key words: noise emission, nuisance, the doctrine of tolerability, Civil Code Section 217, mental distress, emotional damage, coordination problem, noise regulation level, reciprocity of externalities, corrective justice, core of right, penumbra of right, Ronald H. Coase