creative commons
COMMONS DEED

저작자표시 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

환경침해로 인한 유지청구에서의 위법성 판단 기준에 대한 연구

서울대학교 대학원

법 학 과

이 건 희

국문초록

환경침해의 사법적 구제수단으로서 유지소송은 손해배상소송에 비해 상대적으로 적게 연구되어 왔다. 실제 환경 분쟁은 손해배상소송으로 이어지는 사례가 유지소송으로 이어지는 사례보다 많고, 동일한 환경 분쟁을 해결함에 있어서 금전배상을 명하는 것이 구체적인 작위·부작위를 명하는 것보다 가해자의 손해를 줄이는 면이 있기 때문에, 손해배상소송에 비하여 유지소송의 중요도는 상대적으로 저평가된 것이 사실이다. 그러나 유지소송은 분쟁의 원인인 환경침해 자체를 장래적으로 배제할 수 있는 수단이기 때문에 나름의 중요성을 갖는다.

유지청구의 요건 중 가해행위의 위법성은 청구의 인용 여부를 결정짓는 핵심적인 요건이다. 위법성의 판단기준으로 수인한도론이 활용되고 있는데, 수인한도론은 다양한 요소를 종합적으로 평가할 것을 요구하지만 각 요소들의 중요도나 지위에 대하여는 분명히 확정된 점이 없다. 그래서 수인한도론에 따른 판결은 불가피하게 사법재량권의 행사라는 성격을 갖게 된다. 이러한 판결이 자의적인 가치판단에 불과하다는 비판을 피하기 위해서는 수인한도의 판단기준과 수인한도론의 적용범위를 보다 이론적으로 구체화할 필요가 있다.

이 논문은 환경침해에 관한 유지청구권의 의의를 검토한 뒤, 물권설의 입장에서 민법 제214조, 제217조를 유지청구권의 근거로 삼았다. 이후 유지청구의 인용 기준에 관한 국내 학설 및 판례와 미국 및 독일의 논의를 제시하고, 이러한 기존의 제 논의를 종합하여 사

건을 처리하는 모델을 구성하고자 하였다. 모델을 구성함에 있어서는 기존의 논의에 나타난 기준과 고려요소를 종합함과 동시에, 유지청구가 환경 분쟁의 일종임을 고려하여 환경법의 기본원리로서의 자원배분의 효율성과 형평성에, 환경 분쟁이 상이한 가치 간의 갈등이 되기 쉽다는 면에 착안하여 가치의 통약가능성에 각각 주목하였다. 구체적으로는 유지청구권을 우선적으로 피해자의 권리를 보호하고, 부차적으로는 사회 전체적인 효율성에 어긋나지 않게 해석하고자 하는 것을 목표로 우선 수인한도론의 적용한계를 검토하여 가해자에게 해의가 있거나 피해가 생명, 신체의 현실적 침해 또는 상당한 정신적 장해에 이르는 등 교정적 정의에 반하는 일정한 경우나 권리의 의미가 형해화되는 등 권리의 중핵이 침해되는 경우에는 바로 유지청구를 인용할 수 있다고 보았다. 이러한 경우에 해당하지 않아 가치판단이 필요한 경우, 관련이익이 통약가능하면 비용편익분석에 의하여, 통약불가능하다면 법원이 일정한 가치판단기준을 선택하여 그 기준에 따를 때 각각 우월한 이익을 갖는 자에게 유리한 판결을 하여야 한다. 다만 관련이익이 통약가능하다고 하더라도 법원이 그 크기를 정확히 파악할 수 없는 경우에는 유지청구는 기각하고 손해배상청구에 의하도록 하는 것이 오판으로 인한 위험을 줄일 수 있다.

마지막으로 위의 일반론에 기초하여 기존 판례가 제시하고 있는 다양한 고려요소를 종합평가가 용이하도록 각각의 지위와 상호관계를 정리하였다. 가해자와 피해자가 침해행위의 존속과 관련하여 갖는 이익이 가장 기본적인 것으로서, 다른 사정은 이를 판단하는 데 보조적인 역할을 한다고 할 수 있다. 오염물질, 일조, 소음, 진동 등에 관한 공법상 규제의 준수여부는 관련이익이 통약불가능할 때 입

법사에 대한 검토를 거쳐 가치판단의 기준으로 활용될 수 있다. 가해행위가 이웃에 대한 해의를 갖고 행해졌을 경우에는 이익형량과 상관없이 금지되어야 한다. 토지이용의 선후관계는 효율성의 추구와 기대가능성을 근거로 유지청구에서도 책임의 인정사유 또는 감면사유로 기능할 수 있다. 지역성은 가해자 및 피해자와 유사한 지위에 있는 주변인들의 이익을 고려하게 하며, 형평성에 관한 기준을 제시한다. 교섭경과는 가해자와 피해자가 갖는 이익의 강도를 판단하는데 도움을 줄 수 있다. 피해자의 회피가능성과 가해자의 저감가능성은 쌍방의 이익을 극대화하지 않는 해결책을 배제하도록 한다. 피해의 금전보상가능성 또한 유지청구 인용으로 인하여 가해자가 불필요한 손해를 입는 것을 막는 역할을 한다. 피해자의 피해를 파악함에 있어서 유지청구의 대상과 관계없는 기존의 다른 원인으로 인한 피해는 배제하여야 한다.

주요어 : 환경침해, 유지청구, 수인한도, 이익형량, 통약가능성
학 번 : 2010-23519

목 차

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 3

제2장 기본 개념-환경침해와 유지소송 ····· 5

제1절 환경침해 ····· 5

Ⅰ. 의의 ····· 5

Ⅱ. 구별개념 ····· 5

Ⅲ. 유형 ····· 6

제2절 유지소송 ····· 7

Ⅰ. 유지소송의 의의 ····· 7

Ⅱ. 유지소송의 기능 ····· 8

1. 개별 사건에서 당사자의 권리보호 ····· 8

2. 판결을 통한 법질서의 구체화 ····· 8

Ⅲ. 유지청구의 법적 근거 ····· 9

1. 서 ····· 9

2. 학설 ····· 9

가. 물권설 ····· 10

나. 인격권설 ····· 10

다. 환경권설 ····· 11

라. 불법행위설 ····· 12

3. 판례 ····· 12

4. 검토 ····· 14

Ⅳ. 유지청구의 방법 ····· 17
1. 서 ····· 17
2. 방법 ····· 18

제3장 유지청구의 인용기준에 대한 기존의 논의 ····· 19
제1절 국내의 논의 ····· 19
Ⅰ. 수인한도론 ····· 19
1. 서 ····· 19
2. 판단기준 ····· 19
3. 수인한도론의 적용한계 ····· 20
Ⅱ. 위법성단계설 ····· 21
1. 의의 ····· 21
2. 유지청구가 인용될 수 있는 특수한 사정 ····· 22
3. 유지청구가 인용될 수 없는 특수한 사정 ····· 23
제2절 국내의 판례이론 ····· 24
Ⅰ. 서 ····· 24
Ⅱ. 관련 사례 ····· 24
1. 대법원 1974. 12. 24. 선고 68다1489 판결 ····· 24
2. 서울지방법원 동부지원 1988. 4. 20. 선고 88카단8127 판결 ····· 25
3. 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다31210 판결 ····· 26
4. 서울민사지방법원 1995. 1. 12. 선고 94카합12282 결정 27
5. 대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 결정 ····· 27
6. 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결 ····· 28
7. 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결 ····· 29

8. 대법원 1998. 4. 28. 선고 97다48913 판결 ····· 29
9. 부산고등법원 1999. 4. 29. 선고 98나10656 판결 ····· 30
10. 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다53001 판결 ····· 32
11. 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결 32
12. 부산지방법원 2009. 8. 28. 선고 2009카합1295 결정 33
Ⅲ. 소결 ····· 35
제3절 비교법적 논의 ····· 35
Ⅰ. 미국의 법제와 논의 ····· 35
1. 불법방해(nuisance)의 법리 ····· 35
2. 환경침해에 관한 법경제학적 논의 ····· 36
가. 의의 ····· 36
나. 착안사항 ····· 37
3. 시사점 ····· 41
가. 의의와 보완의 필요성 ····· 41
나. 유지청구 인용+비용부담 판결의 어려움 ····· 42
다. 재산권원리의 우선적 적용의 어려움 ····· 43
라. 형평성의 문제 ····· 43
마. 외부성의 문제 ····· 44
Ⅱ. 독일의 법제와 논의 ····· 45
1. 서 ····· 45
2. 독일 민법 제906조에 의한 인용의무 ····· 46
3. 공법상 인용의무 ····· 48
4. 공공성에 따른 인용의무 ····· 48
5. 시사점 ····· 49

제4장 유지청구에서의 위법성 판단기준에 관한 모델 51

제1절 서 ····· 51
제2절 주요 착안사항 ····· 52
Ⅰ. 환경법의 기본원리 ····· 52
Ⅱ. 유지청구권의 정당화 근거 ····· 53
1. 서 ····· 53
2. 피해자의 권리보호와 특정한 가치의 보호 ····· 54
3. 당해 지역에서의 환경기준의 형성과 충돌하는 가치들 사이에서의 숙고 ····· 55
4. 이상의 두 원칙의 적용순위 ····· 56
Ⅲ. 통약가능성 ····· 56
1. 의의 ····· 56
2. 예 ····· 57
3. 통약불가능성이 문제가 되는 정도 ····· 59
제3절 수인한도론의 적용이 배제되는 영역 ····· 59
Ⅰ. 수인한도론의 적용한계에 대한 이론의 적용 ····· 59
1. 서 ····· 59
2. 상호성이 작은 경우 ····· 60
3. 교정적 정의에 반하는 경우 ····· 60
가. 사람의 생명, 신체, 정신에 대한 피해 ····· 60
나. 의도적인 가해행위 ····· 62
4. 권리의 중핵을 침해하는 경우 ····· 62
가. 일반론 ····· 62
나. 구체적인 예 ····· 65
5. 소결론 ····· 67
Ⅱ. 통약불가능성이 존재하는 경우 ····· 67
1. 비교형량의 불가능성 ····· 67

2. 가치판단기준의 선택 및 이에 따른 처리 ····· 68
가. 선택 방법 ····· 68
나. 가치판단기준의 확인 ····· 69
다. 확인한 기준에 따른 사건의 처리 ····· 70
제4절 수인한도론이 적용되는 영역 ····· 72
Ⅰ. 서 ····· 72
Ⅱ. 비교형량에 의한 해결 ····· 72
Ⅲ. 불확실성이 존재하는 경우 ····· 73

제5장 구체적 고려요소들의 지위설정 ····· 76
제1절 서 ····· 76
제2절 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가 ····· 76
Ⅰ. 생명이나 신체에 대한 피해의 중요도 ····· 76
Ⅱ. 물권과 연관되지 않은 이익의 고려 여부 ····· 78
Ⅲ. 피해의 금전보상가능성 ····· 79
제3절 공법적 규제의 준수 여부 ····· 79
Ⅰ. 서 ····· 79
Ⅱ. 학설 ····· 80
Ⅲ. 판례 ····· 81
Ⅳ. 검토 ····· 82
제4절 가해행위의 태양 ····· 85
제5절 지역성 ····· 86
제6절 토지이용의 선후관계 ····· 88
Ⅰ. 서 ····· 88
Ⅱ. 학설 ····· 89

Ⅲ. 판례 ····· 90
Ⅳ. 검토 ····· 91
1. 효율성 기준 ····· 91
2. 피해자의 사전적 위험회피가능성 ····· 92
제7절 피해자와 가해자의 피해회피조치 ····· 94
Ⅰ. 피해자의 피해회피조치 ····· 94
Ⅱ. 가해자의 피해방지조치 ····· 95
제8절 가해행위의 공공성 ····· 96
제9절 교섭경과 ····· 97
제10절 환경영향평가 ····· 99
Ⅰ. 서 ····· 99
Ⅱ. 학설 ····· 100
Ⅲ. 판례 ····· 100
Ⅳ. 검토 ····· 100
제11절 기존에 존재하는 침해 ····· 101
제12절 일부인용 ····· 105
Ⅰ. 서 ····· 105
Ⅱ. 일부인용이 정당화되는 경우 ····· 106

제6장 결론 ····· 109

참고문헌

Abstract

제1장 서론

제1절 연구의 목적

환경침해가 점증하고 국민의 환경에 대한 권리의식이 확대되면서 환경 분쟁은 확대되고 있고, 그 중 많은 수가 소송 또는 환경분쟁조정위원회에의 조정신청으로 사건화 된다. 환경 분쟁은 민사적 분쟁과 행정적 분쟁으로 나눌 수 있는데, 민사적 분쟁에서는 환경침해가 위법하여 손해배상 또는 유지청구의 대상이 되는지가 문제가 된다. 실무와 학계가 함께 받아들이고 있는 수인한도론은 환경침해로 인한 손해배상청구 및 유지청구에서의 위법성의 판단기준이다. 다만 수인한도 그 자체는 법률에 구체적인 의미가 명시되어 있지 않기 때문에, 법원은 특정한 환경침해가 수인한도를 넘었는지를 판단함에 있어서 다양한 고려요소를 제시하여 왔다. 예를 들어 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528판결(일명 '봉은사사건')에서 법원이 제시한 기준은 다음과 같다.

"인접 대지에 건물이 건축됨으로 인하여 입는 환경 등 생활이익의 침해를 이유로 건축공사의 금지를 청구하는 경우에 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는지 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해 회피의 가능성, 인·허가 관계 등 공법상 기준에의 적합 여부, 지역성, 토지 이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."

법원은 이 사건에서 “모든 사정을 종합적으로 고려”할 것을 요구하였다. 그런데 “종합적으로 고려”한다는 것은 무슨 의미일까? 법관이 판례가 제시한 여러 가지 사정을 모두 조사하고, 각각의 사정이 원고와 피고 중 어느 쪽에 유리한 사정인지를 가린 다음, 유사한 판례를 참고하여, 그로부터 수인한도를 넘는다거나 넘지 않는다고 판단을 내리면 족한 것일까? 만일 법관이 위에 제시된 사정을 알고 있으면 족하다고 하면 그로부터 나오는 판단은 당사자가, 아니면 적어도 이해관계 없는 제3자가 수긍할 만한 것이 될 수 있을까? 반드시 그렇다고는 할 수 없을 것이다. 대체로 위에서 제시된 여러 가지 고려요소는 결론에 영향을 미치는 데 있어서 피해자에게 유리한 것도 있을 것이고 가해자에게 유리한 것도 있을 것인데, 그런 요소들을 한데 뭉뚱그려 결론을 내는 행위는 패소한 측으로부터 “왜 나에게 유리한 점은 무시하고 상대방에게 유리한 점만 중시하느냐”는 불평을 듣기 쉬울 것이다. 물론 패소한 당사자가 판결에 수긍하는 일은 드물고, 대부분 판결의 흠을 잡기 마련이라고 본다면 당사자를 설복시키는 것은 이상에 치우친 것이라고 할 수 있다. 하지만 그렇다고 해서 판결이라는 것이 법의 외형을 빌린 자의가 되어서도 안 될 것이기 때문에, 적어도 법관이 자신의 이익형량 기준에 관하여 신뢰할 만한 논리를 갖는 것은 판단을 내리는 데 도움이 될 것이고, 자의적인 판단이라는 비판을 면하는 데도 도움이 될 것이다.

그러나 이 문제에 관하여 현재까지의 국내의 논의는 대부분 분쟁유형별로 의미 있는 고려요소들을 열거하면서, 예를 들어 소음의 크기가 그 지역의 소음기준을 초과할수록 클수록 수인한도를 넘었다고 판단될 가능성이 높지만 반대의 경우에는 수인한도를 넘지 않는

다고 판단될 가능성이 높다는 식으로, 고려요소별로 이런 경우에는 피해자에게 유리하고 저런 경우에는 가해자에게 유리하게 참작될 수 있다는 점을 밝히는 데 주력하거나, 특정한 고려요소를 다른 고려요소에 비해 중요한 것으로 보면서도 그 근거를 분명히 밝히지 않은 면이 있다. 그래서 서로 다른 고려요소들을 종합적으로 판단하는 방법에 관한 본격적인 연구는 부족한 상황이다.

따라서 이 논문에서는 서로 다른 고려요소들의 종합판단이 어떤 방식으로 이루어질 수 있는지에 대하여 기존의 논의를 참고하여 하나의 모델을 제시하고자 한다. 이 모델은 분쟁을 유형화하여 유형별로 중요시되는 고려요소와 판단방법을 도출하게 될 것이다.

제2절 연구의 범위 및 방법

이 논문에서는 논의의 범위를 상대적으로 많은 연구가 이루어진 손해배상소송 대신 상대적으로 적은 연구가 이루어진 유지소송에 한정하였다. 유지소송은 그 결과가 전부기각에서 전부인용 사이에서 연속선을 이루는 손해배상소송과 달리 결과가 전부인용 또는 전부기각으로 일도양단 적으로 나올 가능성이 높기 때문에 법원으로서는 당사자의 이익을 조정하는 절충적인 판결의 가능성이 제한된다. 또한 그 결과가 관계자에게 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 결단을 내리기 위해 보다 확고한 근거가 필요하다고 할 수 있다.[1] 또한 금전으로 배상이 이루어지는 손해배상소송과 달리 문제되는 침

1) 환경 분쟁에서 가해자가 되기 쉬운 기업으로서는 손해발생행위가 곧 사업 활동이기 때문에, 조업을 정지하는 유지청구가 인용된다면 기업의 기능은 종국적으로 마비되어 기업은 막대한 손실을 입게 될 것이다. 황진호, 환경오염의 사법적 구제에 관한 연구, 단국대학교 대학원, 1992, p. 232.

해를 배제하는 조치를 취하도록 명하거나 침해행위를 금지하는 것이 그 내용이기 때문에 손해배상소송과 다른 논리가 필요하다.

논의의 전제로서 제2장에서는 유지소송의 의의와 기능, 유지청구권의 법적 근거 및 행사방법을 검토하였다. 제3장에서는 유지청구의 인용 기준에 관한 기존의 논의를 정리하는 차원에서 수인한도론을 중심으로 한 국내의 이론과 미국, 독일의 이론 및 수인한도 초과 여부의 판단에 필요한 구체적 고려요소에 관한 판례이론을 검토하였다. 제4장에서는 위의 논의를 종합하기 위하여 고려하여야 할 사항을 제시하고, 이에 따라 환경 분쟁을 유형화하여 유형별로 적용되어야 할 논리를 검토하였다. 제5장에서는 제4장에서의 일반론의 맥락에서 구체적 고려요소들이 각각 어떻게 위치지어질 수 있는지를 검토하였다.

유지청구의 인용 기준에 관한 기존의 논의를 검토함에 있어서는 우리와 다른 법제를 취하고 있는 미국과 독일의 논의를 일부 참고하였다. 또한 기존의 논의들이 제시하고 있는 원칙을 필자가 취하고 있는 관점에서 받아들여 체계화하고자 하였다.

제2장 기본 개념-환경침해와 유지소송

제1절 환경침해

Ⅰ. 의의

환경침해라 함은 자연적 환경과 물리적 인공 환경을 침해하는 위법행위를 말한다. 환경침해라는 개념을 처음으로 사용한 법은 독일 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz)인데, 제3조 제1항에서 「물질, 진동, 소음, 압력, 빛, 가스, 증기, 열이나 기타 현상이 땅, 공기, 물을 통하여 확산되는 것」 이라고 규정하였다.[2] 우리 법은 '환경침해' 라는 개념을 명시적으로 규정하고 있지는 않으나, 유사한 개념으로 환경분쟁조정법 제2조에서 "환경피해"를 "사업 활동 기타 사람의 활동에 의하여 발생하였거나 발생이 예상되는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음·진동, 악취, 자연생태계파괴, 일조 방해, 통풍 방해, 조망 저해, 인공조명에 의한 빛공해, 기타 대통령령이 정하는 원인으로 인한 건강상·재산상의 피해"로 규정하고 있다.

Ⅱ. 구별개념

환경침해와 비교될 수 있는 개념으로 공해와 환경오염이 있다. 공해는 인간행위에 의하여 대기·물·토지 등의 생활환경의 오염 내지 훼

2) 남현우, 환경침해의 사법상 구제에 관한 연구, 충남대학교 대학원, 2006, pp. 16-17.

손을 통하여 사람의 재산적 · 정신적 이익침해로서 나타나는 각종 손해를 말한다. 환경오염은 인간 활동에 의해서 발생하는 폐기물이나 현상이 환경과 생태계에 변화를 가져와서 사람이나 동식물의 생존 · 생육 · 생식 · 활동 등에 대하여 장애 내지는 피해를 주는 현상을 말한다.[3)]

이상의 개념을 비교하여 보면 대체로 유사하다. 다만 공해가 결과적으로 발생하는 손해의 측면에 집중한 개념이고, 환경오염이 오염된 상태 그 자체에 비중을 둔 개념인 반면 환경침해는 법익이 침해된다는 점에 중점을 둔 동적인 개념이다.[4)] 그리고 환경오염은 보통 생·화학물질인 폐기물에 의해 넓은 범위의 대기나 수질, 토양이 오염되는 경우에 사용되는 용어인 반면에 환경침해는 생·화학물질뿐만 아니라 소음, 진동, 일조방해, 사생활침해 등 침해의 원인을 불문하고 사용될 수 있는 용어이다. 따라서 공해나 환경오염보다 환경침해가 이 논문에서 다루는 침해의 의미를 더욱 잘 표현하고 있다고 보아 이 논문에서는 환경침해라는 용어를 사용하기로 하였다.

Ⅲ. 유형

환경침해는 대기오염, 수질오염, 소음, 진동, 악취 등 피해자에게 유형 내지 무형의 물리적, 화학적 작용을 가하는 적극적 침해와 일조방해, 조망방해, 사생활침해 등 피해자에게 전달되는 물리적, 화학적 작용이 없는 소극적 침해로 나눌 수 있다. 양자의 구별실익을 적극적 침해가 소극적 침해보다 중하므로 수인한도가 낮다거나, 소극

3) 남현우, 전게논문, pp. 16-17.
4) 설계경, 환경침해의 권리구제에 관한 고찰, 환경법연구 28권 1호, 한국환경법학회, 2006, p. 496.

적 침해는 민법 기타 상린관계에 관한 법규에 특별한 규정이 없는 한 수인한도 내에 있다고 보는 견해도 있으나, 구체적인 침해의 강도에 따라 소극적 침해라도 인간의 생활에 중대한 영향을 미칠 수 있고 이럴 경우 피해자가 사법상의 구제를 받을 수 있는 가능성도 열어두어야 할 것이므로 구체적인 침해의 강도와 별개로 소극적 침해라는 이유만으로 적극적 침해에 비해 경시되는 것은 아니라고 할 것이다.[5)]

제2절 유지소송

Ⅰ. 유지소송의 의의

방지설비의 설치나 오염시설의 철거 등 일정한 작위 또는 오염시설 설치의 금지나 오폐수배출의 금지 등 부작위를 청구하여 환경피해의 제거·예방을 구하는 소송을 유지소송이라고 한다. 유지소송은 방지소송, 정지소송, 금지소송, 차지소송 등의 명칭으로 불리기도 한다.[6)] 환경침해는 한 번 일어나면 그 자체의 원상회복이 어려운 경우가 많고, 대부분의 환경오염 현상은 장래에 걸쳐서 계속 반복되며, 그 피해 역시 단순히 재산적 손해를 넘어 사람의 생명, 신체, 건강을 해치고 나아가 생활 모든 영역에 심각한 영향을 미치는 특징

---

5) 곽용섭, 민법 제217조 제1항의 적당한 조처, 사법논집 38집, 법원도서관, 2004, p. 459. 도 오관(시각, 청각, 후각, 미각, 촉각)에 영향을 미쳐 불쾌감이나 고통을 유발하고 또 건강한 삶에도 영향을 미친다는 결과의 면에서 적극적 침해와 소극적·정신적 침해에 차이가 없고, 제217조 제1항의 '기타 이와 유사한 것'을 기능적 관점에서 본다면 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주는 것인 한 그것이 적극적이든 소극적이든 정신적이든 달리 규율할 이유는 없다고 한다.

6) 조현권, 환경법, 법률문화원, 2006, p.282.

을 가지고 있기 때문에, 피해자의 손해를 배상하는 것에 그치지 않고 환경피해 자체를 제거·예방할 필요성이 인정된다.[7]

Ⅱ. 유지소송의 기능

1. 개별 사건에서 당사자의 권리보호

유지소송은 가해자와 피해자 사이에서 문제되는 침해행위를 할 수 있는지를 결정한다. 청구가 기각된다면 피해자가 피해를 감수하여야 하고, 청구가 인용된다면 가해자가 침해행위를 더 이상 할 수 없게 되는 손해를 입는다.[8] 따라서 법관은 문제되는 침해행위가 수인한도를 넘었는지를 판단하는 과정에서 개별 사건에서 누가 이익을 얻고 손해를 입는 것이 타당한지를 결정하게 된다.

2. 판결을 통한 환경기준의 형성

소음, 대기오염, 악취 등의 환경침해는 피해자가 여러 사람이고, 이들 사이에 중요한 사실관계가 공통되는 경우가 많기 때문에 일부 피해자가 제기한 소송의 결과는 다른 피해자가 추후에 제기한 소송의 결과를 좌우한다고 할 수 있다. 또한 소송의 결과는 사실관계나 법적 성격이 유사한 다른 소송에서도 참고자료로 쓰일 수 있다. 당사자들은 선례를 참조하여 승패를 예상하게 되고 법원은 선례를 참

---

7) 서희원, 환경소송, 북피디닷컴, 2004, p. 298.

8) 단 청구를 인용하되 피해자가 가해자에게 적절한 보상을 하도록 한다거나, 반대로 청구를 기각하되 가해자가 피해자에게 적절한 보상을 하도록 하는 방식으로 이익을 조정하는 방법도 있다.

조하여 판결을 내리게 된다. 따라서 법원은 단순히 당사자인 가해자와 피해자의 사정만 고려하여 일방에게 승소판결을 내리는 것이 아니라 소송의 결과가 다른 피해자들과 사회에 미치는 영향을 고려할 수밖에 없게 된다. 즉 판결을 통해 환경 분쟁에 관하여 해당 지역의 환경기준을 형성하는 것이다.[9)]

Ⅲ. 유지청구의 법적 근거

1. 서

논의의 전제로서 유지청구권의 법적 근거를 검토할 필요가 있다. 유지청구권의 법적 근거는 유지청구권의 주체 및 보호이익과 관련이 있고, 이에 따라 수인한도 초과 여부를 판단하기 위한 고려요소의 경중에도 영향을 미치므로 검토가 필요하다.

2. 학설

유지청구권의 법적 구성에 대하여는 방해배제, 예방청구권을 둘러싼 일반이론과 같이 크게 나누어서 권리설과 생활이익설이 대립하고 있다. 권리설은 물권이라든가 인격권 혹은 환경권이란 절대권이 침해된 경우에만 피해자는 유지청구를 할 수 있다는 사고방식으로서, 물권설, 인격권설, 환경권설이 주장되고 있다. 이에 대하여 생활이익설은 권리침해를 요건으로 하지 않고 피침해이익의 종류, 정도

9) 김선이, 항공기소음피해와 수인한도론, 항공우주법학회지 14호, 한국항공우주법학회, 2001, p. 275.

와 침해행위의 태양을 상관적으로 형량하여 이 결론에 다시 침해행위의 금지가 당사자에게 초래하는 효과를 고려하여 유지청구의 당부를 판단하려고 한다. 유지청구의 근거를 불법행위로 이론구성하는 견해가 이에 속한다.[10]

가. 물권설

공해에 의한 침해는 그 피해자가 지배하는 토지, 건물의 소유권, 점유권 등의 물권 및 물권화된 부동산임차권에의 침해이기도 하고, 이들 권리에 기하여 공해의 제거, 예방을 구할 수 있다고 하는 설이다. 전통적으로 확립된 법개념에 근거하고 있기 때문에 법적 안정성이 높고, 고의나 과실을 요건으로 하지 않기 때문에 피해자의 구제에 이바지하는 장점이 있다고 말해진다. 반면 공해는 인간생활에 대한 침해가 본질임에도 물권자가 아닌 사람은 구제받을 수 없어 부당하다는 비판을 받는다.

물권설은 구체적인 법적 근거로 민법 제214조(방해배제·예방청구권)을 제시하는 물권적 청구권설과 민법 제217조(상린관계)를 제시하는 상린권설로 나누어진다.[11] 민법 제214조와 민법 제217조의 관계에 대하여 유지청구의 근거조항은 민법 제214조이며, 민법 제217조는 청구권을 행사할 수 있는 경우를 주의적으로 규정한 것이라는 설과 상린관계에서의 유지청구의 근거조항은 민법 제217조로 보아야 한다는 설이 대립되어 있다.

---

10) 허상수, 공해유지소송의 실무상 문제, 사법연구자료 23집, 법원행정처, 1996, pp. 192-200.

11) 지영난, 고속도로의 소음과 관련하여 추상적 부작위명령을 구하는 유지청구의 인정 여부, 민사재판의 제문제 16권, 한국사법행정학회, 2007, pp. 517-518.

나. 인격권설

일반적 인격권을 유지청구의 근거로 삼는 견해이다. 공해는 실질적으로 보면 생명, 건강 그리고 쾌적한 생활이라고 하는 인격적 이익에 대한 침해이고, 오늘날 공해를 저지하지 않고서는 인간의 존엄을 지킬 수 없기 때문에 공해유지 기능을 포함한 일반적 인격권의 승인이 불가피하며, 헌법상 인간의 존엄성 및 행복추구권이 인격권에 관한 헌법상의 가치관을 나타내고 있고 이것은 민사재판규범에도 반영하여야 한다고 한다.

이 설은 유지청구권자를 물권자 이외에 사실상 피해를 받는 모든 사람으로 확장할 수 있다는 장점이 있다고 말해지는 반면, 외연이 불명확하고 법적 안정성을 결한다는 비판을 받는다.

다. 환경권설

환경침해가 있다면 원칙적으로 환경권에 대한 침해로 되어 이익형량을 배제하고 유지청구가 인정될 수 있다는 견해이다. 환경권은 국민이 좋은 생활환경을 누리고 이것을 지배하는 권리이며, 좋은 환경이란 건강하고 쾌적한 생활을 유지할 수 있는 외적 조건이다. 자연적 환경뿐만 아니라 문화적 유산과 같은 역사적, 문화적 환경과 도로/항만/교량 등의 사회적 환경도 포함한다는 주장도 있다.

환경권설의 장점으로는 환경파괴 외에 건강침해 등의 피해발생이나 가해자의 고의 또는 과실을 요건으로 하지 않기 때문에 신속한 유지청구가 가능하고, 유지청구권자의 범위와 문제 삼을 수 있는 환

경의 범위를 확대할 수 있다는 점이 있다. 반면 이 설은 환경권의 내용과 범위가 명확하지 않아 이를 판단하는 법원의 정치적 중립성을 위태롭게 할 우려가 있고, 환경권도 내재적인 제약에 따라야 함은 당연하며 그 한도에서는 이익형량이 불가피하므로 실익이 없다는 비판을 받는다.

라. 불법행위설

유지의 근거를 민법 제750조의 불법행위 요건 자체에서 구하는 설이다. 불법행위 제도는 원래 원상회복을 기본으로 하는 것이기 때문에 불법행위의 효과로서 유지청구를 인정할 수 있다는 것이다.

반드시 권리가 침해되었을 것을 요건으로 하지 않는다는 점이 장점으로 주장되는 반면, 우리 법이 불법행위에 대하여 금전배상을 원칙으로 하고 있는 점과 합치하지 않고, 불법행위가 성립하려면 가해자의 고의나 과실이 필요하기 때문에 오히려 요건이 가중될 수 있다는 비판이 있다.

3. 판례

대법원은 부산대학교 사건[12]에서 “인접 대지 위에 건축 중인 아파트가 24층까지 완공되는 경우, 대학교 구내의 첨단과학관에서의 교육 및 연구 활동에 커다란 지장이 초래되고 첨단과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며 대학교로서의 경관, 조망이 훼손되고 조용하고 쾌적한 교육

12) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378판결.

환경이 저해되며 소음의 증가 등으로 교육 및 연구 활동이 방해받게 된다면, 그 부지 및 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해받게 되는 대학교 측으로서는 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다"고 판시하여 물권적 청구권설 중 소유권설의 입장을 채택하고 있다.

다만 환경침해에 관한 판결은 아니나, 최근 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다63720 판결은 "일반 공중의 통행에 제공된 도로를 통행하고자 하는 자는, 그 도로에 관하여 다른 사람이 가지는 권리 등을 침해한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 일상생활상 필요한 범위 내에서 다른 사람들과 같은 방법으로 도로를 통행할 자유가 있고, 제3자가 특정인에 대하여만 도로의 통행을 방해함으로써 일상생활에 지장을 받게 하는 등의 방법으로 특정인의 통행 자유를 침해하였다면 민법상 불법행위에 해당하며, 침해를 받은 자로서는 그 방해의 배제나 장래에 생길 방해를 예방하기 위하여 통행방해 행위의 금지를 소구할 수 있다고 보아야 한다"고 판시하여 불법행위를 원인으로 한 방해배제청구권이 인정될 수 있다는 취지로 판결한 바 있다.[13)]

한편 환경권설에 대하여는 청담공원 사건[14)]에서 "헌법 제35조 제1항은...그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는

13) 다만 위 판결에 관하여는 불법행위보다는 인격권에서 파생되는 일반적 통행자유권에 기한 방해배제청구권을 인정한 것이라는 견해도 있다. 김성주, 일반 공중의 통행에 제공된 도로의 통행자유권, 대법원판례해설 89호, 법원도서관, 2011, p. 173.

14) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218판결.

권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 또 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 할 것이다"라고 하여 그 사권성을 부인한 이래 일관되게 같은 태도를 유지하고 있다.

4. 검토

민법 제214조는 "소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 배제를 청구할 수 있고"라고 규정하고 있다. 소유권은 소유물을 그 용법에 따라 사용, 수익하는 권능을 포함하고 있고, 주택을 예로 들 때 일조방해, 조망방해, 소음 등은 주택의 소유자가 그 주택에서 거주하거나(사용), 그 주택을 임대하면서(수익) 그 주택의 가치를 향유하는 것을 저해함이 분명하므로 제214조는 유지청구의 근거로 삼을 수 있다고 할 것이다.

또한 제217조는 제1항에서 "토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조처를 할 의무가 있다."고 규정하고 있고, 제2항에서는 "이웃거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다."고 규정하고 있다. 위 규정은 명시적으로 이웃거주자가 제1항의 "적당한 조처"를 청구할 수 있도록 규정하고 있

지는 않다. 그러나 제2항의 “통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.”를 반대해석하면 통상의 용도에 부적당한 때에는 인용할 의무가 없다는 것이 되고, 이는 이웃토지의 사용 방해나 이웃거주자의 생활에 대한 고통을 배제할 권리가 있다는 뜻이므로, 이웃거주자는 적어도 토지소유자에게 “적당한 조처”를 청구할 권리가 있다고 볼 것이다.

문제는 불법행위, 인격권 및 환경권 또한 유지청구의 근거가 될 수 있는지, 그렇게 보지 않을 경우 유지청구권의 인정범위가 협소해지는 것이 아닌지의 여부이다. 민법 제214조와 제217조를 소유권자의 권리에 관한 규정으로 해석하는 것이 다수의 견해이므로, 위 규정에 따라 인근 부동산의 소유자만이 유지청구권자가 될 수 있다고 보면 임차인 등 소유자가 아닌 거주자나 기타 주변에서 생활하면서 실제로 피해를 입는 사람들이 유지청구권자가 될 수 없고, 이들의 피해를 유지청구 인용 여부에 감안할 수 없다는 문제가 있다. 그러나 불법행위, 인격권, 환경권은 그 주체와 피해이익을 제한하고 있지 않으므로 청구권자 및 피해이익의 확장이 가능하다.

우선 환경권은 헌법 규정 자체만으로는 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 확립되어 있지 않고, 그 구체적인 내용에 관하여 법률로 정하도록 하고 있다. 판례 또한 환경권에 의한 유지청구를 부정하고 있어서, 환경권의 해석에 이용할 수 있는 판례가 정립되어 있지도 않다. 따라서 법원이 법률의 근거 없이 환경권을 직접 유지청구의 근거로 삼는 것은 가해자와 피해자의 다양한 이익이 상충하는 환경소송에서 법적 불확실성을 낳을 여지가 크고, 법률로 구체적인 내용을 정하도록 한 헌법의 취지에도 맞지 않는다고 본다.[15]

15) 김상영, 부산대학교 대 (주)강암주택 사건 판결에 관한 검토, 법학연구 38권 1호, 부산

다음으로 불법행위를 유지청구의 근거로 삼는 것은 우리 법이 영미법 및 프랑스법과 달리 생활방해를 물권편에 독자적인 규정을 두고 상린관계적으로 규율하는 점과 불법행위에 대한 구제를 원칙적으로 금전배상으로 정하고 명예훼손에 대해서만 적당한 처분을 할 수 있다고 명시적으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 현행법의 해석론으로는 물권적 청구권설에 비해 부족한 면이 있고, 법리의 축적이 필요하다고 할 수 있다.[16]

마지막으로 유지청구의 근거를 인격권으로 해석하는 것은 환경이익이 모든 사람이 누리는 생활이익이라는 점과 부합한다는 장점이 있다. 그러나 종래 인격권의 이론이 프라이버시권이나 초상권 등 개인의 사생활과 관련되어 발전되어 온 점을 고려하면 인격권에 관한 기존의 해석론은 환경문제에 끌어 쓰기 어려운 점이 있고, 인격권에 관한 연구 성과가 축적될 필요가 있다. 연구가 미비한 상황에서 환경이익을 인격권으로 보는 것은 환경이익이 모든 사람에게 인정되어야 할 보편적인 권리라는 입장과 상통하지만, 실제 운용에 있어서는 불확실성을 낳을 가능성이 크다.

결국 물권설이 가장 무리가 없는 해석론으로 남고, 유지청구권의 인정범위가 협소해지는 문제는 일조이익, 조망이익, 쾌적한 생활환경에 관한 이익 등을 소유권의 내용에 포함시키는 방향으로 소유권을 해석하거나,[17] 소유자 이외의 거주자가 불편을 겪음으로 인하여

대학교 법학연구소, 1997, p. 74.도 당사자가 가지는 환경보전의 이익과 상대방의 자유 및 권리 가운데 어느 것을 우선시킬 것인가는 매우 어려운 문제이고, 이러한 판단 내지 이익의 형량을 법원이 법률의 근거 없이 내리는 것은 부적절할뿐더러 법원에 대하여 과중한 부담과 책임을 지우는 것이라고 하여 같은 취지이다.

16) 윤철홍, 환경권의 본질과 유지청구권, 민사법학 17호, 한국사법행정학회, 1999, p. 366., 김기수, 생활방해에서 본 일조권논고-현행 상린관계법규의 역할을 중심하여, 민법과 법학의 중요문제, 동국대학교출판부, 1987, p. 97.

17) 김재형, 소유권과 환경보호 -민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로, 인

결과적으로 부동산의 가치가 하락하는 부분을 소유권의 침해에 포함시키는 등의 방법으로 어느 정도 해결이 가능하다고 할 수 있다.[18] 결론적으로 현행법의 해석론으로는 물권설이 가장 적합하다고 본다.

Ⅳ. 유지청구의 방법

1. 서

유지청구를 함에 있어서 어떠한 방법의 청구가 가능한지도 수인한도 초과 여부에 대한 판단과 관련이 있다. 청구의 내용에 따라 가해자에게 금지되는 행위 내지 가해자가 취하여야 할 조치가 달라지고, 이에 따라 피해자가 얻게 되는 구제 및 가해자가 입게 되는 피해의 수준이 달라지기 때문이다. 구체적으로는 다음과 같이 논해지고 있다.

2. 방법[19]

① 방해를 일으킬 우려가 있는 원인을 제거하여 방해의 발생을

권과 정의 276호, 대한변호사협회, 1999, p. 31도 햇빛, 공기, 아름다운 자연환경을 향유하고 텔레비전이나 라디오의 전파를 이용하는 것도 소유권의 내용이라고 볼 수 있기 때문에 소극적 침해도 소유권침해로 보아야 한다고 하여 같은 취지이다.

18) 안경희, 멸종위기의 동식물 기타 자연환경의 보존을 위하여 유지청구권의 행사로서 공사중지가처분을 허용할 것인지 여부: 독일법상 환경침해를 이유로 한 공사중지청구, 판례실무연구 Ⅷ, 박영사, 2006, p. 381은 독일의 학설과 판례가 소유권이 가지는 인격적 요소를 널리 인정함으로써 결국에는 환경적 이익이나 인격적 이익까지도 보호하고 있음에 주목할 필요가 있다고 한다.

19) 남현우, 전게논문, pp. 79-82.

사전에 막는 방해예방조치, ② 환경침해가 이미 일어났고 방해하는 상태가 아직도 존재하는 경우에 그 침해원인을 전면적 또는 부분적으로 제거(배제)하는 방해제거조치 및 폐기조치, ③ 배출시설에서 나오는 오염물질의 배출정도나 소음·진동의 정도가 수인한도를 넘는 경우에 당해 시설의 소유자나 관리자에 대하여 그 배출시설이나 오염물질의 배출방지시설의 개선·대체 기타 필요한 조치를 할 것을 청구하는 개선조치, ④ 개선조치에 응하지 않을 경우의 당해 배출시설의 전부 또는 일부의 조업정지조치 등의 청구가 가능하다.

제3장 유지청구의 인용기준에 대한 기존의 논의

제1절 국내의 논의

Ⅰ. 수인한도론

1. 서

유지청구의 권원에 대하여 어떠한 입장을 취하든지, 가해행위의 존재만으로 유지청구를 인정하여야 하는 것이 아니고 사회통념상 피해자가 일반적으로 수인하여야 할 범위와 한도를 넘어서 위법할 때 그 가해행위가 유지될 수 있다.[20] 이를 수인한도론이라 한다. 사회공동생활을 영위함에 있어서는 자연환경이나 생활환경에 대한 침해행위가 불가피하게 발생할 수밖에 없고, 이런 행위를 모두 금지하는 것은 불가능하기 때문에 유지청구가 인용되어야 할 가해행위는 일정한 한도를 넘은 것에 국한되어야 한다. 민법 제217조는 생활방해가 “이웃 토지의 통상의 용도에 적합한 때” 에는 이웃 거주자는 이를 수인하여야 한다고 규정하여 수인한도론을 표현하고 있다.

2. 판단기준

수인한도의 판단기준으로 고려되어야 한다고 논해지는 요소는 매

20) 손윤하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005, p. 68. 이용우, 공해의 위법성-공해소송에서의 이익형량, 사법논집 10집, 법원도서관, 1979, p. 91. 판결로는 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850판결, 2000. 5. 16. 선고 98다56997판결 등 다수.

우 다양하다. 대체로 생활방해의 정도와 기간, 가해행위의 태양, 주위토지의 이용 상황, 방지조치의 기대가능성, 토지이용의 선후관계, 관련 행정법규의 위반 여부, 가해행위의 공공성, 기존에 존재하는 침해, 환경영향평가절차의 준수여부 등이 제시되는데,[21] 각 요소의 지위에 관하여는 같은 문제에 대한 판례이론과 종합하여 제5장에서 상세히 검토한다.

3. 수인한도론의 적용한계[22]

조홍식 교수는 수인한도론은 가해자와 피해자의 이익을 비교형량하는 것으로서, 일정한 경우에는 적용되지 않고 피해자의 이익을 우선하여야 한다는 입장을 취하고 있는 바, 그러한 경우로 다음과 같은 예를 들고 있다.

1) 상호성이 미약한 경우

소음, 악취, 가스 등 공해를 발생시켜 타인의 소유물을 자신이 배출하는 공해의 흡수원으로 사용하는 경우에는 상호성이 미약하기 때문에, 가해자의 이익보다는 피해자의 권리보호라는 측면에서 접근해야 한다고 한다.[23]

---

21) 곽윤직 외, 민법주해(V), 박영사, 1992, p. 304., 이은영, 물권법, 박영사, 2006, p. 465., 김재형, 전게논문, p. 32., 이용우, 전게논문, p. 97 등

22) 조홍식, 상린관계의 법정책: 항공기소음을 글감으로 하여, 서울대학교 법학 50권 3호, 서울대학교출판부, 2009, p. 82.

23) 손윤하, 전게서, p. 69.도 사회생활에서 통상 예측할 수 있는 범위를 넘어선 공해는 통상 주고받을 수 있는 것이 아니므로 수인한도론이 적용되어서는 안 된다고 하는 바, 위의 논지와 일맥상통하는 것으로 보인다.

2) 교정적 정의에 반하는 경우

형평성 측면에서 교정적 정의 관념에 비추어 인정될 수 없는 행위까지 허용될 수는 없다. 예를 들어 사람의 생명과 신체는 태고로부터 사람의 자율성이 인정되기 위한 본질적인 권리로 인정되어 이를 침해하는 행위는 처벌 또는 손해배상의 대상이 되고 있으므로, 사람의 생명과 신체를 침해하는 행위는 설령 그러한 행위를 허용함으로 인하여 얻는 효용이 다대하다고 하더라도 허용되어서는 안 된다.

3) 권리의 중핵을 침해하는 경우

권리의 중핵과 주변부를 구별하여, 권리의 중핵이 침해된 경우에는 비록 그 권리가 태고로부터의 권리가 아니라도 피해자는 침해의 배제나 예방을 구할 수 있다는 이론이다. 소유권의 침해나 사적 수용, 무단점거, 타인 소유물의 취거, 적극적 가해 등이 권리의 중핵을 침해하는 행위의 예로 제시된다.

Ⅱ. 위법성단계설

1. 의의

유지청구는 방해제거조치, 조업정지, 시설철거 등의 방법에 의하여 공해 자체의 배제를 구하는 것이므로 손해배상청구에 비해 그것이 인용되었을 때 가해자가 입는 타격이 클 수 있다. 따라서 유지청

구의 요건으로서의 수인한도 또는 위법성의 강도는 손해배상청구의 인용에 필요한 그것보다 높아야 한다는 것이 통설이다. 이를 위법성 단계설이라 한다.[24]

위법성단계설에 대하여는 위법성은 양적 개념이 아니라 질적 개념이므로 손해배상청구의 인용에 필요한 위법성과 유지청구의 인용에 필요한 위법성 사이에 차이를 인정할 수 없다는 비판이 제기되지만, 비판론 중에서도 당사자 간의 이익형량에 의해 유지청구는 부인되지만 손실보상이 필요한 사안은 있을 수 있다는 견해도 있어서, 가해행위를 유지하여야 하는 사안의 범위가 피해자가 금전으로 구제받을 수 있는 사안의 범위보다는 좁다는 점을 인정하는 것이 다수의 견해로 보인다. 이에 따라 손해배상청구에 필요한 일반적인 불법행위를 넘어선 특수한 사정을 유지청구의 요건으로 제시하거나, 일정한 경우에는 유지청구가 인용될 수 없다고 주장하는 견해가 많다. 예를 들면 다음과 같다.

2. 유지청구가 인용될 수 있는 특수한 사정

① 피해자를 해칠 의사가 있는 경우 ② 상황이 용이하게 개선될 수 있는 경우 ③ 피해자의 생명·신체에 위험이 발생한 경우 ④ 금전으로 회복할 수 없는 손해가 생길 우려가 있는 경우 ⑤ 침해가 중대하고 장기에 걸친 경우 등을 제시하는 견해가 있다.[25] 또한 속리

---

24) 지영난, 전게논문, p. 529.

25) 진순석, 교육환경권 침해와 유지청구, 형평과 정의 10집, 대구지방변호사회, 1995, p. 114. 손윤하, 전게서, p. 371.에 따르면 유지청구가 인정되기 위해서는 적어도 환경침해로 인한 피해자의 권리침해가 권리의 본질이 침해되는 정도이거나, 침해로 인하여 회복될 수 없는 손해가 발생하거나 그 손해가 금전으로 배상할 수 없는 경우에 한해야 한다고 하는 바, 유사한 견해로 보인다.

산 문장대온천시설 조성공사중지 가처분사건의 1심 법원은 식수를 오염시키는 부당침해에 대하여 사후적 금전배상으로는 회복, 전보할 수 없는 생존에 직결된 환경이익을 침해받는 이상, 그 침해의 위험을 사전에 방지하기 위한 유지청구권도 부여된다고 하여 “사후적 금전배상으로는 회복, 전보할 수 없는 생존에 직결된 환경이익을 침해받을 것”을 요건으로 설시한 듯한 인상을 준다.[26]

3. 유지청구가 인용될 수 없는 특수한 사정

민법 제217조의 토지소유자 또는 이웃거주자가 침해를 용인하여야 하는 경우를 독일 민법의 해석론을 원용하여 설명하면서, ① 경미한(비본질적인) 침해, ② 토지의 통상적인 이용, ③ 공공의 이익에 직접 봉사하는 생존배려시설의 경우에는 유지청구가 제한될 수 있다고 하는 견해가 있다.[27]

또한 독일의 경우에는 연방임밋시온보호법 제14조에서 인가를 받은 시설에 대한 영업정지 청구를 금지하고 있으며, 행정절차법 제75조 제2항에 따르면 계획확정절차를 통하여 수립된 계획이 확정되어 취소할 수 없게 된 경우에는 유지청구권의 행사가 배제된다고 한다.[28]

---

26) 청주지방법원 1998. 2. 26. 선고 97카합613판결. 위 판결의 항소심에서는 수인한도를 넘는 환경이익침해의 염려가 없다는 이유로 원심판결을 취소하였으나, 위의 판시내용을 포함한 환경권 및 부동산 소유권에 관한 법리는 그대로 인용하였다. 상고심에서는 심리미진을 이유로 원심을 파기환송하였으며, 유지청구의 인용 요건에 관하여는 수인한도를 넘어서는 환경이익의 침해가 있으면 된다는 일반적인 설시만을 하였다.

27) 전경운, 환경사법론, 집문당, 2009, pp. 79-108.

28) 이재진, 환경오염에 있어서의 유지청구권, 법학의 현대적 제문제: 덕암 김병대 교수 화갑기념 논문집, 대흥기획, 1998, p. 374.

제2절 국내의 판례이론

Ⅰ. 서

유지소송에 관한 법원의 재판례는 개개의 사건별로 적용되는 기본적인 법리와 법원이 특히 중요하게 감안한 요소, 수인한도 초과 여부에 대한 결론을 제시하고 있다. 이하에서는 수인한도의 판단기준과 관련이 있는 재판례를 요약하였다.

Ⅱ. 관련 사례[29)]

1. 대법원 1974. 12. 24. 선고 68다1489판결

이 사안은 한일병원 인근에 주택을 소유하고 있는 주민인 원고가 병원에 설치된 시체실 때문에 정신적인 고통을 받고 있다는 이유로 시체실의 사용금지를 구한 사안이다. 대법원은 수인한도론에 따라 한일병원이 “시체로부터 발산하는 악취의 확산방지나 제거를 위한 조치, 유족이나 조객들의 곡성이 외곽에 전파되지 않도록 하는 조치, 시체봉구시의 시체의 일반인에의 노출방지 조치 등 적절한 조치를 취하지 않고 원심이 인정한 상태대로 계속 사용한다면, 원고와 그의 가족들은 시체에서 발산하는 악취, 유족이나 조객들의 곡성 및 일반시민이 직접 보기를 꺼려하는 시체의 운구를 빈번히 보게 됨으

29) 이하의 판례들은 조홍식, 판례환경법, 박영사, 2012, 김재형, 전게논문, 남현우, 전게논문에서 인용.

로 인하여 죽음에 대한 공포와 결과를 낳고 또 생활환경상의 안정이 심히 저해받게 될 것이고, 원고가 받게 되는 위 피해와 고통은 사회 관념상 일반적으로 요구되는 수인의 정도를 초과”한다고 인정하고, 원고의 위와 같은 청구가 권리남용이라고 볼 수도 없다고 판시하였다.

2. 서울지방법원 동부지원 1988. 4. 20. 선고 88카단8127판결

한일시멘트공장 인근 주민들이 공장가동으로 인한 소음, 분진, 진동 등으로 피해를 입고 있다며 일몰 후 일출 전까지 위 소음, 분진, 진동을 일으키는 주된 원인인 공장 조쇄기의 가동중지를 구한 사안이다. 법원은 “환경보전법 및 동 시행규칙이 규정하는 소음배출 허용기준은 거주자가 수인해야 할 한도이고, 이 한도의 인정은 공법상 기준으로 된 지역에서는 사법상에 있어서도 원칙으로 그 기준을 따라야 할 것이지만 공법상의 기준이 상정한 지역적·추상적 조화가 개개의 구체적인 사법상의 생활방해의 사안에 대하여 타당하지 아니한 경우에도 수정될 수 있고, 그 피해자의 수인한도의 경감 또는 가중의 사유로서 피침해이익의 종류 및 정도, 침해행위의 사회적 유용성(공공성), 당해 지구의 현실적인 토지이용상황(지역성), 토지이용개시의 선후관계(선주성), 가해자의 방지조치 태만 여부, 손해의 회피가능성, 관청의 인·허가 기준의 준수, 환경영향평가 및 민주적 절차의 이행 여부 등을 기준으로 하여 판단할 수 있으며, 그 침해가 사회생활상 수인해야 할 한도를 넘어 위법한 경우에도 방해배제 또는 예방청구권(유지청구권)의 성립을 결정함에 있어서는 불법행위에 의한 손해배상청구권의 유무판단에 있어 고려된 수인한도(위법

성)와 반드시 같은 기준으로 판단되어서는 아니될 것이다.” 라고 하면서, 회사가 공해배출방지를 위한 당국의 개선명령에 따른 시설개선조치를 여러 차례 이행하고 그 적합판정을 받아 왔는데, 환경보전법상 조업정지, 제한은 일반적으로 개선명령을 받은 자가 개선명령을 이행하지 아니하거나 기간 내에 개선하였으나 검사결과 배출허용기준을 계속 초과할 때 이루어지는 점, 주변 국도를 통행하는 차량, 열차로부터도 소음이 발생되고 있는 점, 공장설비가 당국의 인가를 받은 점, 조업정지가 전공정의 가동중단을 초래하여 그 손해가 막대한 점, 회사가 지역주민에 대한 공해피해보상과 이주대책 마련을 위한 계속적인 노력을 하고 있는 점, 회사의 공장규모 및 생산실적, 가처분신청의 경위 등을 종합하여 수인한도를 넘는 침해를 부정하였다.

3. 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다31210 판결

오피스텔 신축으로 인하여 진동과 균열 등의 피해를 입은 주변 건물 소유자가 오피스텔의 공사금지를 가처분으로 구한 사안이다. 대법원은 가처분이의사건에서 원심이 피신청인이 가처분 이후에 신청인에 대한 피해를 줄이기 위하여 지하굴착공법과 굴착깊이 등에 대한 설계를 변경하여 허가를 받은 점, 폭약 대신 팽창력에 의하여 바위를 갈라지게 하는 무진동 파쇄제를 사용하여 굴착하기로 계획한 점, 피해건물의 지하층은 지하의 암반위에 기초되어 있는 점, 피신청인이 건축하고자 하는 건물은 지하 6층 지상 18층의 오피스텔로서 현재 50%가 이미 분양되어 있으며, 가처분결정의 대상지역을 제외한 나머지 부분은 지하굴착공사가 거의 완료되어 있는 점 등을

기초로 공사가 속행될 경우 신청인 소유의 건물이 입게 될 추가피해가 그다지 크지 않으나 결정이 유지될 경우 피신청인이 막대한 손해를 입을 우려가 있다고 보아 특별사정에 의한 가처분취소를 인정한 결론을 수긍하였다.

4. 서울민사지방법원 1995. 1. 12. 선고 94카합12282 결정

피신청인 유원건설주식회사가 서울특별시로부터 서울 북부 도시고속화도로 제3공구 공사를 도급받아 터널을 뚫고 이를 확장하는 발파 공사를 진행하던 중, 공사현장 부근에 거주하는 주민들인 신청인들이 위 발파공사로 인하여 거주하는 건물들에 균열이 발생하고 화약폭발시의 소음으로 생활에 막대한 지장을 받고 있으며 공사를 계속할 경우 건물이 붕괴될 우려가 있다고 주장하면서 공사금지가처분신청을 한 사안이다. 법원은 터널공사의 규모, 진행정도 등에 비추어 공사를 무조건 금지시킬 수는 없다고 보고, 피신청인들이 위 터널공사를 계속하되 신청인들의 건물 등에 피해가 가지 않도록 발파진동속도를 허용기준치보다 낮은 0.3㎝/sec로 정하였고, 소음에 관하여는 소음·진동규제법상의 주거지역의 공사장 소음기준을 초과하는 소음을 내어서는 안 된다고 결정하였다.

5. 대법원 1995. 5. 23. 선고 94마2218 결정

청담공원 인근에 골프연습장이 설치인가처분을 받자 주민들이 교통체증, 소음과 조명 등으로 인한 생활환경 침해를 이유로 공사금지가처분을 신청한 사안이다. 대법원은 원심이 피신청인이 서울특별시

강남구청장으로부터 위 골프연습장설치 인가처분을 받음에 있어 위 골프연습장에 대한 주차장의 충분한 확보, 완벽한 방음시설, 건물 전면에 소로 개설, 주택가로의 조명 차단, 그린(Green)에 인조잔디를 입힐 것 및 최소한의 녹지훼손 등을 인가조건으로 하여 인가처분을 받은 점에 비추어 인가조건을 충족한다면 수인한도 내에 있다고 보아 피보전권리를 부인한 결론을 수긍하였다.

6. 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결

부산대학교 주변에 24층 아파트가 신축되어 일조, 조망, 사생활 및 교육환경이 침해된다는 이유로 학교법인이 신축공사의 금지를 가처분으로 구한 사안이다. 대법원은 인접 대지에 건물이 건축됨으로 인하여 입는 환경 등 생활이익의 침해를 이유로 건축공사의 금지를 청구하는 경우에 수인한도 초과 여부를 판단함에 있어서는 “피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해 회피의 가능성, 인·허가 관계 등 공법상 기준에의 적합 여부, 지역성, 토지 이용의 선후관계 등 모든 사정을” 고려하여야 한다고 하면서, 원심이 이 사건 토지 주변의 지역성, 피신청인이 아파트를 건축하게 된 경위, 아파트 건축공사를 시작할 당시와 현재의 주위 상황, 아파트의 완성으로 인하여 예상되는 위 부산대학교에 대한 교육환경 침해의 태양과 정도, 아파트 건축공사가 금지됨에 따라 피신청인이 입게 될 손해의 정도 등을 감안하여 아파트 건축공사 중 18층을 초과하는 부분에 대한 공사를 금지시킨 결론을 수긍하였다.

7. 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결

서울시내에 위치한 전통사찰인 봉은사가 사찰부지 옆에 19층 건물인 '운봉빌딩'을 신축하려는 건축주와 공사수급인을 상대로 일조, 조망, 사생활 및 종교환경이 침해된다는 이유로 신축공사의 금지를 구한 사안이다. 대법원은 수인한도 초과 여부를 판단함에 있어 부산대학교사건과 같은 고려요소를 제시하면서, 원심이 신청인이 건물신축으로 입게 될 환경침해의 정도,[30] 건축주와 공사수급인인 피고들이 건물신축에 대한 권리제한으로 입게 될 손해, 층고를 낮춤으로 인한 건축미 및 경제성의 저하, '운봉빌딩'과 원고 사찰의 전체 경관과의 조화 등을 고려하여 19층 건물 중 16층부터 19층까지 부분에 대한 공사를 중지시킨 결론을 수긍하였다.

다만 원심은 일조침해 부분은 일조에 관한 행정법규가 운봉빌딩 부지에는 적용되지 아니하고 일조침해시간이 일출시부터 오전 9시 내지 10시 가량으로서 비교적 단기간에 그치는 점을 들어 수인한도를 넘지 않는다고 판단하였으며, 대법원은 이를 수긍하였다.

8. 대법원 1998. 4. 28. 선고 97다48913 판결

토지소유자의 지하수개발로 인하여 기존의 원천에서 나오는 지하수를 이용하고 있던 인근 토지 소유자의 생활용수에 장해의 염려

30) 운봉빌딩이 사찰의 경관과 조화되지 아니하여 사찰의 경관이 훼손되는 점, 사찰 경내의 시계 차단으로 조망이 침해되는 점, 승려나 신도들의 일상생활이나 종교활동이 감시되는 듯한 불쾌감과 위압감을 불러일으킴으로써 사찰의 조용하고 쾌적한 종교적 환경이 침해될 우려가 있는 점 등이 제시되었다.

가 발생한 사안이다. 법원은 소유권 방해제거·예방청구권에 관한 민법 제214조의 규정과 용수장해로 인한 용수권자의 손해배상청구권 및 원상회복청구권에 관한 민법 제236조의 규정을 종합하여 볼 때 그와 같은 생활방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서지 않는다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 생활방해는 위법하다고 할 것이고, 토지소유자가 지하수 개발에 대하여 관할 행정청으로부터 먹는물관리법에 의한 허가를 받았다는 사유만으로는 생활방해가 정당화된다고 할 수 없다고 판시하였다.

9. 부산고등법원 1999. 4. 29. 선고 98나10656 판결

부산 해운대구 우동 일대의 주상복합건물 신축공사에 관하여 인근 아파트 주민들이 일조침해, 조망침해, 공사로 인한 소음, 진동, 분진, 완공 후의 교통체증, 소음, 매연, 주변과의 부조화, 해운대 지역의 환경이익 훼손 등을 이유로 공사금지가처분을 구한 사건이다.

법원은 일조침해에 관하여는 동지일 기준 09시~15시 사이에 연속 2시간 또는 08시~16시 사이에 4시간의 일조시간이 확보되면 수인한도 내에 있다는 기준을 제시하면서, 피해아파트에 위 기준에 따른 일조시간이 확보되는 점과 주민들이 입주 당시 주상복합건물 부지가 상업지역으로 지정되어 건물이 건립되리라는 점을 알았거나 알 수 있었던 점을 종합하여 수인한도를 넘는 일조침해를 인정하지 않았다.

한편 조망침해에 관하여는 경관이 조망되지 않는 평지에 고층건물이 축조되어 주변 경관을 조망할 수 있게 된 경우에 조망권이 인정되는지에 대하여 의문을 표시하면서, 설사 조망권이 인정된다 하

더라도 주상복합건물 신축으로 인해 조망이 방해되는 경관이 해운대해수욕장 자체가 아니라 동백섬과 솔밭유원지의 일부 및 해운대 앞 바다의 일부에 불과한 점, 피해아파트에서는 원래 인근에 있는 기존의 다른 건물들 때문에 모래사장을 비롯한 해운대해수욕장의 전경이 보이지 않는 점, 고층건물의 건축되리라는 점을 주민들이 알았거나 알 수 있었던 점을 종합하여 수인한도를 넘는 조망침해를 부정하였다.

한편 신청인들은 자신들 이외에 해운대해수욕장을 바라보는 일반인들의 조망권이 침해된다는 점, 교통혼잡 때문에 일반인들이 피해를 입는 점, 해운대해수욕장이 경승지로서 갖는 가치가 훼손되는 점 등 공공 또는 일반공중의 이익을 가처분의 근거로 삼거나 적어도 그 가처분의 당부를 판단함에 있어서 충분히 반영하여야 한다고 주장하였다. 그러나 법원은 개인의 사권의 보호를 중심으로 하는 민사상의 가처분재판에 있어서 특별한 사정이 없는 한 공공 내지 일반인의 이익이나 환경적 이익 등 공중 또는 제3자의 이익은 가처분의 근거가 되는 피보전권리로 삼을 수 없고[31], 건물 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 타인에 대한 위법한 가해행위에 해당하는지를 평가함에 있어서 판단하여야 하는 피해이익의 공공성이라는 것은 예컨대 피해건물이 학교 · 병원이라는 경우와 같이 그 자체의 용도의 공공성과 같은 구체적인 것이지 제3자인 일반인들에 대한 공공성을 가리키는 것이 아니라고 판시하였다.

---

31) 법원은 이러한 일반인 또는 시민 내지 주민들의 이익 즉, 공공성에 대한 배려는, 일차적으로는 공공의 이익을 위하여 봉사하는 것을 임무로 하는 공무원들의 공무집행, 가령 이 사건의 경우 도시설계심의, 교통영향평가심의 및 건축허가심의 등의 과정에서 고려될 것이고, 2차적으로는 행정법원에서 그 당부를 판단함에 있어서 고려할 사항이지, 민사소송에서 가릴 성질의 것이라고 보기는 어렵다고 하였다.

10. 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다53001 판결

경북 상주시에 ‘문장대온천관광지’ 조성사업이 허가되어 공사가 진행되자 인근 거주자들이 공사로 인해 식수나 농업용수가 오염된다는 이유로 공사금지를 가처분으로 구한 사안이다. 대법원은 상류지역 관광지에 오수처리시설이 설치되더라도 그 효능이 불확실하여 배출될 오수가 확실히 정화처리 될 수 없고, 이로 인하여 그 인근 주민들의 식수, 농업생활용수 등이 오염되어 환경이익 등이 침해되거나 침해될 우려가 있고, 이러한 침해는 수인한도를 넘는다고 보이며, 이러한 환경상 이익은 관광지 조성공사로 인한 피신청인이나 관광객들이 가지는 영업상의 이익 또는 여가생활향유라고 하는 이익보다 훨씬 우월하다고 판시하면서 환경이익 등의 침해가 수인한도를 넘지 않는다고 본 원심을 파기하였다.

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

부천경인고속도로 인근 빌라에 거주하는 주민들이 고속도로에서 유입되는 소음으로 인하여 입은 환경 등 생활이익의 침해를 이유로 일정 한도를 초과하는 소음이 유입되지 않도록 하라는 내용의 민원을 제기하자 고속도로를 관리하는 한국도로공사가 그러한 책임이 없다며 주민들과 지자체인 부천시를 상대로 채무부존재확인소송을 제기한 사안이다. 대법원은 부산대학교 사건과 같은 고려요소를 제시하면서, 원심이 피고 주민들이 입주하기 전에 고속도로의 확장공사가 완료된 점, 고속도로 준공이 되기 1년 전 무렵 원고가 이 사건

빌라 부지를 매도하여 이 사건 빌라의 신축공사가 시작된 점, 원고가 이 사건 빌라의 높이 및 구조 등을 고려한 방음벽을 설치할 수 있었던 것으로 보이는 점, 도로변 지역에 있는 일반주거지역의 소음환경기준은 낮에 65dB, 밤에 55dB을 초과하지 않도록 규정하고 있는 점, 원고가 높이 4.5m의 방음벽과 무인속도측정기를 설치하고 도로평탄화를 위한 내유동성 포장을 하였음에도 피고 주민들 주거지의 1일 평균 소음도는 66dB에서 78dB까지 나타나고 있는 점, 부천시가 이 사건 지역을 소음·진동규제법 제28조 소정의 교통소음·진동규제지역으로 지정하여 통행차량에 대한 속도 제한, 우회 등의 조치를 하거나, 방음시설에 관한 조치를 취하고자 하였으나, 원고가 차량운행 등을 규제할 경우 교통소통에 지장이 발생한다는 등의 이유로 이를 반대하여 교통소음·진동규제지역으로 지정하지 못한 점, 소음 피해가 가장 심한 빌라 4층 주택의 소음도를 감소하기 위하여는 13m 높이로 방음벽을 보강할 것이 요청되고, 그 공사비용은 12억 원 정도가 소요되는 점, 원고가 관리하는 이 사건 고속도로의 공공적 기능 등을 종합하여 환경정책기본법상 소음환경기준인 65dB 이상의 소음이 발생하는 경우에는 사회생활상 통상의 수인한도를 넘는 것으로서 위법하고, 원고는 56dB 이상의 소음이 이 사건 빌라 주민들에게 유입되지 않도록 방음조치를 취할 의무가 있다고 한 결론을 수긍하였다.

12. 부산지방법원 2009. 8. 28. 선고 2009카합1295 결정

아파트 인근에 새로운 아파트가 건축되자 일조피해를 받는 아파트 주민들이 공사금지를 구한 사안이다. 법원은 고려요소로서 부산

대학교 사건과 유사하게 “피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 지역성, 토지 이용의 선후관계, 교섭경과 등 모든 사정을” 고려하여야 한다고 하면서, 공사금지는 손해배상과 달리 상대방의 헌법상 보장된 재산권 행사 자체를 전면적으로 제한하게 되는 점에 비추어 수인한도를 넘는지 여부를 더욱 엄격히 심사할 필요가 있다고 보았다.

또한, 일조피해를 받게 되는 건물이 이미 다른 기존 건물에 의하여 일조방해를 받고 있는 경우 또는 그 구조 자체가 충분한 일조를 확보하기 어렵게 되어 있는 경우에는, 가해건물 신축 결과 피해건물이 동짓날 08시부터 16시 사이에 합계 4시간 이상 그리고 동짓날 09시부터 15시 사이에 연속하여 2시간 이상의 일조를 확보하지 못하게 되더라도 언제나 수인한도를 초과하는 일조피해가 있다고 단정할 수는 없고, 가해건물이 신축되기 전부터 있었던 일조방해의 정도와 신축 건물에 의하여 발생하는 일조방해의 정도를 비교하여야 한다고 보았다.

이에 피해아파트가 구조 및 방향으로 인하여 기존 일조시간이 오전 중 4시간뿐인 점, 건물신축으로 추가된 일조방해시간이 종전보다 짧은 점, 신축건물 부지가 준주거지역이어서 허용되는 건폐율 및 용적률이 피해아파트 부지인 제3종 일반주거지역보다 높은 점, 신축건물이 건축법에 위반되지 않는 점, 주민들이 건물신축을 예상할 수 있었던 점, 피해아파트도 28층으로 상당히 고층건물에 속하는 점, 건물 일부는 분양이 완료된 점, 피신청인이 민원을 고려하여 층수를 조정하고 각 동의 구조를 변경하는 등 설계변경을 거친 점 등을 감안하여, 피해아파트는 연속일조시간이 30분 미만이고 총일조시간이

1시간 미만인 경우인 4라인에 한하여 수인한도를 넘는 것으로 보았고, 공사금지의 범위는 4라인 주민의 상당수가 구제되는 수준인 15층을 넘는 부분의 공사를 금지하는 것으로 제한하였다.

Ⅲ. 소결

이상의 사건들에서 법원이 제시한 법리는 환경침해의 유형이나 구체적인 상황에 따라 다소간의 차이가 있다. 그러나 하나의 기준만을 적용하지 않고 피해의 정도와 침해행위가 금지될 경우 가해자가 입을 손해를 비롯하여 다양한 사정을 고려요소로 삼아 종합적으로 판단하는 점은 모든 사건에서 같다. 가장 구체적으로 수인한도의 판단기준이 제시된 환경침해는 일조침해인데, 이 경우에도 당해 기준-6시간 중 연속 2시간 또는 8시간 중 총 4시간-에의 부합 여부에 인근 나대지에의 건물신축에 대한 피해자의 예견가능성을 종합하여 수인한도를 넘지 않는다는 결론을 내고 있다.

제3절 비교법적 논의

Ⅰ. 미국의 법제와 논의

1. 불법방해(nuisance)의 법리

영미법에서는 전통적으로 환경침해에 관하여 불법방해(nuisance)의 법리를 적용하여 왔다. American Law Institute의 Restatement of the Law of Torts는 nuisance를 「토지의 사적

사용과 향유에 있어서 사인의 이익의 침해」 라고 정의하고 있다.

nuisance의 성립요건으로서는 ① 손해의 실질성(substantial), ② 손해의 불합리성(unreasonable), ③ 손해와 가해행위 사이의 인과관계의 존재가 요구된다.[32] 손해의 실질성(substantial)이라 함은 침해에 따른 실제적 손해의 존재를 뜻한다.[33] 손해의 불합리성(unreasonable)은 침해행위와 손해간의 이익교량을 뜻하는 개념으로 구체적으로는 피해의 성질·정도, 피침해이익과 침해행위가 가지는 사회적 가치, 지역적합성, 손해의 회피가능성, 침해의 방지조치 및 가해자 측의 악의 등이 그 판단요소가 된다.[34]

nuisance에 대하여는 원칙적으로 보통법상의 구제수단인 손해배상이 인정되며, 이로써 불충분한 경우에는 형평법상의 구제수단으로 방해배제가 인정된다. 일반적으로 ① 성질상 피해가 금전으로 평가할 수 없는 경우이며 사람의 건강이나 환경 일반에 대한 피해인 경우, ② 피해의 회복이 불가능한 경우, ③ 성질상 피해가 계속하는 경우, ④ 원고의 토지에 중대한 침해가 있는 경우 등에서는 보통법상의 손해배상으로 충분하지 않다고 본다.[35]

2. 환경침해에 관한 법경제학적 논의

가. 의의

---

32) Prosser, Law of Torts, 4.ed, 1971, p. 591., 남현우, 전게논문, p. 62.에서 재인용.
33) 4 Restatement § 822 comment g, p. 230; Staudinger-Seufert, § 906 Rz, 22., 남현우, 전게논문, p. 62.에서 재인용.
34) 조은래, 환경오염피해에 대한 민사적 구제의 비교법적 연구, 비교법학 제9집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 1998, p. 191.
35) 조은래, 전게논문, pp. 193-194.

환경침해 논쟁을 불러일으키는 인간의 활동은 공해를 유발하는 동시에 인간에게 효용을 가져다주는 상호성(reciprocal nature)을 지닌다. 따라서 환경문제에 관한 판단은 수용 가능한 여러 가지의 대안 중에서 하나를 선택하는 사회적 선택의 문제이다. 이에 법경제학자들은 대안으로서 "효율"을 제시한다.[36] 예를 들어 Coase에 따르면 상린관계에 관한 분쟁은 문제되는 침해행위의 존부에 관하여 더 큰 가치를 부여하는 측에 재산권을 설정하는 방법에 의하여 효율적으로 해결될 수 있다. 한편 Calabresi에 따르면 불법행위는 최소비용으로 이를 회피할 수 있는 지가 책임을 지도록 하여야 한다. 이들은 상린관계에 관한 분쟁을 해결함에 있어서 다음과 같은 점에 집중한다.

나. 착안사항

1) 자원의 효율적 배분을 통한 사회 전체적 효용의 극대화

사회 전체적 효용을 극대화하기 위해, 손해보다 이익이 더 큰 침해행위를 금지해서는 안 된다. 효용의 크기를 어떻게 평가할 것인지에 대해서는 논란이 있으나, 일단 가해자와 피해자 쌍방이 문제되는 침해행위의 존부에 부여하는 금전적 가치를 기준으로 한다.[37]

---

36) 조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, 민사판례연구 22권, 박영사, 2000, p. 72.

37) 사실 유지청구에서 많은 사례가 가해자와 피해자의 피해를 금전적 가치로만 평가할 수 없거나, 금전적 가치로 평가할 수 있더라도 실제로 추산하기가 어려운 사안이다. 예를 들어 일조방해로 인해 하락한 주택의 가치는 추산할 수 있겠지만, 그로 인하여 주민들이 겪고 있는 정신적 스트레스가 모두 하락한 주택의 가치에 반영되어 있다고 보기는 어렵다. 만약 정신적 스트레스가 하락한 주택의 가치에 모두 반영된다면, 일조방해를 그대로 두고 주민들에게 하락한 주택가격만큼을 보상하면 주민들의 정신적 스트레스가 사라져야 할 것이다. 하지만 주민들은 가격하락분이 보상금에 의하여 종전과 동일하게 보전된 주

2) 파생되는 비용 부담

어떤 환경침해행위를 하려는 자에게 그 행위를 함으로 인하여 파생되는 비용을 부담하게 하는 것은 형평성뿐만 아니라 효율성 측면에서도 의미가 있다. 파생되는 비용은 일종의 외부효과인데, 법원이 행위자에게 비용부담을 강제함으로써 외부효과를 내부화하고, 그로 인해 환경침해가 사회적으로 적절한 행위인지 여부 및 그러할 경우의 적절한 행위수준을 이끌어낼 수 있기 때문이다. 예를 들어 개발사업으로 인해 환경오염이 발생하고, 이로 인하여 인근 주민이 피해를 입게 될 경우, 사업자가 주민들이 입는 피해를 보상하도록 강제하여야 사업자가 사업 개시 여부를 결정함에 있어서 주민들의 피해를 고려하게 된다. 따라서 부작용이 더 큰 사업이 시작되는 것을 미연에 방지할 수 있고, 사회 전체의 효율성 증진에 이바지하게 된다.

다만 효율성의 측면에서 볼 때 위와 같이 행위자가 비용을 부담하여야 한다고 하여 어떤 행위로 인해 파생되는 모든 비용을 부담하여야 하는 것은 아니다. 비용을 청구하고, 산정하고, 지급하는 절차 자체로부터 발생하는 비용이 지급하여야 할 비용을 능가할 수도 있고, 근본적으로 인간이 하는 행위는 다른 사람에게 크든 작든 영향을 끼칠 수밖에 없어서 환경침해행위를 하는 경우에만 모든 비용을 부담하도록 하는 것은 형평에 어긋나고 환경침해행위를 지나치게 억제하는 방향으로 행위자의 유인을 왜곡하기 때문이다.[38]

택에서 계속 일조방해를 받고 있기 때문에 정신적 스트레스가 모두 사라진다고 볼 수 없다. 즉 효용수준이 일조방해를 받기 이전보다 더 낮은 것이다.

38) 예를 들어 악취가 발생하는 공장이 있어서 인근에 거주하는 주민과 행인에게 불쾌감을 준다고 할 경우, 주민과 행인 모두 피해를 입지만 주민의 피해는 계속적, 반복적이고 행인의 피해는 일시적, 일회적이다. 그 행인은 그 날 공장의 다른 악취 외에도 다른 원인

3) 불확실성과 거래비용

환경오염규제 분야에 있어서 적용할 수 있는 제도적 장치로서, Calabresi와 Melamed는 전통적으로 인정되어온 방법을, (1) 오염으로부터 자유로울 권원을 재산권 규칙으로써 보호하는 법리(entitlement to be free from pollution protected by property rules), (2) 오염으로부터 자유로울 권원을 배상책임 규칙으로써 보호하는 법리(entitlement to be free from pollution protected by liability rules), (3) 오염을 야기할 권원을 재산권 규칙으로써 보호하는 법리(entitlement to pollute protected by property rules)의 세 가지 방법으로 정리하고, 전통적으로 그리 검토되지 않았던 한 가지 방법, 즉 (4) 오염을 야기할 권원을 배상책임 규칙으로써 보호하는 법리(entitlement to pollute protected by liability rules)를 제안한다.[39]

어떠한 상황에서 어떠한 법리를 적용하여야 하는지는 가해자와 피해자 간의 회피비용의 차이와 누가 최소비용 회피자인지에 대한 확실성의 정도에 따른다. 확실히 가해자가 피해자보다 경제적으로 오염으로 인한 비용을 회피 또는 감축할 수 있을 때에는 법리 (1)을 적용할 수 있고, 반대로 확실히 피해자가 가해자보다 경제적으로

(식당 밥이 맛이 없었다든가, 응원하는 야구팀이 경기에서 졌다든가 등등)으로 공장의 악취로부터 받은 이상의 불쾌감을 받았을 수도 있는데, 유독 공장만이 행인의 피해를 보상하도록 하는 것은 공장운영의 유인을 식당운영이나 야구단 운영에 비해 과도하게 억제하는 것이 된다.

39) Guido Calabresi; Douglas A. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", Harvard Law Review Vol. 85 (1972), 이성훈, 미국 법경제학의 현황과 사법정책적 시사점, 사법논집 26집, 법원도서관, 2006, pp. 69-70.

오염으로 인한 비용을 회피 또는 감축할 수 있을 때에는 법리 (3)을 적용한다.[40] 그러나 누가 최소비용 회피자인지 확실하지가 않은 상황에서는 보다 확실하게 비용을 파악할 수 있는 일방의 비용을 상대방이 배상하도록 하는 방식으로 법리 (2) 또는 법리 (4)를 적용한다. 이렇게 되면 상대방의 비용을 부담하여야 하는 자는 자신의 회피비용과 상대방의 비용을 비교하여 비용을 최소화하는 방향으로 선택을 할 수 있기 때문에 효율적인 결과가 달성된다. 이상의 내용을 표로 나타내면 다음과 같다.

<table>
<tr><td colspan="2" rowspan="2">거래비용이 없는 경우</td><td colspan="4">거래비용이 있는 경우</td></tr>
<tr><td colspan="2">최소비용회피자가 확실한 경우</td><td colspan="2">최소비용회피자가 불확실한 경우</td></tr>
<tr><td>가해자의 회피비용 ∧ 피해자의 회피비용</td><td>유지청구 인용 (법리 1)</td><td>가해자의 회피비용 ∧ 피해자의 회피비용</td><td>유지청구 인용 (법리 1)</td><td>피해자의 회피비용이 보다 분명</td><td>유지청구 기각, 손해배상 청구 인용 (법리 2)</td></tr>
<tr><td>가해자의 회피비용 ∨ 피해자의 회피비용</td><td>유지청구 기각 (법리 3)</td><td>가해자의 회피비용 ∨ 피해자의 회피비용</td><td>유지청구 기각 (법리 3)</td><td>가해자의 회피비용이 보다 분명</td><td>유지청구 인용, 피해자가 비용부담 (법리 4)</td></tr>
</table>

<표 1-법경제학적 논의에 따른 유지청구의 결론>[41]

위와 같이 적용하는 법리를 달리하는 목적은 사회 전체적인 비용

40) 이성훈, 전게논문, pp. 70-71.
41) 김일중, 법경제학 연구-핵심이론과 사례분석, 한국법제연구원, 2008, pp. 198-204.

을 최소화하여 효율성을 달성하기 위함이다. 비용 회피자인지에 대하여 불확실성이 존재하는 경우에도 당사자 간의 거래비용이 낮다면, Coase 정리에 의할 때 재산권원리를 적용하더라도 효율성 추구에 문제가 없다. 설령 법원이 최소비용 회피자가 아닌 자에게 회피를 명하더라도, 회피를 명령받은 자와 최소비용 회피자가 교섭을 통해 최소비용 회피자가 회피조치를 하되 회피를 명령받은 자가 최소비용 회피자의 회피비용 이상을 보상하는 방향으로 문제를 해결할 수 있기 때문이다.[42] 그러나 당사자 간의 거래비용이 높다면 교섭이 이루어지지 않기 때문에, 최소비용 회피자가 아닌 자에게 회피를 명한 경우 그 결과가 교섭을 통해 교정되지 않는다. 따라서 거래비용이 높은 경우에는 손해배상원리를 적용하되, 회피비용이 상대적으로 불확실한 자로 하여금 상대방의 회피비용을 손해배상으로서 부담하도록 하는 것이다. 이렇게 하면 손해배상을 명령받은 자는 배상액과 자신의 회피비용을 비교하여 보다 작은 비용을 부담하는 쪽으로 문제를 해결하게 된다. 즉 배상액이 회피비용보다 크다면 자신이 직접 회피를 함으로써 배상액을 부담하지 않고, 그렇지 않을 경우 배상액을 부담하는 것이다.

3. 시사점

가. 의의와 보완의 필요성

효율성과 거래비용의 중요성을 강조하는 이상의 논의는 우리 법

42) A의 회피비용이 100이고 B의 회피비용이 50이라고 가정할 때, 최소비용 회피자가 아닌 A에게 회피를 명하였더라도 A는 B와 교섭하여 B에게 50~100의 비용을 주고 회피조치를 하도록 할 수 있다. 이는 양자에게 이익이 되는 거래이다.

상의 유지청구를 판단하는 데도 응용될 수 있다. 다만 법체계의 차이로 인하여 그대로 원용하기에는 제한되는 사항이 있고, 논의 자체가 다루고 있지 않은 점은 보완할 필요가 있다. 구체적으로 보면 다음과 같다.

나. 유지청구 인용+비용부담 판결의 어려움

유지청구의 권원인 물권적청구권은 그 행사로 인하여 상대방에게 발생하는 비용을 보상하도록 하는 규정을 두고 있지 않기 때문에, 현행법상으로는 유지청구를 인용하되 원고에게 피고의 유지비용을 부담하도록 명할 근거가 없다. 따라서 법원이 법리 (4)를 적용하기는 힘들다. 즉 유지청구가 있는 경우 법원의 선택사항은 ① 청구인용, ② 청구기각(추후 손해배상청구가 제기될 경우에는 인용) ③ 청구기각(추후 손해배상청구가 제기될 경우에도 기각)으로 제한된다. 따라서 법리 (4)를 적용하여야 할 상황에서 이 중 어느 법리를 적용할 지가 문제된다. 법리 (4)가 유지청구를 인용하되 원고에게 유지비용을 부담하도록 함으로써, 원고가 비용을 들여 침해를 배제할 가치가 있다고 판단하고 비용을 부담하든지-법리 (4)에 따른 판결을 그대로 집행한 결과-비용이 과도하다고 판단하고 비용을 부담하지 않는 대신 침해도 수인하도록-법리 (3)과 같은 결과-유도하려는 것임을 고려하면, 법리 (3)을 적용하는 것이 적어도 회피비용이 과도한 경우에는 법리 (4)가 원래 의도한 결과와 같은 결과를 낳으므로 법리 (3)을 적용하여야 할 것이다. 따라서 법리 (3)은 피해자가 최소비용회피자인 경우 외에 가해자의 회피비용이 불명확한 경우에도 적용되게 된다.

다. 재산권원리의 우선적 적용의 어려움

위의 논의에 따르면 최소비용회피자가 확실하거나 거래비용이 낮은 경우에는 재산권원리를 손해배상원리에 우선적으로 적용해야 한다는 것이나, 유지소송과 손해배상소송은 소송물이 달라서 소변경이 없는 한 법원은 임의로 손해배상소송에 관하여 유지판결을 내릴 수 없다. 손해배상청구를 기각하고 유지청구를 유도하여 인용하고자 하더라도, 위법성단계설에 따르면 유지청구에서 요구되는 위법성이 손해배상청구에서 요구되는 위법성보다 높고, 불법행위의 성립요건인 가해행위, 위법성, 고의/과실, 인과관계 및 손해가 모두 인정되면 청구를 인용해야 하기 때문에 유지청구가 인용될 만큼 위법성이 강한 사안에서 손해배상청구를 기각한다는 것은 생각하기 어렵다. 결과적으로 최소비용회피자가 확실하거나 거래비용이 낮은 경우일지라도 그것만으로는 손해배상청구를 기각할 수 없다. 따라서 법리 (2)는 가해자가 최소비용회피자인 경우에 법리 (1)과 중첩적으로 적용되어야 한다.

라. 형평성의 문제

위의 논의에 따르면, 최소비용회피자가 확실한 경우에는 재산권원리에 따라 최소비용회피자에게 회피명령을 내려야 한다. 이 때 회피비용도 최소비용회피자가 부담하게 된다.[43] 그러나 이러한 결론은

43) 일방에게 회피명령을 내리되 타방에게 비용을 부담시키는 것은 법리 (2)와 법리 (4)의

효율성의 추구에는 바람직하지만 형평성의 문제를 낳는다. 예를 들어 어떤 환경침해의 회피비용이 A는 101, B는 99일 경우 재산권원리는 B가 자신의 비용으로 침해를 회피하도록 명한다. 그러나 회피비용이 A가 99, B가 101이라면 A가 자신의 비용으로 침해를 회피하여야 한다. 결과적으로 상대적으로 근소한 회피비용의 차이 때문에 비용부담자가 전혀 달라지고, 이는 양자의 소득분배에 큰 차이를 가져온다. 이러한 급격한 비용부담 변화를 해결하려면 측정비용 등의 손실이 있더라도 근소한 회피비용 차이로 회피의무자가 바뀔 경우에 비용부담자를 그대로 유지할 필요가 있다.[44] 이는 위법성단계설에 따른 <유지청구가 인용되는 침해-유지청구는 기각되나 손해배상청구가 인용되는 침해-유지청구와 손해배상청구가 모두 기각되는 침해>의 구분과 맥락을 같이 한다.

마. 외부성의 문제

권리를 갖는 자와 비용부담자가 상이할 경우 권리를 갖는 자가 그 권리를 행사함에 있어서 다른 자가 부담하는 비용을 고려하지 않기 때문에 사회적으로 최적인 수준보다 과도하게 그 권리를 행사하려는 유인을 갖게 된다. 즉 외부성의 문제가 발생한다. Coase 정리는 권리를 누구에게 부여하든 거래비용이 낮은 경우에는 당사자간의 교섭을 통해 효율적인 결과가 달성된다는 점을 밝히고 있으나, 당사자가 자신의 자원을 활용하여 문제되는 환경침해행위 외에 다

손해배상원리이다.

44) 즉 앞에서 A의 회피비용이 49로 감소하고 B의 회피비용이 51로 증가하여 A에게 회피를 명하더라도 그 회피비용을 B가 부담하도록 하여 소득분배 결과를 이전과 유사하게 만드는 것이다.

른 행위를 할 수도 있다는 점을 고려하면 비용부담자와 권리자가 일치하지 않는 재산권원리의 적용은 비용부담이 면제된 행위에 과도한 유인을 주게 된다.[45] 따라서 법이 허용하는 한도에서 권리자와 비용부담자를 일치시킬 필요가 있다. 유지청구를 기각하는 대신 가해자에게 손해배상을 인정하는 것은 권리자와 비용부담자를 일치시키는 역할을 한다.

Ⅱ. 독일의 법제와 논의

1. 서

독일 민법 제1004조 제1항에 의하면 소유권자는 점유의 박탈이나 유치가 아닌 소유권의 침해에 대해서 방해자에 대하여 그 침해의 제거를 청구할 수 있고, 계속하여 침해의 우려가 있을 때에는 그 침해의 유지를 청구할 수 있다. 제1004조에서 전제하는 침해는 점유의 박탈이나 유치 이외의 침해인데, 물건에 대한 특히 토지에 대하여 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연, 열, 소음, 진동과 기타 불가량물(Imponderabilien)의 유입에 의한 임밋시온의 형태로의 환경침해도 여기에 해당된다.[46] 다만 인접토지에 건물이 건축됨으로 인한 일조방해, 조망방해, 지하수면 하락 등 자기의 토지의 경계 안에서의 행

45) A행위는 타인에게 피해를 주지 않고 행위자에게 100의 효용을 낳으나, B행위는 타인에게 20의 피해를 주는 대신 행위자에게 110의 효용을 낳고, 피해자의 회피비용이 가해자의 그것보다 작다고 가정하면 B행위에 재산권원리를 적용한 결과는 가해자가 비용부담 없이 110의 효용을 얻도록 방임하는 것이 되어 사회적으로 90의 효용을 낳는 행위에 대한 유인이 100의 효용을 낳는 행위에 대한 유인보다 크게 되고, 장기적으로 효율성이 저해된다.

46) 전경운, 독일 민법상 환경침해에 대한 방어청구권, 환경법연구 20권, 한국환경법학회, 1998, pp. 265-266.

동을 통하여 다른 토지의 이익을 박탈하는 소극적 침해(Negative Einwirkungen)나 폐차장, 사창가의 운영으로 인하여 인근거주자에게 정신적인 피해를 가하는 등 물건(특히 토지)의 이용 시에 제3자의 행동을 통하여 소유자의 정신적인 느낌(seelische Empfinden)이 침해되는 관념상의 침해(Ideelle Einwirkungen)[47]가 제1004조에서 전제하는 침해에 해당하지의 여부에 관하여는 논란이 있다.[48]

2. 독일 민법 제906조에 의한 인용의무

독일 민법 제906조는 불가량물의 유입(Zufuhrung unwagbarer Stoffe)에 관한 토지소유자의 인용의무를 규정하고 있다.[49] 제906조 제1항에 따르면 토지소유자는 가스 · 증기 · 악취 · 연기 · 매연 · 열 · 소음 · 진동 및 다른 토지로부터 나오는 이와 유사한 간섭이 토지의 이용을 방해하지 아니하거나 또는 경미하게만 방해하는 경우에는 그 유입을 금지할 수 없다. 간섭이 법률 또는 법규명령에 정하여진 한계치 또는 기준치를 넘지 않는 경우에는 원칙적으로 경미한 간섭으로 본다. 연방임밋시온보호법[50] 제48조에 기하여 제정되고 또 현

---

47) Munchner Kommentar, a.a. O., §1004 Rndr. 28., Sorgel, Bargerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., §1004 Rdnr. 33; Staudingers Kommentar, a.a. O., §1004 Rdnr. 55. 전경운, 전게논문, p. 267.에서 재인용.

48) Staudingers Kommentar, a.a. O., Rdnr., BGH, NJW 1979, 1408, 48.(전경운, 전게논문, pp. 267-268에서 재인용)에 따르면 상린관계자의 권리를 보호하는 법규정이 있는 경우에는 이러한 침해도 침해에 해당하나 그렇지 않은 경우에는 침해에 해당하지 않는다고 하고 있고, 안경희, 전게논문, p. 366-367에 따르면 판례는 원칙적으로 관념적 침해를 1004조의 침해에서 배제하나 미학적 침해를 포함시킨 하급심판결이 존재하고, 학설은 긍정설과 부정설, 의도적으로 인용의무를 초과한 경우에는 침해에 해당한다는 절충설이 대립되어 있다고 한다.

49) 이하의 조문 번역은 이기우, 대륙법계의 상린관계 규정, 토지법의 이론과 실무, 법원사, 2006, pp. 73-74.

50) 연방임밋시온보호법 제3조 제2항에 따르면 “임밋시온이란 인간, 동·식물, 지표, 물, 대기 내지 문화재 기타의 재화에 영향을 미치는 대기오염, 소음, 진동, 전기, 열, 광선 그리

재의 기술 상태를 반영하는 일반행정규칙에 정하여진 수치도 경미한 간섭의 기준으로 제시될 수 있다. 그러므로 침해의 본질성을 판단하기 위해서는 환경기준에서의 배출치, 임밋시온허용치, 측정방법, 기술적인 취급법 등에 대한 행정규칙에서의 규정이 중요하게 된다.[51] 그리고 행정규칙에서의 규정된 한계치를 초과하면 침해가 본질적이 되고, 미달하면 침해의 비본질성을 위한 간접증거(Indiz)가 될 수 있을 뿐이다.[52] 침해의 본질성 여부는 정상적인 평균인이 느끼는 침해를 기준으로 객관적으로 판단해야 한다.[53]

제906조 제2항에 따르면 본질적 방해가 그 지역에 상례적인 이용으로 인하여 일어나고, 또 그 이웃의 방해자에게 경제적으로 기대될 수 있는 조치에 의하여서는 막을 수 없는 경우에도, 그 한도에서 경미한 간섭으로 포함시킨다. 장기간 동안 관계된 분야에서의 평균적인 운영에서 더 이상 적당한 수익을 기대할 수 없을 정도로 기대가능한 방지조치가 높은 비용을 요구할 때에는 방지조치는 기대될 수 없는 것으로 보아야만 한다.[54] 또한 임밋시온한계치나 기준치의 초과는 일반적으로 방지조치의 경제적 기대가능성이 있는 것으로 된다.[55] 이에 따라 소유자가 방해를 수인하여야 할 경우에, 그 방해가 그 지역에 상례적인 이용 또는 수인을 기대할 수 있는 정도 이

고 이와 유사한 환경영향을 의미한다"라고 규정되어 있다. 안경희, 전게논문, p. 363.

51) BGHZ 70, 102, 전경운, 전게논문, p. 283에서 재인용.

52) BGHZ 111, 63, 66, 전경운, 전게논문, p. 284에서 재인용.

53) BGH NJW 1984, 2207, 임건면, 환경침해와 민사법상의 책임-독일민사법상의 책임을 중심으로, 경남법학 제10집, 경남대학교법학연구소, 1995, p. 143.에서 재인용.

54) A. a. O., §906 Rdnr 207., 전경운, 환경피해의 사법적 구제법리, 현대상사법논집: 우계강희갑박사 화갑기념논문집, 법지사, 2001, p. 620.에서 재인용.

55) A. a. O., Rdnr. 207; Marburger Peter, "Zur zivilrechtlichen Haftung fur Waldschaden", a.a. O., S.125., Marburger, Peter, "Zur zivilrechtlichen Haftung fur Waldschaden", a.a. O., S.126., 전경운, 독일 민법상 환경침해에 대한 방어청구권, p. 285에서 재인용.

상으로 방해하는 때에는 그 다른 토지의 이용자에 대하여 적절한 금전보상을 청구할 수 있다. 제3항은 특별한 유도에 의한 유입은 이를 인용할 의무가 없다고 규정하고 있다.

3. 공법상 인용의무

연방임밋시온보호법 제4조에 따르면 인가를 받은 시설에 대하여는 동법 제14조 제1문에 기하여 사법상 방어청구권의 행사가 배제된다. 따라서 이러한 인가시설에서 배출되는 임밋시온에 의하여 중대한 생활방해가 발생하였더라도, 사법에 기하여서는 인가시설의 영업정지를 청구할 수 없다. 또한 원자력폐기물의 최종저장(원자력법 제 9조의b), 토지에 정착된 폐기물처리시설영업 내지 그러한 시설 혹은 영업의 본질적 변경(폐기물법 제7조 이하), 연방수로의 확장 혹은 신설(수로법 제14조) 등 계획확정절차를 거쳐 수립되는 공익에 중대한 영향을 미치는 사업은 행정절차법 제75조 제2항에 따르면 이러한 계획이 확정되어 취소할 수 없게 된 경우에 사업의 유지청구권, 시설의 제거 또는 변경청구권 또는 그 시설사용의 유지청구권의 행사가 배제된다.[56]

4. 공공성에 따른 인용의무

방해가 공공의 이익에 직접 봉사하는 생활에 중요한 운영(Lebenswichigtigen Betrieb)과 공공에 중요한 운영(gemeinwichtigen Betrieb)으로부터 생성될 때에는 방어청구권이

56) 안경희, 전게논문 p. 374.

배제된다. 이러한 방법으로 특히 보호되는 운영이나 시설에는 에너지공급기업, 공적인 교통기관과 기타 생존배려시설 등이 있다.[57]

5. 시사점

독일은 상린관계적 생활방해를 유지청구가 인정되는 방해/유지청구는 부인되나 손실보상청구가 가능한 방해/유지청구와 손실보상청구가 모두 부인되는 방해로 3단계로 구분하고 있다. 이 점은 우리의 위법성단계설과 비슷하다. 다만 우리나라에서 손해배상청구로 처리하는 부분을 손실보상청구로 처리하도록 하고 있으므로, 질적 개념인 위법성의 정도가 상이하다는 위법성단계설에 대한 비판은 독일에서는 문제가 되지 않는다. 명칭을 불문하고 독일에서도 유지청구가 인용될 수 있는 사안은 금전배상/보상이 인용될 수 있는 사안보다 제한적이라는 점, 침해가 비본질적인 경우에 유지청구가 제한된다는 점은 유지청구의 경우에 손해배상청구와는 다른 인용기준이 필요함을 뒷받침해 준다고 할 수 있다.

다음으로 공법상 규제기준의 준수여부가 일반적으로 유지청구권이 인정되는 본질적인 침해와 비본질적인 침해, 본질적인 침해에 대한 방지조치의 경제적 기대가능성의 유무를 결정짓는 기준이 되며, 문제되는 행위에 대한 공법상 인가여부 또는 계획확정절차 준수여부는 유지청구권을 배제하는 근거가 된다. 이는 법률의 규정이 그렇게 되어 있기 때문이므로 그러한 규정이 없는 우리 법을 해석함에 있어서도 공법상 규제기준의 준수여부가 반드시 독일과 같이 강력

57) Munchener Kommentar, a. a. O., §906 Rdnr. 106; BGHZ 48, 98; BGHZ 60, 119; BGHZ 91, 20., 남현우, 환경피해의 사법적 구제에 관한 법리구성, 대전지방변호사회, 2007, p. 622.에서 재인용.

한 기준이 되어야 하는 것은 아니겠으나, 우리 민법 제217조가 독일 민법 제906조를 계수한 것이고, 침해의 수인한도 초과 여부를 판단하는 법령상의 기준이 “통상의 용도에 적합한 때”로 불확정 개념으로 되어 있는 점을 고려할 때 우리 법의 해석에 있어서도 침해에 관한 공법상 규제기준을 참고할 필요가 있는 것은 분명하다고 할 것이다.

제4장 유지청구에서의 위법성 판단기준에 관한 모델

제1절 서

유지청구가 인용되기 위해서는 환경침해의 존재만으로는 부족하고 그것이 상당한 수준에 달하여 위법하여야 한다는 점에 대하여는 대체로 합의가 이루어져 있다. 위법성의 판단기준으로서 수인한도 초과여부를 판단하기 위한 고려요소에는 무엇이 있는지에 대해서도 판례와 연구 성과가 어느 정도 집적되어 있다. 그러나 상반되는 고려요소들 사이의 경중을 판단하는 기준이나 구체적으로 유지청구가 인용될 수 있는 경우와 없는 경우에 대해서는 상술한 것처럼 여러 가지 견해가 제기되고 있다.

"수인한도"라는 말의 의미가 추상적이고, 관련법령이 어떤 경우에 수인한도를 넘는 것인지 명백하게 밝혀 놓은 것이 아니기 때문에 이러한 견해대립은 피할 수 없다. 또한 어떤 기준이 제시되었다고 해서 그 기준이 반드시 옳다고 할 수도 없다. 그럼에도 불구하고 고려요소를 평가하는 일관된 기준, 또는 법명제는 판단하는 자가 의지할 수 있는 근거가 되고, 관점에 따라서는 상당한 차이가 나는 판결들을 조정하고, 판례에 대한 불신을 줄이는 역할을 할 수 있기 때문에[58] 이에 지나치게 구애되지 않는 한 그 존재가 도움이 된다. 따라서 이 장에서는 수인한도 판단에 관한 이상의 이론을 종합하여 사건의 유형에 따라 문제해결에 다른 논리를 적용하는 사건처리 모델을 제시하고자 한다.

---

58) 최우용, 소유권에 근거한 유지청구, 부산법조논집 2호, 부산지방변호사회, 2007, p. 153.

이 논문에서는 모델의 유용성을 높이기 위해서 여러 가지 기준을 적용하여 사안을 구별하고자 하였다. 이러한 구별은 일종의 도그마틱(Dogmatik)으로서, 문제를 단순화하고 판단기준을 분명하게 하는 장점이 있지만, 자칫하면 개별 사안의 특수성을 무시하는 도식적인 분류가 되기 쉬운 단점이 있다. 따라서 사안의 구별은 모든 사안의 해답을 내는 데까지 이어지는 것이 아니라 큰 틀에서 사안에 대한 접근 방법을 달리 할 수 있는 수준에서 이루어지는 것이 안전하다고 할 수 있다. 사안을 구별함에 있어서는 각각 독자적인 의미를 갖는 다양한 기준을 순차적으로 적용하였다.

제2절 주요 착안사항

Ⅰ. 환경법의 기본원리

법경제학적 시각에서 볼 때 환경법은 외부효과(externality)로 인해 발생하는 시장실패(market failure)에 대한 법적 대응책이라고 할 수 있다. 따라서 '자원배분의 효율성'이 환경법의 제1원리가 되고, 효율성을 추구하는 과정에서 발생하는 소득배분의 역진성을 시정하기 위해 '자원배분의 형평성'이 환경법의 제2원리로 제시된다.[59] 환경침해가 유지청구의 원인이 될 수 있는 이상, 환경침해로 인한 유지청구에서의 위법성 판단에 있어서도 환경법의 기본원리를 감안하지 않을 수 없다. 따라서 제반 이익을 비교형량함에 있어서는 자원배분의 효율성과 형평성을 염두에 두어야 한다.

---

59) 조홍식, 환경법 소묘, 서울대학교 법학 40권 2호, 서울대학교출판부, 1999, p. 322.

Ⅱ. 유지청구권의 정당화 근거

1. 서

환경침해로 인한 유지소송의 목적을 피해자의 권리보호와 당해 지역에서의 환경기준의 형성이라는 두 가지 차원에서 생각할 수 있다. 각각의 근거로부터 위법성 판단을 위한 서로 다른 법리가 도출되며, 법리의 적용 순서는 정당화 근거의 우선순위에 따라 정하여지게 된다.

2. 피해자의 권리보호와 특정한 가치의 보호

법은 일정한 재산적 이익이나 인격적 이익을 소유권이나 인격권으로 인정하고, 이를 침해하는 행위를 위법하다고 규정하면서 일정한 경우에는 권리자에게 침해행위의 금지청구권을 부여하고 있다. 그런데 금지청구권을 부여함에 있어서는 충돌하는 가치들에 대한 고려가 반드시 필요한 것이 아니다. 예를 들어 금지청구권의 일종인 민법 제214조의 소유물방해배제청구권의 경우에 그 요건은 소유권에 대한 방해의 존재로서, 방해는 소유권의 행사를 제한하는 것이면 족하고 반드시 방해로 인한 소유권의 침해가 방해자가 방해 행위로부터 얻는 이익보다 중할 것을 요하지 않는다. 이러한 제도의 근거는 권리의 불가침성에 있다. 즉 법이 보호하는 일정한 이익은 이를 침해함으로써 얻는 이익이 얼마나 큰지와 상관없이 무단으로 침해할 수 없다는 것이다. 따라서 일정한 환경이익도 독자적인 권리로서 인정되거나 기존의 권리에 포섭되면 이를 침해하는 행위는 위법하

게 되고, 경우에 따라 이를 금지하는 것이 다른 사정과 무관하게 법적인 정당성을 갖게 된다.

물론 여기에는 어떤 이익을 독자적인 권리로서 인정하거나 기존의 소유권, 인격권 등에 포섭할지의 기준을 정하여야 하는 문제가 남는다. 예를 들어 사람의 생명·신체가 현실적으로 침해된 경우에는 일반적으로 가해자가 행위로부터 얻는 이익보다 중요한 이익이 침해된 것으로 보고 가해자의 이익이 다소 크더라도 상관없이 구제를 인정한다고 할 때 이는 생명·신체의 안전을 재산적 이익보다 중요한 이익으로 보는 가치판단을 전제로 한다. 이러한 가치판단은 관련이익의 중대성, 다수인에 대한 관련성, 생명·신체에 대한 다른 불법행위와의 균형, 공법상 규제기준 등에 대한 고려를 통해 내려지게 될 것이다. 가치판단에 정답이 있다고는 보기 어려우나, 합리성을 높이기 위해서는 적어도 고려하여야 할 모든 관련사항들을 가치판단과정에 포함시키고 적절한 비중을 부여하려는 노력은 필요할 것이다.[60][61]

---

60) 김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 서울대학교출판부, 2007, p. 67.은 정당한 이익형량의 요청을 다음과 같이 정리하고 있다.
1. 이익형량을 할 것
2. 해당 사안에서 고려하여야 할 모든 관련사항들을 이익형량에 포함시킬 것
3. 관련된 고려사항들에 대해서는 각각의 비중들을 적절하게 부여할 것
4. 상호 충돌하는 고려사항들이 적절한 비례·균형관계에 있도록 할 것

61) 대법원도 "공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 이익형량을 전혀 하지 아니하였거나 이익형량의 고려대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하기는 하였으나 그것이 불완전한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나는 것이다."라고 판시하여 이익형량이 지켜야 할 요건을 제시하고 있다. 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096판결.

3. 당해 지역에서의 환경기준의 형성과 충돌하는 가치들 사이에서의 숙고

유지소송을 당사자를 포함한 이해관계인들의 이익을 조절하여 당해 지역에서의 환경기준을 정하는 제도로 이해한다면, 이러한 이해는 당해 사안에서 충돌하는 가치들 사이에서의 숙고로 이어진다. 피침해이익의 성질과 강도, 피해자의 회피비용과 가해자의 방지비용, 공법상 규제의 준수/위반 여부, 민주적 절차의 이행 여부 등 수인한도의 판단과 관련된 요소들은 침해가 위법하고 피해자의 이익이 보다 중요하다는 결론을 지지하는 요소와 침해가 위법하지 않고 가해자의 이익이 보다 중요하다는 결론을 지지하는 요소로 분류할 수 있다. 법관은 상반되는 결론을 지지하는 요소들을 비교하여 어느 한 쪽으로 결론을 내리게 된다.

이렇게 내려지는 결론은 결국 법관이 어떤 가치를 다른 가치보다 우선하여 선택하는 것이다. 법관은 자신의 가치판단기준을 고집하는 것이 아니라 유사한 사례에 대한 다른 판결의 기준을 따를 수도 있겠지만,[62] 사안을 구성하는 사정은 매우 다양할 것이어서 그 중 일부 요소가 위법성을 이전 사례보다 보강하고 나머지 요소는 이전 사례와 동일하다는 것은 드문 일일 것이다. 일부 요소는 위법성을 보강하고 일부 요소는 위법성을 감쇄시킨다거나, 개별 요소의 위법성의 보강/감쇄 여부에 대한 비교평가가 불가능한 경우가 상당히 있을 것이고, 그렇다면 이런 경우에도 법관의 판단은 결국 자신의 가치판단기준에 따라 상반되는 결론을 지지하는 요소 간의 경중을 가

62) 침해의 위법성을 인정한 다른 사례보다 공해가 위법하다는 결론을 지지하는 요소의 비중이 크다고 판단할 경우 침해의 위법성을 인정하는 식의 사고방식을 예로 들 수 있다.

리고 특정한 가치를 선택하는 것이 된다. 다만 그 출발점이 관련판례의 결론이기 때문에 출발점이 보다 안정적으로 되었다고는 할 수 있다.

4. 이상의 두 원칙의 적용순위

특정한 가치를 보호하는 원칙과 충돌하는 가치들 사이에서 숙고하여 선택하는 원칙이 공존할 경우 실제 적용은 특정한 가치를 보호하는 원칙을 먼저 적용하고 이를 적용할 수 없는 경우에 숙고하여 선택하는 원칙을 적용하는 것이 된다. 특정한 가치를 보호하는 원칙은 제반 사정을 종합적으로 음미하여 가장 타당하다고 여겨지는 결론을 낼 수 있는 숙고를 거치지 않는 것이므로, 확고한 근거가 필요하다.

Ⅲ. 통약가능성

1. 의의

비용편익분석을 유지소송에 적용하기 위해서는 침해를 유지하거나 제거하는 데 대하여 가해자와 피해자가 부여하는 가치를 하나의 척도로 평가하여 우월한 가치를 선택할 수 있어야 한다. 하나의 척도로 평가하는 것이 불가능할 경우 이러한 가치들은 통약불가능(incommensurable)한 것이 된다.[63)64)] 가치들이 통약불가능하다면

63) Adler, "Law and Incommensurability: Introduction," 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1170.

64) Joseph Raz는 *The Morality of Freedom* 322 (1986)에서 통약불가능성의 의미를 풀

그 가치들의 상대적 가치를 이성에 따라 합리적으로 판단하는 것은 불가능하게 된다.[65] 따라서 이와 같이 서로 다른 척도를 가진 가치들 중에 선택을 하기 위해서는 별도의 가치판단기준이 필요하게 된다. 유지청구에서 충돌하는 가치들은 통약가능할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있으며, 그에 따라 적용되는 논리가 달라지기 때문에 모델은 통약가능성을 반영하여야 한다.

2. 예

환경침해에 관하여 가치가 통약가능한 경우와 통약불가능한 경우의 예를 들면 다음과 같다.

[통약가능한 경우]

<가해자 측>

- 침해를 제거하는 시설을 설치하여 침해를 억제할 수 있는 경우

<피해자 측>

- 피해를 재산적으로 환산할 수 있는 경우

이하고 있는데, A와 B는 어느 쪽이 타방보다 우월하다고 말할 수 없고, 양쪽이 동가치라고도 말할 수 없을 때 통약불가능하다고 한다. 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계, 박영사, 2009, p. 248.에서 재인용.

65) Raz, 전게서, pp. 335-345, 조홍식, 전게서, p. 269에서 재인용. Cass R. Sunstein은 그의 *Free Market and Social Justice* 70 (1997) 중 "Incommensurability and Valuation in Law"에서 통약불가능한 가치들 사이에서도 실천이성에 따른 합리적인 선택이 가능한 경우가 있다고 하나, 어떤 선택이 이성적이라고 평가될 수 있는 것은 사회구성원 사이에 그러한 선택에 대한 공감대가 형성되어 있기 때문이고, 그렇다면 그러한 가치들은 이미 통약가능한 것이었다고 보는 것이(조홍식, 전게서, pp. 268-270.) 이성을 내세워 자의적인 선택을 합리화하는 위험을 줄일 수 있을 것이다.

사람의 생명·신체·정신에 대한 피해 및 생활상의 불편은 재산적으로 환산이 어려우나, 토지 · 가옥 · 영업에의 침해는 보다 용이하게 피해를 재산적으로 환산할 수 있다.[66] 예를 들어 새로 설치된 도로의 소음 때문에 인근 아파트의 가격이 하락하였고, 아파트의 가격하락 외의 정신적 피해는 무시할 수 있을 정도로 경미하며, 방음벽을 설치하여 소음을 줄이는 것이 문제가 된다면 방음벽의 설치비용 및 유지비용과 아파트의 가격 하락분을 비교하여 방음벽의 설치 여부를 결정할 수 있을 것이다.

[통약불가능한 경우]

<가해자 측>

– 행위 자체의 중지가 필요한 경우

<피해자 측>

– 피해를 재산적으로 환산하기 어려운 경우

예를 들어 군용 비행장에서 실시하는 훈련비행 때문에 인근 주민들이 수십 년간 난청과 스트레스를 받아 왔고, 피해를 제거하려면 비행 자체를 제한하는 것이 불가피하다고 할 때 훈련비행을 줄이는 것의 비용을 산정하는 것은 어렵다. 또한 수십 년간의 비행으로 인한 인근 부동산의 가치하락분을 산정하기도 어렵고, 난청과 같이 피해자가 입은 신체적 피해가 인근 부동산의 가치하락분에 포함된다고 할 수 없으며, 치료비를 지급한다고 하여 피해가 완전히 회복되었다고 할 수 없는 문제도 있다.

---

66) 김현태, 공해와 그 사법적 구제를 중심으로 한 연구, 법률행정논집 10집, 고려대학교 법과대학 법률행정연구소, 1972, p. 260.

3. 통약불가능성이 문제가 되는 정도

만일 가해자와 피해자의 이익이 전체적으로 볼 때 통약불가능하다 할지라도 가치판단의 기준이 있다면 통약불가능성은 그 한도에서는 어느 가치를 선택한 결론을 자의적인 것으로 만들지 않는다. 이러한 경우로는 쌍방의 이익 일부가 통약가능하고, 통약가능한 가치에 관하여 보다 우월한 가치를 갖는 자에게만 통약불가능한 다른 가치가 추가로 존재하거나 보다 열등한 가치를 갖는 자에게만 통약불가능한 반가치가 추가로 존재하는 경우를 생각할 수 있다.[67]

제3절 수인한도론의 적용이 배제되는 영역

Ⅰ. 수인한도론의 적용한계에 대한 이론의 적용

1. 서

위에서 제시된 수인한도론의 적용한계에 관한 이론은 유지청구에도 적용될 수 있을 것인가? 유지청구에 위의 논의를 적용한다는 것은 상호성이 적은 경우, 교정적 정의에 반하는 경우, 권리의 중핵이 침해된 경우에 각각 수인한도론에 따른 이익형량을 거치지 않고 피해의 발생을 요건으로 유지청구를 인정하는 것을 의미한다. 각각 검

67) 예를 들어 위 가)의 예에서 피해자의 부동산 가격하락액이 가해자의 소음방지비용을 상회하고 추가적으로 피해자가 건강상의 문제를 겪고 있는 경우를 생각할 수 있다. 이 경우 피해자의 건강은 금전적으로 환산이 불가능할 수 있지만, 피해자의 이익이 우월하다고 결론을 내리는 데 문제가 없다.

토하여 보면 다음과 같다.

2. 상호성이 작은 경우

가해자와 피해자의 관계가 일방적이어서 누가 책임을 져야 하는지에 대하여 명백한 사회적 합의가 존재하는 경우, 가해자가 가해행위로부터 얻는 이익이 크다는 것만으로는 피해를 정당화할 수 없다. 따라서 이러한 침해는 위법하고 피해자에게 어떤 식으로든 구제가 이루어져야 하지만, 그렇다고 해서 반드시 가해행위가 금지되어야 한다는 결론이 도출되지는 않는다. 이는 가해행위의 금지를 명할 필요는 없고 손해배상으로 충분한 영역이 존재한다는 위법성단계설에 따를 때 당연한 것이다. 항공기소음공해의 경우 가해자와 피해자가 명백하지만, 오사카공항소송에서의 최고재판소가 유지청구를 민사소송의 대상이 아니라고 하여 각하하고 금전배상으로 해결한 사례를 예로 들 수 있다.

따라서 가해자와 피해자의 관계가 일방적이고 상호성을 인정할 수 없다는 사정은 그것만으로는 유지청구를 인정할 근거가 될 수 없다고 할 것이다.

3. 교정적 정의에 반하는 경우

가. 사람의 생명, 신체, 정신에 대한 피해

육체적·정신적 건강의 훼손은 교정적 정의관에 입각할 때 가해자가 가해행위로부터 얻는 이익이 크다는 것만으로는 정당화될 수 없

다. 그러나 그렇다고 하여 당연히 가해행위가 금지되어야 한다는 결론이 도출되지는 않는다.[68] 건강훼손의 정도가 점차 약해질수록 그것이 가해행위의 금지로 인해 가해자 측이 입는 피해보다 반드시 중요하다고 말할 수 없는 상황이 생길 수 있는데, 예를 들어 공해를 배출하는 기업의 조업이 금지될 경우 다수의 종업원들이 실직하게 되는 경우를 생각할 수 있다. 만일 피해자의 건강훼손이 정신적인 측면이라면 실직한 종업원들 역시 고용안정성을 잃음으로 인해 정신적 건강이 훼손될 수 있는 것이므로, 피해자의 이익만을 절대적으로 보호하기 어렵게 된다. 따라서 유지청구를 정당화하기 위해서는 그 피해 정도가 생명, 신체의 현실적 침해에 이르거나 상당한 정신적 장해에 이르는 등 어느 정도 중할 필요가 있다. 상술하여 보면 아래와 같다.

1) 생명을 위협하는 경우

가해자가 침해행위로 인하여 이익을 얻는다고 하더라도, 그 피해가 생명을 위협하는 질병을 일으킬 정도라면 이는 교정적 정의관념에 반하므로 가해행위는 수인한도 초과 여부를 판단할 필요 없이 금지되어야 한다. 따라서 미나마타병이나 이타이이타이병과 같이 생명을 위협하는 질병을 일으킬 수 있는 물질을 배출하는 행위는 그로 인하여 발생하는 이익이나 가해행위의 공공성, 실제로 피해자가 사망하였는지 여부 등을 고려할 필요 없이 금지되어야 한다.

68) 조홍식, 상린관계의 법정책: 항공기소음을 글감으로 하여, p. 307도 육체적·정신적 건강의 훼손이 유지청구를 정당화하기에는 부족한 면이 있다고 한다.

2) 생명을 위협하지는 않으나 지속적인 신체장애 또는 정신질환을 유발하는 경우

예를 들어 영구적인 난청을 유발할 수 있는 수준의 소음 배출 또는 진폐증 등의 호흡기질환을 유발할 수 있는 매연 배출 등의 행위는 위와 같은 질환을 유발할 가능성이 있다는 이유만으로 금지되어야 하는 것은 아니나, 실제로 질환이 발생하였는지, 침해행위와 질환 사이에 상당인과관계가 존재하는지를 판단하여 침해행위로 인하여 질환이 발생하였다고 판단되는 경우에는 금지되어야 할 것이다.

3) 치료가 필요한 정신질환에 이르지 않는 수준의 정신적인 피해를 유발하는 경우

피해가 소음, 진동, 악취, 대기오염으로 인하여 정신적인 불쾌감이 발생하는 수준에 그친다면 이러한 피해는 공동생활에서 통상 발생할 수 있는 것으로서 제반사정을 감안하여 유지청구의 인용 여부를 결정하여야 하고, 당연히 금지하여야 하는 것은 아니다.

나. 의도적인 가해행위

한편으로 교정적 정의관은 의도적인 가해행위가 이익을 이유로 정당화될 수 없음을 보여주는데, 이 점은 유지청구에서도 고려될 수 있다고 본다. 일방당사자의 일조방해, 소음, 진동, 악취발생 등이 의도적으로 상대방에게 피해를 입히기 위한 행위라면 이것만으로 유지청구의 인용사유가 된다고 할 수 있으며, 이 점은 민법 제2조의

권리남용의 법리에 의하여도 뒷받침된다. 따라서 자신에게 아무런 이익이 없음에도 불구하고 피해자에게 손해를 가할 목적으로 소음을 일으키거나, 매연, 오폐수, 폐기물 등을 피해자의 부동산 인근으로 배출하는 행위는 교정적 정의관념에 반하고, 권리남용에 해당된다고 할 수 있으므로[69] 수인한도 초과 여부를 판단할 필요 없이 금지되어야 한다. 다만 대부분의 환경침해행위는 행위를 함으로써 가해자에게 이익이 발생하기 때문에 위와 같은 경우는 드물 것이다.

4. 권리의 중핵을 침해하는 경우

가. 서

권리의 중핵이 침해된다는 것은 권리를 갖는 의미가 없어질 정도의 침해가 있다는 것이다. 따라서 구제가 필요한데, 이 경우에는 최소한 권리의 중핵을 침해하지 않는 수준으로 가해행위가 금지되어야 한다는 결론이 도출될 수 있다고 본다. 권리의 중핵을 침해하는 것은 일종의 수용(taking)에 해당하는데, 권리의 중핵을 침해하는 경우에도 손해배상으로 충분하다고 보는 것은 가해자가 국가일 경우 개인의 재산권을 수용하는 경우에는 법률로 하여야 하고 정당한 보상을 하도록 되어 있는 헌법의 취지에 반한다고 할 수 있다. 그렇

69) 대법원 2012.6.14. 선고 2012다20819 판결은 “권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면, 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 아니하고, 그 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있으며, 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다.”고 판시하고 있다.

지 않으면 국가가 법률에 따라 절차를 거쳐 수용할 필요가 없이 먼저 수용하고 배상금만 지급하면 되기 때문이다. 사인의 경우에도 마찬가지라고 할 것인데, 공권력의 행사자인 국가도 법률에 의하여야만 수용할 권한을 갖는데 사인이 법률에 의하지 않고 타인의 재산권을 배상금을 지급하고 수용할 수 있는 정당성이 없기 때문이다. 결국 권리의 중핵 및 주변부의 구별론은 이익형량과 상관없이 유지청구가 인용될 수 있는 기준을 제시한다고 할 수 있다. 다만 다양한 권리에 관하여 권리의 중핵이 무엇인지의 문제가 남는다.

권리의 중핵의 침해가 문제되는 상황은 주로 재산권이 침해되는 경우와 연관될 것이다. 피해자의 재산권이 침해되는 경우에 있어서 권리의 중핵이 침해되는 경우란, 침해의 정도가 피해자가 침해를 받는 지역에서 종전에 보유하던 재산권의 본질적인 내용, 즉 재산권의 행사가 사실상 불가능해지는 경우를 의미한다. 이러한 상황은 환경침해로 인하여 피해자의 재산이 파괴되었다거나 발생한 피해액이 상당히 크다는 사정과는 구별되어야 하는데, 예를 들어 공사 중 발생한 진동으로 인하여 피해자의 집에 놓아 둔 도자기가 떨어져 깨졌다고 하여 이를 피해자의 권리의 중핵이 침해된 경우로 보아 제반 사정을 판단할 필요 없이 유지청구가 인용되어야 한다고 볼 수는 없는 것이다.

다시 말해서 유지청구가 반드시 인용되어야 하는 권리의 중핵이 침해되는 경우란, 환경침해가 결국 인간의 생활을 방해하는 것이고, 생활방해의 존재 여부는 그 생활방식이 이루어지는 토지나 건물 등의 부동산 및 기타 오염지역에 위치한 재산의 효용과 직결된다는 점에 착안하여, 위 오염지역에 위치한 재산을 본래의 목적대로 사용

할 수 없게 되는 상황을 의미한다고 생각해 볼 수 있다.

나. 구체적인 예

침해의 태양별로 권리의 중핵이 침해되어 유지청구가 바로 인용되어야 하는 경우와 제반 사정을 검토하여야 하는 경우의 예를 들어 보면 다음과 같다.

1) 대기오염. 수질오염, 토양오염

위와 같은 환경침해는 오염지역에서의 인간의 거주 자체를 방해할 수도 있고, 오염지역에 있는 동식물의 생육을 방해할 수도 있다. 대기오염으로 인해 오염지역에서의 인간의 생활이 불가능하게 된다면 이를 그 지역에 주택을 갖고 거주하는 사람들의 재산권의 중핵이 침해된 것으로 볼 수 있을 것이다(다만 이 경우는 권리의 중핵에 대한 침해를 문제삼기 이전에 교정적 정의에 반하는 경우로 평가될 가능성이 높다고 할 것이다). 또한 대기오염, 수질오염, 토양오염 등으로 인하여 동식물의 생육이 저해됨으로 인하여 그 지역 주민들이 기존에 영위하던 수목의 식재, 과수재배, 가축의 육성 등의 활동이 평균인의 입장에서 볼 때 경제적으로 불가능해지고, 위와 같은 활동을 영위하는 부지 기타 시설을 다른 용도로 전환하거나 매각하는 것도 기대하기 어려운 상황이라면 지역 주민들이 오염지역에 보유하는 위 활동과 관련된 권리의 중핵이 침해된 경우로 볼 수 있다.

한편 매연으로 인하여 일부 낙과가 발생하거나 과실의 품질이 저

하되었지만 경제적으로 과수원을 영업할 수 없는 것은 아닌 상황, 위와 같은 활동을 영위하는 부지 기타 시설을 다른 용도로 전환하거나 매각하는 것이 가능한 상황이라면 반드시 유지청구를 인용할 것은 아니고, 제반 사정을 감안하여 인용 여부를 판단하여야 한다.

2) 소음 · 진동

앞서 본 바와 같은 기준을 적용하여 볼 때, 예를 들어 피해자가 자기 소유의 부동산에서 축산업을 경영하고 있었는데 인근에 도로가 신설되어 발생한 소음으로 인하여 사육하고 있던 가축이 일부 폐사하게 된 경우, 위와 같은 사정만으로 소음의 발생이 제반 사정을 판단할 필요 없이 금지되어야 하는 것은 아니다.

하지만 소음으로 인하여 가축의 생육이 저해되는 정도가 경제적으로 기대 가능한 방음조치를 취하더라도 축산업을 경영할 수 없는 수준에 이르고, 위와 같은 활동을 영위하는 부지 기타 시설을 다른 용도로 전환하거나 매각하는 것도 기대하기 어려운 상황이라면 이는 피해자의 재산을 종전의 목적대로 사용할 수 없게 하는 것으로서 권리의 중핵을 침해하는 경우에 해당하므로, 이러한 경우에는 피해자의 유지청구는 인용되어야 하고, 가해자는 피해자의 재산을 수용하거나 협의하여 매수하는 등의 조치를 취할 필요가 생긴다고 할 것이다.

3) 일조, 조망, 경관침해

일조, 조망, 경관침해와 관련하여 권리의 중핵이 침해되는 경우로

인정하여 제반사정을 판단할 필요 없이 유지청구가 인용되어야 하는 경우는 생각하기 어렵다. 주거의 경우 일조나 조망침해가 피해자에게 정신적인 피해를 가할 수는 있지만, 일조시간이 감소하거나 전망이 차폐된다고 하여 일상생활이 불가능한 지경에 이르는 것은 아니기 때문에 권리의 중핵이 침해되는 경우를 생각하기 어렵다. 다만 일조시간의 감소가 식물의 생육을 저해하는 경우를 생각할 수 있는데, 식물의 재배에 이용되는 부지 주변에 고층건물이 건축되어 일조시간이 감소된다고 하더라도 식물의 재배가 불가능해지는 경우는 드물기 때문에 역시 권리의 중핵 침해를 인정하기 어렵다고 할 것이다.

5. 소결론

따라서 상호성이 크다는 사정은 그것만으로 유지청구를 인용할 사정이 될 수 없으나, 교정적 정의에 반하는 경우와 권리의 중핵이 침해되는 경우는 그것만으로 유지청구를 인용할 사정이 된다고 할 것이다.

Ⅱ. 통약불가능성이 존재하는 경우

1. 비교형량의 불가능성

수인한도론에 따르면 제반 사정을 종합적으로 검토하여 어느 정도까지는 수인하여야 할 침해이지만 침해의 강도가 이를 초과하면 더 이상 수인하여야 할 의무가 없다는 식의 사고를 하게 된다. 이런

식의 비교형량은 충돌하는 가치를 비교할 수 있는 하나의 척도가 존재하는 것을 전제로 한다.

그런데 통약불가능성은 충돌하는 가치들을 하나의 척도로 비교하는 것이 불가능함을 의미하기 때문에, 통약불가능성이 존재하는 사안에서는 비교형량이 이루어질 수 없게 되고 수인한도론에 따른 사고를 하는 것이 적절치 않게 된다. 따라서 통약불가능성이 존재하는 사안에서 결정을 내리는 것은 이미 존재하는 하나의 답을 찾는 문제가 아니라, 다양한 가치판단기준 중에서 특정한 가치판단기준을 선택하여 그에 따라 특정한 가치를 선택하는 문제가 된다.

2. 가치판단기준의 선택 및 이에 따른 처리

가. 선택 방법

통약불가능성이 존재하는 사안에서의 결정이 특정한 가치판단기준에 따라 특정한 가치를 선택하는 것이라면, 특정한 가치판단기준은 어떻게 선택하여야 할 것인지가 문제된다. 가치판단기준은 매우 다양하기 때문에, 법원이 가치판단기준을 자의적으로 선택한다면 그것은 타당성이 결여된 결론으로 이어질 수 있다. 따라서 법원은 기존에 존재하는 다양한 가치판단기준을 탐색하고 그 중에서 어떤 기준을 선택할지를 숙고하여야 한다. 가치판단기준을 선택함에 있어서는 헌법으로부터 각종 규칙에 이르는 법령의 체계적인 해석, 개별 법령의 입법사에 대한 검토, 또는 해당 분야에 관하여 축적된 판례, 사회에 존재하는 관습이나 당시의 여론에 대한 숙고 등 여러 방법을 생각할 수 있을 것이다.

실제 사건을 다룸에 있어서 사용되고 있는 위와 같은 가치판단기준의 대표적인 예는 공법상 규제기준을 일응의 가치판단기준으로 삼는 것이다. 물론 법원은 아래에서 보는 바와 같이 공법상 규제기준을 준수하였다고 하여 반드시 수인한도를 넘지 않는 것은 아니라는 입장을 취하고 있으며 다양한 고려요소를 수인한도 판단에 이용하고 있지만, 공법상 규제기준은 당해 환경침해의 강도에 따른 허용 및 금지 여부에 관하여 수치화된 기준이라는 장점을 갖고 있기 때문에 환경분쟁의 처리 방향을 판단함에 있어서 일차적인 고려요소가 되는 것이 보통이다.

나. 가치판단기준의 확인

법관이 선택한 가치판단기준은 가해자와 피해자의 이익의 성질만을 비교하여 법원이 우월하다고 판단하는 이익을 보호하는 것처럼 하나의 요소만을 가치판단에 이용하는 것일 수도 있지만, 대개는 이익의 성질, 가해행위의 태양, 침해의 회피가능성 및 회피비용 등 여러 가지 요소를 모두 고려대상에 넣는 것이 보통일 것이다.

그런데 법관이 여러 가지 요소를 모두 고려대상에 넣어 판단을 함에 있어서는 실제로 자신이 고려한 각 요소의 비중을 어떻게 평가하고 있는지에 대한 확인, 즉 자신의 가치판단기준에 대한 인식이 필요하다고 할 수 있다. 이는 실제로는 특정한 요소를 중심으로 판단하고 나머지 요소는 실질적으로 영향을 미치지 않으면서도 겉으로는 여러 가지 요소를 종합하여 판단하였다고 생각하는 자기기만을 피하기 위함이다.

이러한 가치판단기준에 대한 인식은 가치판단기준의 선택 과정에

서 자연스럽게 이루어질 수도 있지만, 보다 확실한 인식을 위해서는 고려요소 별로 문제되는 사안에서 나타난 사정과 반대되는 사정을 가정한 다음 그런 경우를 고려한 판단이 이루어질 필요가 있다. 예를 들면 ① 유지청구를 인용할 경우 가해자가 입는 피해가 심각하다는 점, ② 피해자가 적은 비용으로 피해를 회피할 수 있다는 점, ③ 가해자가 공법상 규제기준을 준수하였다는 점이 유지청구를 기각할 이유로 고려되는 사안에서, ①, ②의 사정이 존재하나 ③의 사정이 존재하지 않는 경우를 가정하더라도 법관이 청구를 기각하여야 한다는 판단을 하게 된다면 법관의 가치판단기준은 결국 ①, ②뿐인 것이고, ③은 실질적인 가치판단기준이 아닌 것이 된다. 따라서 법관은 자신의 가치판단기준이 ①, ②임을 인식하고 판단을 내려야 한다는 것이다. 이러한 가정적 판단은 법관이 내린 결론을 뒷받침하는 요소가 될 수 있는 각 요소에 나타난 사정을 위의 결론과 반대되는 결론을 뒷받침할 수 있는 사정으로 대체한 다음 판단하는 방식으로 이루어지게 된다.

다. 확인한 기준에 따른 사건의 처리

위와 같이 가치를 판단할 기준을 인식한 다음에는 그에 따라 원고가 입증하여야 할 유지청구의 요건이 입증되었다고 보아 청구를 인용하거나 충분히 입증되지 못하였다고 보아 청구를 기각하여야 할 것이다.

가치판단기준에서 이용되는 각각의 잣대는 반드시 일차원적인 것은 아니나, 일차원적인 잣대일 경우 가해자에게 유리하게 고려되는 요소와 피해자에게 유리하게 고려되는 요소의 강도가 달라짐에 따

라서 가해자의 이익이 우월하다고 판단하는 영역으로부터 입증책임에 의하여 처리하는 영역을 거쳐 피해자의 이익이 우월하다고 판단하는 영역으로 넘어가는 것이 보통일 것이다. 예를 들면 법원이 명하는 방지조치의 강도에 따라 가해자와 피해자가 얻는 이익과 입는 손해의 크기가 달라진다고 할 때, 가해자나 피해자가 큰 피해를 입게 되는 경우에는 각각 가해자와 피해자의 권리를 침해하는 것으로 보되, 가해자와 피해자의 이익 중 어느 하나를 선택하여야 할 지가 분명하지 아니한 영역에서는 유지청구의 요건에 관한 입증이 부족하다고 보아 청구를 기각하는 식으로 사건을 처리하는 것이다.

한편 법관이 인식한 기준에 따라 판단을 하여야 한다는 것이 판결을 함에 있어서 앞서 본 ①, ②, ③의 사정 중 ①, ②의 사정만을 설시하여야 한다는 것은 아니다. 양 당사자에게 각각 유리한 사정과 불리한 사정을 충분히 제시하는 것은 그것이 상급심 및 그 사건을 참조하는 다른 법원의 판단 기초가 되고, 당사자에게 잘못된 사실관계에 관하여 충분히 다툴 수 있는 기회를 제공하기 때문에 비록 그 모든 사정이 실제로 판결의 기초가 되지 않았다고 하더라도 바람직하다.

또한 법관이 자신의 가치판단기준을 인식하여야 한다는 것은 법관이 자신의 가치판단기준을 명백히 드러내야 한다는 것을 의미하는 것도 아니다. 법관이 실제로 자신이 갖고 있는 가치판단기준을 명백히 드러내는 것은 가능하지도 않고, 판결의 신뢰성을 해하는 일이 되기 쉽기 때문이다. 예를 들어 가해자와 피해자의 이익을 비교하여 결론을 내는 가치판단방식만 하더라도 쌍방의 이익의 강도가 점차적으로 변화함에 따라[70] 결론이 달라지는 경계를 정하기란 어

70) “가해자의 손해가 1억 원 증가한다면? 2억 원 증가한다면? 10억 원 증가한다면?” 같은

려운 일이고, 이런 경우에는 가해자의 이익이 우선하고 저런 경우에는 피해자의 이익이 우선한다는 식으로 결론을 낼 수밖에 없어서 가치판단기준 자체를 구체적으로 적시하는 것은 불가능하다. 또한 이러한 가치판단기준은 법관마다 다를 수밖에 없기 때문에, 결론이 아니라 각자의 가치판단기준 자체를 드러내게 된다면 판결이 가져야 할 명목상의 중립성 내지 신뢰성은 타격을 입을 수밖에 없는 것이다.

제4절 수인한도론이 적용되는 영역

Ⅰ. 서

제3절에서 ① 침해가 교정적 정의에 반하거나 ② 권리의 중핵이 침해되거나 ③ 통약불가능성이 존재하는 사안을 걸러냈기 때문에, 이러한 사안을 제외하고 ① 당사자들이 갖는 가치가 통약가능하거나, ② 통약불가능한 가치의 존재가 통약가능한 가치의 우열관계를 보강할 뿐인 사안이 수인한도론이 적용되는 영역으로 남는다.

Ⅱ. 비교형량에 의한 해결

법원이 당사자 쌍방의 이익을 파악할 수 있는 경우 쌍방의 이해는 비교가 가능하며 법원이 이를 파악할 수 있기 때문에, 양자를 비교하여 효율성, 즉 회피비용을 감안하여 쌍방의 이익의 합을 극대화하는 대안을 선택하는 방식으로 침해행위를 금지한다거나 방지조치

식으로 사고하는 것이다.

를 취할 것을 명하는 것이 가능하다. 가해자와 피해자의 이해관계가 재산상 이해관계에 국한될 경우나, 우월한 재산상 이해관계를 갖는 자에게 기타 피해가 추가될 경우에만 이러한 경우로 인정될 수 있을 것이다.

그러나 피해자가 생명, 신체에 피해를 입거나, 가해자의 이익이 금전적으로 환산할 수 없는 이익(국가안보, 사회질서유지 등)인 경우에는 양자의 이해관계를 동일한 척도로 비교할 수 없으므로 효율성의 극대화라는 방법을 취하는 것은 힘들게 된다. 이러한 경우는 제3절의 논리가 적용된다.

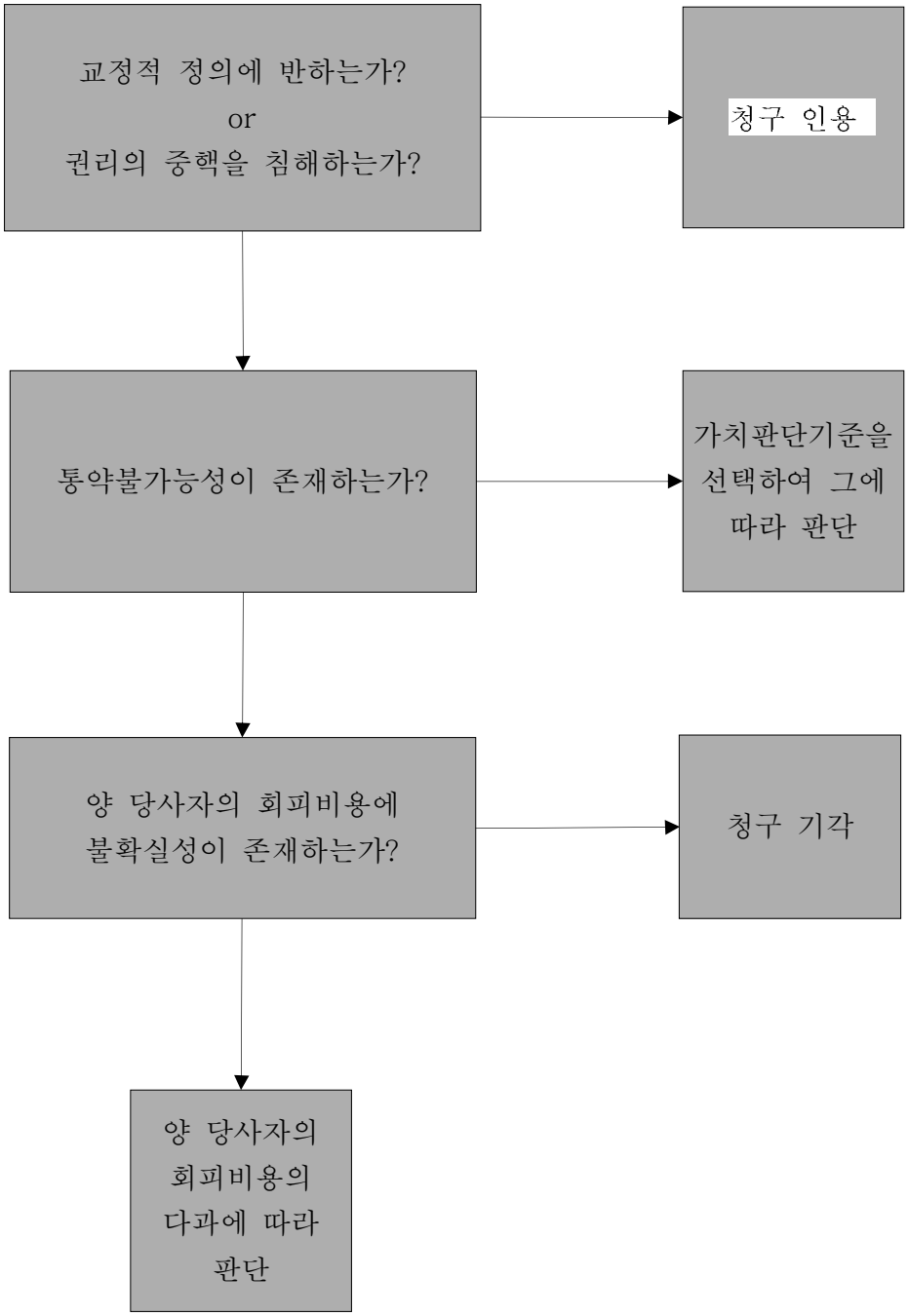
Ⅲ. 불확실성이 존재하는 경우

한편 법원이 쌍방 또는 어느 일방의 이익의 크기를 파악할 수 없는 경우가 있을 수 있는데, 관련자들의 이익이 통약가능하나 그 구체적인 크기를 알 수 없어 실제로는 비교가 어려운 상황이다. 이런 경우에도 거래비용이 낮은 경우에는 재산권원리를 적용하여도 효율성의 추구에 문제가 없다. 잘못된 판단을 하였을 경우에도 당사자들 간의 협상을 통해 결과를 교정할 수 있기 때문이다. 법원이 어느 한쪽의 이익이 보다 크다고 판단하기 어려운 상황이므로 재산권원리가 적용된 결과는 기각판결이 되어야 할 것이다. 이쪽이 거래비용이 높은 경우에 유지청구를 기각하고 손해배상원리를 적용하는 것과도 균형이 맞는다.

반면 거래비용이 높은 경우에는 유지청구에 관하여 잘못된 판단을 하였을 경우에 그 결과가 당사자 간의 협상을 통해 교정될 가능성이 낮다. 즉 유지청구를 전부 인용하고 비용을 가해자가 부담하게

하거나 유지청구를 전부 기각하고 손해배상청구도 기각할 경우, 완패한 일방이 협상을 통해 윈-윈의 결과를 도모하는 것이 어렵다. 따라서 승리한 측이 그로 인한 비용을 고려하도록 함이 타당한 바, 결국 유지청구를 인용하되 그로 인한 가해자의 피해를 피해자들이 부담하도록 하거나 유지청구를 기각하되 가해자가 피해자들의 손해를 배상하도록 하여야 한다. 다만 유지청구를 인용하되 가해자의 피해를 피해자에게 부담하도록 하는 판결은 우리 소송법제에서 이러한 판결을 내릴 법적 근거가 없고, 가해자에 비해 상대적으로 영세한 다수이기 쉬운 피해자들에게 가해자의 피해를 분담시키는 어려움이 있어서 실제로 내리기 어렵고, 유지청구를 기각하되 가해자가 피해자들의 손해를 배상하도록 하는 방법만이 남는다. 결론적으로 불확실성이 존재하는 경우에는 유지청구를 기각하게 된다.

<표> 유지청구 처리모델의 요약



제5장 구체적 고려요소들의 지위설정

제1절 서

이하에서는 유지소송에서의 위법성 판단과 관련하여 위에서 제시한 모델의 맥락에서 기존에 고려요소로 제시되어 온 주제들의 법적 지위를 설정하고, 그것들이 고려되는 방식을 검토하기로 한다.

제2절 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가

Ⅰ. 생명이나 신체에 대한 피해의 중요도

피해이익은 생명, 신체, 재산 외에도 정신적 안정감이나 미감 등 다양할 수 있다. 피해이익의 성질이 수인한도 판단에 고려되어야 함은 당연하겠으나 구체적으로 어떻게 고려되어야 하는지는 분명68하지 않다. 예를 들어 통상 사람의 생명은 재산보다 우월한 이익으로 여겨지지만, 어떤 환경침해를 A수준(고비용 소요)과 B수준(저비용 소요)으로 각각 저감함으로써 사망자가 발생할 확률이 A수준의 경우에는 상당히, B수준의 경우에는 다소 감소한다고 할 때 사람의 생명이 재산보다 우월하므로 항상 A수준으로 감소시키는 것이 더 바람직하다고 하는 것은 지나치게 단순한 논리이다. 어떤 경우에는 약간의 위험을 감수하면서 가해행위의 존속을 인정하여야 할 수도 있고, 또 다른 경우에는 위험이 사실상 무의미해질 수준까지 환경침해를 최대한 저감하여야 할 수도 있다.

손해배상청구의 경우에는 대체로 생명이나 신체가 실제로 피해를 입은 경우에는 위법성이 인정된다고 보는 입장이 통설이다. 손해가 단순한 가능성을 넘어 사람의 생명이나 신체에 현실화된 경우에 배상을 인정하는 것까지 상호성의 문제로 볼 수는 없다.[71] 반면 재산상의 피해를 입은 경우에는 그것만으로 수인한도를 넘는 것은 아니고, 상호성이 존재하는 경우에는 보다 우월한 이익을 위해 피해자가 다소간의 재산가치의 하락을 감수하여야 하는 경우도 있다.

그러나 생명과 신체가 실제로 피해를 입은 경우에 구제가 이루어져야 한다는 결론을 유지청구의 경우에도 일관할 수 있을까? 손해배상청구가 인정되는 모든 사안에서 유지청구가 인정되어야 하는 것은 아니라는 점은 위법성단계설에 따를 때 인정되지만, 구제의 수준은 별론으로 하고 생명과 신체에 실제로 피해를 입히는 환경침해를 방치하는 것은 바람직하지 않다는 점에는 어느 정도 합의가 이루어질 수 있을 것이다. 따라서 방지조치의 강도는 별론으로 하더라도 방지조치의 필요성 자체는 받아들여질 수 있을 것이라고 본다.

재산이 아닌 인간 자체에 대한 피해가 문제되는 경우 이를 생명/신체/정신에 대한 피해로 나누어 순서대로 심각한 피해로 보는 것이 보통이나, 반드시 신체에 대한 피해를 정신에 대한 피해보다 심각하게 보아야 하는지는 의문이다. 예를 들어 소음공해 때문에 우울증진단을 받아 정기적으로 치료를 받고 있는 경우 이를 정신적 피해로 심각하지 않은 것으로 보아야 하는 것은 아니고, 질병으로서 신체적 피해에 준하는 심각성을 갖는다고 보는 것이 타당할 것이다.

---

71) 일본의 요코타 기지 사건(동경고등재판소 소화62년 7. 15. 판시1245호 3면)에서는 피침해이익이 생명권 또는 신체권일 때에는 생명침해나 신체상해를 초래하는 침해행위는 바로 위법성을 띠게 된다고 해석해야 한다고 하여 생명과 신체에 관한 이익의 우월성을 인정하였다. 장경욱, 항공기 소음에 관한 일본 재판례 검토, 민주사회를 위한 변론 제55호, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2003, p. 14.

Ⅱ. 물권과 연관되지 않은 이익의 고려 여부

유지청구권의 본질이 물권적 청구권이라는 점이 고려대상이 되는 이익을 물권과 연관되는 것으로 제한하는지가 문제된다. 즉 거주자의 생명이나 신체에 대한 침해는 그 자체로서가 아니라 거주하는 부동산 소유자[72]의 사용, 수익을 방해하는 한도에서 고려대상이 되어야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 그러나 유지청구권의 본질이 물권적 청구권이라고 하여 고려대상이 되는 이익까지 물권과 연관된 이익으로 제한되는 것은 아니라고 보아야 한다. 수인한도를 정하는 것은 환경침해와 관련된 다원적인 이해관계의 충돌 속에서 유지청구권의 행사가 인용될 수 있는 물권의 한계를 정하는 것이기 때문에, 가해자의 이익을 비롯하여 피해자의 비재산적 이익, 권리를 행사하는 피해자 이외의 유사한 피해자의 이익 등 물권과 연관된 이익 이외의 요소가 자연히 고려대상이 되고, 그리할 때 보다 제반 이익을 빠짐없이 형량한 결론을 얻을 수 있기 때문이다. 따라서 고려대상이 되는 이익은 권리를 행사하는 당해 부동산이나 동산의 소유자 외에도 함께 거주하는 가족의 이익, 당해 부동산을 임차한 사람의 이익, 공해가 영향을 미치는 인근 거주자의 이익 등을 포괄한다. 다만 유지청구권의 본질이 물권적 청구권인 이상 물권이 침해된 자만 유지청구권을 행사할 수 있는 것은 물론이다.

72) 물권적 청구권을 행사할 수 있는 물권은 소유권과 점유권이 있으나, 환경침해가 점유권을 방해한다는 것은 생각하기 어렵다.

Ⅲ. 피해의 금전보상가능성

피해자가 금전보상으로 만족하는 것이 보통인 경우에는 유지는 인정되지 아니한다는 견해가 있다.[73] 피해가 금전으로 보상이 가능하고 금전으로 보상하도록 하는 것이 유지청구를 인용하는 것보다 가해자가 부담하는 손해를 줄일 수 있다면 피해자로 하여금 손해배상청구를 하도록 하고 유지청구는 기각하는 것이 보다 효율적인 결과를 달성할 수 있다. 그러나 금전으로 보상이 가능한 피해라도 가해자에게 해의가 있다거나, 가해행위가 권리의 중핵을 침해한다거나 하여 가해자의 이익과 관련 없이 금지되어야 하는 경우에는 유지청구가 인용되어야 한다. 금전으로 보상하도록 하는 것과 유지청구를 인용하는 것 사이에 가해자가 부담하는 손해에 별 차이가 없거나, 피해자가 장래에도 계속적, 반복적으로 손해배상청구를 할 필요가 있어서 피해자와 법원에 상당한 비용이 발생하는 경우에도 피해가 금전으로 보상이 가능하다고 하여서 유지청구를 금할 것은 아니고, 수인한도 초과 여부를 따져서 인용 여부를 결정하여야 할 것이다.

제3절 공법적 규제의 준수 여부

Ⅰ. 서

유지청구에 대한 판단은 조문을 기계적으로 적용하는 방법으로 행해질 수 없고, 반드시 일정한 가치에 대한 선택을 전제로 하게 된다. 물론 이런 가치에 대한 선택은 대부분의 법적 판단에 필요하다.

73) 황진호, 전게논문, p. 244.

그러나 유지청구의 경우에는 1) 그 대상이 되는 활동이 이미 공법적 규제를 받고 있는 경우가 많고, 2) 규제 내용은 "어떠한 행위를 할 때에는 이러이러한 규정을 준수해야 하며, 행위자가 규정을 준수하지 않을 경우 행정청은 저러저러한 제재를 가할 수 있다"는 것이며,[74] 3) 법원의 판결이 행위자에게는 행정청의 제재와 유사한 결과를 낳을 수 있고, 4) 그럼에도 불구하고 법원이 행위를 유지하는 판결을 내리는 요건이 명확하지 않다는 점이 문제가 된다. 결과적으로 공법적 규제의 위반 여부와 수인한도 초과 여부 사이의 관계를 설정하는 것이 과제가 된다.

Ⅱ. 학설

대체로 공법상의 규제기준은 적법성의 필요조건이기는 하지만 충분조건은 아니라고 한다.[75] 예를 들어 환경기준은 성인 남자의 건강을 고려하여 설정된 것으로서, 공해에 민감한 노인, 유아, 여성의 건강에 관하여는 충분히 고려하고 있지 않으며 개개의 오염물질이 그 기준에 미달하더라도 복합적으로는 그 유해성이 강해져서 인간의 건강에 해를 끼칠 가능성도 있으므로 이를 준수하였다고 하여

74) 예를 들어 소음·진동규제법 제23조는 시장·군수·구청장이 일정한 규제대상과 규제기준에 따라 생활소음을 규제하도록 하고, 제26조 제1항은 이러한 규제기준을 초과하는 소음·진동을 초과하는 경우에는 필요한 조치를 취할 수 있도록 하고 있으며, 이러한 조치명령을 이행하지 않는 때에는 공사의 중시 또는 폐쇄를 명할 수 있도록 하였다. 채우석, 소음·진동에 관한 규제법제, 환경법연구 27권 2호, 한국환경법학회, 2005, p. 353. 또한 건축법 제53조 제1항은 "전용주거지역 및 일반주거지역안에서 건축하는 건축물의 높이는 일조 등의 확보를 위하여 정북방향의 인접대지경계선으로부터의 거리에 따라 대통령령이 정하는 높이이하로 하여야 한다"고 이격거리와 건축물의 높이 제한을 규정하고 있으며, 이러한 규제를 준수하지 않은 건물에 관한 건축허가는 제한된다. 이은기, 주거환경침해의 한 형태로서의 일조침해에 대한 행정규제와 법적구제에 관한 고찰, 행정법연구 15호, 행정법이론실무학회, 2006, p. 258.

75) 문광섭, 환경침해에 대한 유지청구, 재판자료 94집, 법원행정처, 2002, p. 316.

수인한도를 넘지 않는 것은 아니다.[76] 그러나 규제기준을 준수하지 못하였다면 일단 수인한도를 넘은 것으로 추정된다.

이에 대하여는 공법상의 규제기준에 대한 준수 여부는 유지청구권을 인정하기 위한 사법상 위법성의 필요조건도 아니고 충분조건도 아니라는 비판이 있다. 이 견해는 공법상으로부터 사법상 권리가 창출되는지는 문제되는 법률의 입법사를 살펴보아 개별적으로 판단하여야 하며, 법경제학적으로 보더라도 규제수준이 과잉이면 규제를 위반하였다고 하여 행위가 금지되는 것이 아니고 규제수준이 과소하면 규제를 준수하였더라도 행위가 금지될 수 있다고 한다.[77]

Ⅲ. 판례

대법원은 손해배상청구에 관한 사안이나, "건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 동 법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단 자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다"[78]고 판시하여 일

76) 정대권, 공해유지소송에 관한 연구, 사법연수생논문집 14기, 사법연수원, 1984, pp. 99-100.
77) 조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, p. 54-59.
78) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850 판결.

조방해에 관한 단속법규를 위반한 경우에 특별한 사정이 없는 한 수인한도를 넘는 것이지만 그렇지 않더라도 경우에 따라 수인한도를 넘을 수 있다는 입장이다. 또한 부천경인고속도로에 관한 위 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904,37911 판결은 위와 같은 일반 법리를 제시하지는 않았으나, 유지청구에 관하여 소음·진동규제법상의 기준에 따라 인용의무를 정한 원심판결을 인용하였다.[79]

Ⅳ. 검토

특정한 사안에서 공법적 규제의 위반 여부와 당사자들의 이해관계는 반드시 판결을 내리는 데 있어서 같은 방향으로 작용한다고 볼 수는 없다. 예를 들어 소음기준을 5dB 초과하여 공법적 규제를 위반하였지만 가해자가 수많은 비행기가 이착륙하는 공항이어서 이착륙을 제한할 경우 항공운송에 상당한 차질이 예상된다는 등의 이유로 그 행위로부터 발생하는 이익이 상당한 반면 피해자는 인근 주민 1가구 정도라는 식으로 피해가 다른 사안에 비해 상대적으로 크지 않은 경우가 있을 수 있고, 그 반대로 소음기준은 준수하였지만 가해행위로 인한 이익이 사회적으로 중요하다고 보기 어렵고 실제로 인근의 수백 명에 달하는 주민이 지가하락과 신체적/정신적 고통을 호소하고 있는 경우도 있을 수 있다. 이런 경우에 이익형량에 따른 결론은 공법적 규제의 준수 여부에 따른 결론과는 반대 방향을 취하게 된다.[80] 이익형량에 따른 결론을 선택한다면 공법적 규

79) 김재형, 전게논문, pp. 36-37.

80) 독일민법 제906조 제1항 2문과 3문은 "일반적으로" 공법상의 기준치나 한계치를 준수하면 비본질적 침해가 된다고 규정하고 있다. 비본질적 침해가 되면 유지청구권의 행사가 제한되기 때문에 위 규정은 공법상 규제의 준수 여부와 유지청구의 결론을 연관 짓고 있는 셈이다. 그러나 독일의 판례는 환경기준상의 배출허용기준을 초과하면 본질적 침해

제를 고려요소의 하나로 둔 의미가 별로 없을 것이다. 반면 공법적 규제의 준수 여부에 따른 결론을 선택한다면 효율성 내지는 우월한 가치에 반하는 결론이 될 것이므로 이를 정당화할 근거가 필요하다.

문제는 때로 이익형량의 기준 내지 결과가 명확하지 않다는 것이다. 이해관계가 금전적으로 환산될 수 있거나, 사람의 생명이나 신체가 침해되고 있는 경우처럼 논란의 여지없이 우월한 가치가 존재하는 경우에는 공법적 규제의 준수 여부와 무관하게 효율성이나 우월한 가치를 우선하여도 무방할 것이다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 확실한 결론이 존재하지 않고, 따라서 의지할 수 있는 기준이 필요하다. 통약불가능한 가치들을 형량하는 기준에 대해서는 사람들마다 견해가 다르기 때문에, 필요한 것은 정답보다는 권위이다. 따라서 이익형량의 기준이 명확하지 않은 경우에 공법적 규제는 민주적 정당성과 전문성 면에서 장점을 갖는 기준으로서 활용될 수 있다.[81] 이상 검토한 바를 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 수인한도론의 적용이 배제되거나, 이익형량의 기준이 명확한 경우

이러한 경우에는 당사자의 이익형량에 중점을 두고, 공법상 규제의 준수 여부를 중요하게 감안하지 않아도 무방할 것이다. 따라서

가 되고, 미달하면 비본질적인 침해라는 것을 위한 간접증거가 될 수 있을 뿐이라고 하면서, 개별사건에서 적당한 임밋시온의 한계는 사실심법관의 합리적인 판단에 기초하여 모든 일련의 상황에 좌우된다고 하고 있다고 하여, 공법상의 기준치나 한계치에 절대적인 역할을 인정하지는 않는 것으로 보인다. 전경운, 전게서, pp. 79-84.

81) 공법상의 규제기준은 법관이 재량판단을 할 때 임의로 채택하는 기준에 비하여 그 설정과정에 이해당사자 및 전문가의 참여가 이루어지고, 법관에 비해 보다 큰 민주적 정당성을 갖는 의회나 행정 관료에 의해 제정되므로 민주적 정당성과 전문성 면에서 우수한 기준이라고 할 수 있다. 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계, p. 315 참조.

가해자에게 해의가 있거나, 생명·신체가 현실적으로 침해되거나, 권리의 중핵이 침해되어 수인한도론의 적용이 배제되는 경우에는 공법상 규제의 준수 여부는 위법성을 보강하거나 보강하지 않는 수준의 부차적인 고려사항이 된다. 관련이익이 통약가능하여 일방의 이익을 우월하다고 판단할 수 있을 경우에도 마찬가지이다.

2) 이익형량의 기준이 명확하지 않은 경우

문제되는 환경이익에 관하여 행정청이 제시한 규제기준이 있고, 입법사에 비추어 그러한 규제기준이 행위자 또는 피해자에게 일정한 수준의 행동의 자유(행위자) 또는 환경이익(피해자)를 보장하려는 취지로 인정된다면, 법원은 수인한도 판단에 있어서 그 규제기준을 특별한 사정이 없는 한 존중하여야 할 것이다.[82] 행정청이 규제를 위반한 행위자에게 행위의 금지, 시설의 가동중지 또는 폐쇄명령을 발할 수 있도록 한 경우에는 법원도 경우에 따라 그러한 조치를 취할 수 있다고 할 것이다. 행정청이 공익 또는 특정인의 이익을 보호하기 위해 조치를 취할 권한이 있다면, 법원 역시 특정인의 이익을 보호하기 위해서 같은 조치를 취하는 것이 불가능하다고는 할 수 없기 때문이다. 다만 법원은 행정청이 환경침해의 존재를 파악하고 있는지, 파악하고 있다면 환경침해를 배제하지 않는 이유는 무엇

82) 독일민법 제906조 제1항 2문과 3문은 공법과 사법의 조화를 위해서 일반적으로 공법상의 기준치나 한계치를 준수하면 비본질적인 침해가 된다고 규정하고 있다고 규정하고 있어 이를 우리 민법의 해석론으로 원용하는 견해가 있다(전경운, 환경침해에 대한 유지청구권, 판례월보 348호, 판례월보사, 1999, p. 44). 그러나 우리 민법에는 이러한 규정이 없으므로 공법상의 규제기준이 항상 독일 민법과 같은 의미를 갖는 것으로 해석하기는 어렵고, 입법사에 대한 검토를 통해 그러한 기준이 관계자에게 구체적인 사법상 이익을 보장하고 있는지를 살펴야 할 것이다.

인지 등을 고려하여야 할 것이다.

환경침해에 대한 공법상 규제가 피해자의 환경이익과 직접 연결될수록 그것의 준수여부가 수인한도 판단에 중요한 역할을 할 가능성이 높아진다. 예를 들어 동지 기준으로 일정 시간의 일조시간을 보장하도록 하는 건축법상 주거지역에서의 이격거리 및 건축물의 높이에 대한 규제는 인근 건물에 거주하는 자에게 일정 시간의 일조를 보장하는 것을 직접 목표로 하고 있다. 따라서 규정의 준수여부와 피해자의 일조침해 정도가 연관성이 높고, 규정의 준수여부와 수인한도 초과여부가 연결될 가능성이 높아진다. 반면 공장에서 배출되는 소음의 강도를 규제하는 소음·진동규제법상의 규제는 소음원에서의 소음도를 기준으로 하고 있기 때문에 소음이 실제로 피해를 끼치는 곳에서의 소음도는 기준치와는 차이가 있게 된다. 따라서 소음원에서의 소음도가 기준치를 초과하더라도 실제 피해를 입는 곳에서의 소음도가 낮아져서 수인한도 이내로 판단될 가능성이 높아지게 된다.[83]

제4절 가해행위의 태양

가해행위가 의도적이고 피해자에게 피해를 입히는 것 외에 가해자에게 별다른 이익이 없는 경우에는 이러한 가해행위는 교정적 정의관에 반하는 것으로서 권리남용이 되고, 이 경우 이익형량을 할 필요 없이 유지청구가 바로 인용될 수 있을 것이다.

침해가 일조방해, 조망방해, 사생활침해 등의 '소극적' 침해는

83) 그래서 소음소송에서의 수인한도 판단은 피해를 입는 지역에서 소음도를 측정하여 만든 소음지도를 이용하고 있다.

대기오염, 수질오염, 토양오염, 소음, 진동, 악취 등의 ‘적극적’ 침해와 달리 불가량물이 아니므로 민법 제217조의 생활방해에 해당하지 않고, 자기 소유물의 사용에 따른 것이므로 공·사법상의 상린관계규정에 위반되지 않는 한 소유권의 침해에도 해당되지 않는다고 보는 견해가 있다.[84] 그러나 우리 민법은 독일 민법과 같이 “유입(Zufuhrung)"이라는 용어를 사용하고 있지 않고, 햇빛, 공기, 아름다운 자연환경을 향유하고 텔레비전이나 라디오의 전파를 이용하는 것도 소유권의 내용이라고 볼 수 있으며,[85] 적극적 침해 역시 자기 소유물의 사용에 따른 것임은 마찬가지이기 때문에 소극적 침해라고 해서 소유권의 침해에서 제외되는 것은 아니라고 본다. 다만 구체적인 침해의 강도-피해자의 생명, 신체, 정신, 재산에 미치는 영향-를 판단함에 있어서 소극적 침해가 적극적 침해보다 피해자에게 미치는 영향이 상대적으로 경미한 것으로 판단될 수는 있을 것이다.

제5절 지역성

소음의 경우에 문제되는 지역이 농촌이나 주거지역인 경우에는 수인한도가 낮지만, 도심이라든가 상공업지역인 경우에는 수인한도가 높게 된다. 지역성의 문제는 사람들이 침해를 받아들이는 심각성과 인근에서 유사한 침해를 하거나 받고 있는 사람들의 이익을 반영한 것이라고 할 수 있다. 즉 같은 강도의 소음이라도 도심에서는 그리 심각하게 느껴지지 않는 반면 농촌에서는 심각하게 느껴질 수 있으므로 농촌에서의 피해 강도가 보다 크다고 할 수 있다. 또한 상

84) 전경운, 소유권의 소극적 침해, 민사법학 49-1호, 한국사법행정학회, 2010, p. 183.
85) 김재형, 전게논문, p. 31.

공업지역에서는 많은 사람들이 소음을 발생시키고 있는데, 여기에 엄격한 제한을 가한다면 소음을 발생시키는 행위를 통해 효용을 얻고 있는 이들이 피해를 입게 된다. 그러나 주거지역에서는 소음을 발생시키는 사람이 상대적으로 적어 엄격한 제한을 가하더라도 가해자들이 입는 피해는 상대적으로 작다고 할 수 있다. 이런 관점에서의 지역성은 이익형량의 일부가 될 수 있다.

지역성의 문제는 일조나 소음에 관한 공법상 규제에도 반영되어 있다. 예를 들어 주거지역을 구분하고 지역별로 허용되는 소음의 한계를 달리 규정하고 있는 소음·진동규제법이 있고, 주거용 건물이 존재하는 경우 일정량의 일조를 확보할 수 있도록 주변 건물의 이격거리를 규정하고 있으나 주거용이 아닌 상업용 건물 등에 관하여는 일조확보에 관한 규정을 두지 않고 있는 건축법상의 이격거리에 관한 규정이 있다. 지역성의 문제를 반영한 위와 같은 규정의 준수 여부가 수인한도 초과 여부를 판단하는 데 영향을 미치는지는 공법상 규제의 준수 여부가 수인한도 초과 여부를 판단하는 데 있어서 갖는 지위 문제의 일부이다.

공법상으로 규제되어 있지 않더라도 일정한 지역의 부동산소유자나 주민들 사이에 어떤 관행이나 상황이 존재한다면 이를 형평성 차원에서 이익형량의 기준으로 참작할 수 있을 것이다. 예를 들어 고층아파트 건축에 의한 일조침해가 문제되는 사안에서 인근의 유사한 환경에 15층 아파트가 다수 존재한다면 15층보다 더 낮은 층을 한도로 공사를 금지하는 것은 형평성에 어긋난다고 보는 것이다.

제6절 토지이용의 선후관계

Ⅰ. 서

환경 분쟁에 있어서 토지이용의 선후관계를 고려한다는 것은 기존에 거주하던 피해자에 대하여 환경침해를 유발한 행위가 새로이 행해졌는지, 그렇지 않으면 환경침해를 유발한 행위 중간 또는 행위가 끝난 뒤에 피해자가 환경침해가 발생하는 지역으로 이주하여 왔는지에 따라 문제를 다르게 처리하는 것을 의미한다. 토지이용의 선후관계는 영미에서는 위험에의 접근이론으로, 독일에서는 선주성의 문제로 다루어지고 있다.

손해배상청구의 경우 판례는 위험지역으로의 이주를 경우에 따라 면책 또는 과실상계에 준하는 감액사유로 보고 있다. 면책 또는 감액은 수인한도를 넘는 침해의 존재를 전제로 한 것이기 때문에 판례의 입장은 위험지역으로의 이주를 수인한도 판단기준이 아닌 책임감면사유로 본 것이다. 유지청구에 관하여도 마찬가지의 접근법을 생각할 수 있으나, 손해배상청구와 달리 과실상계에 관한 규정이 존재하지 않기 때문에 유지청구의 경우에는 토지이용의 선후관계를 수인한도의 판단기준에 포함시키는 것이 보다 적절하다. 손해배상청구에 있어서의 수인한도는 금전배상이 이루어져야 할 침해의 수준을 결정하는 것이나, 유지청구에 있어서의 수인한도는 제반 이익을 비교형량하여 침해가 배제되어야 할지 여부를 종국적으로 결정하는 것이므로 토지이용의 선후관계는 수인한도의 판단기준에 포함되는 것이 타당하다. 문제는 토지이용의 선후관계가 수인한도 판단에 어떤 방식으로 고려되어야 하는지의 여부이다.

Ⅱ. 학설

토지이용의 선후관계를 수인한도 판단에 있어서 중요한 요소로 보는 이론에 따르면, 공해가 발생하기 전에 피해자가 이미 그 지역에 거주하고 있었던 경우에는 수인한도를 넘는다고 인정될 가능성이 높지만, 공해가 발생한 뒤에 피해자가 이주하여 온 경우에는 피해자가 어느 정도는 피해를 수인한 것으로 보아 이를 수인한도 판단에 고려하여야 한다고 한다. 이 경우에도 1) 단순히 공해의 발생을 알면서 이주해 온 것만으로도 고려해야 한다는 입장, 2) 피해자가 피해를 입을 것을 인용하면서 이주한 때에만 고려해야 한다는 입장, 3) 피해자가 유지청구나 손해배상을 받기 위해서 이주하는 등 피해자의 청구가 권리남용에 해당하는 때에만 고려해야 한다는 입장으로 나누어져 있다.[86] 이처럼 피해자의 보호를 약하게 하려는 이유는 피해자 측이 공해미발생지역으로 이주함으로써 위험을 회피할 수 있었다는 점, 피해자가 비합리적으로 위험을 선택하였더라도 이는 피해자의 과실이라는 점,[87] 이미 가해행위로 인하여 하락한 지가나 임대료의 혜택을 얻었다는 점, 법정책적으로 회피할 수 있는 피해를 회피하게 하는 동기를 부여할 필요가 있다는 점[88] 등이다.

위와 같이 토지이용의 선후관계를 수인한도 판단 여부에 고려해야 한다는 견해는 피해자가 반드시 위험을 회피하여야 하는 의무가 있는 것은 아니라는 점과 공해를 발생시킨 자가 인근 주민이 바뀌

86) 정대권, 전게논문, pp. 105-106.
87) 강종선, 항공기소음 관련 민사소송의 제 논점, 사법논집 44집, 법원도서관, 2007, p. 303.,
88) 채영근, 항공기소음피해에 대한 국가배상판결에 대한 고찰, 항공우주법학회지 20권 1호, 한국항공우주법학회, 2005, p. 244.

었다고 해서 이익을 얻는 것은 부당하다는 점을 이유로 비판을 받는다.

Ⅲ. 판례

판례는 군 비행장의 항공기소음으로 인한 손해배상청구소송에서 "소음 등을 포함한 공해 등의 위험지역으로 이주하여 들어가서 거주하는 경우와 같이 위험의 존재를 인식하면서 그로 인한 피해를 용인하여 접근한 것으로 볼 수 있는 경우에, 그 피해가 직접 생명이나 신체에 관련된 것이 아니라 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 있을 것이다. 일반인이 공해 등의 위험지역으로 이주하여 거주하는 경우라고 하더라도 위험에 접근할 당시에 그러한 위험이 존재하는 사실을 정확하게 알 수 없는 경우가 많고, 그 밖에 위험에 접근하게 된 경위와 동기 등의 여러 가지 사정을 종합하여 그와 같은 위험의 존재를 인식하면서 굳이 위험으로 인한 피해를 용인하였다고 볼 수 없는 경우에는 손해배상액의 산정에 있어 형평의 원칙상 과실상계에 준하여 감액사유로 고려하는 것이 상당하다"고 판시하여, 위험의 존재를 인식하면서 피해를 용인한 경우에는 가해자가 면책될 수도 있으나 그렇지 않은 경우에는 감액사유로 된다는 태도를 취한다.

판례는 피해가 현재 존재하지 않는 경우에도 가해자 및 피해자가

행위를 할 당시[89] 피해발생을 예견할 수 있었는지의 여부를 수인한도 초과여부의 고려사항으로 보고 있다. 부천경인고속도로 사건에서는 고속도로 건설공사 당시 인근에 빌라가 건축될 것을 예상할 수 있었다는 점이 침해가 수인한도를 초과한다고 판단한 이유를 구성하였고, 해운대 주상복합아파트 공사금지 사건에서는 피해자인 아파트 주민들이 입주 당시 인근지역에 건물이 건축될 것을 예상할 수 있었다는 점이 침해가 수인한도를 초과하지 않는다고 판단한 이유를 구성하였다.

Ⅳ. 검토

1. 효율성 기준

피해자가 침해받는 이익과 가해자가 침해행위로부터 얻는 이익 사이에 상호성이 존재하는 경우에는 환경침해를 유발한 행위 뒤에 피해자가 이주하여 온 경우와 기존에 살고 있던 피해자에 대하여 환경침해를 유발하는 행위가 이루어진 경우를 반드시 달리 취급하여야 할 필요는 없다. 즉 기존에 살고 있던 주민이 피해를 받았다고 하여 반드시 환경침해를 유발한 행위가 위법하게 되는 것이 아니라, 경우에 따라서 환경침해를 유발한 자에게 그렇게 할 권리가 있는 것이고, 기존에 살고 있던 주민이 침해를 유발하는 행위가 없었음으로 인하여 누렸던 환경이익은 반사적 이익으로 보아야 할 경우도 있게 된다. 반면 피해자가 침해행위 뒤에 이주하여 왔다고 하더라도

89) 가해자의 경우에는 건설공사 등 침해행위를 할 때이고, 피해자의 경우에는 침해를 받는 지역에 입주하는 등 침해를 받게 되는 행위를 할 때이다.

침해행위를 한 자가 반드시 침해행위를 계속할 권리를 갖는 것도 아니다.

이러한 논리는 효율성의 추구 내지 이익형량의 측면에서 정당화된다. 효율성 측면에서 볼 때, 가해행위 뒤에 피해자가 이주하였다고 하여 유지청구나 손해배상청구가 불가하다고 보는 것은 문제가 있다. 환경오염으로 인해 가해자가 100의 이익을 얻고 있고, 그로 인해 후에 이주하여 온 피해자가 200의 피해를 입고 있는 경우에 구제를 부인하는 것은 사회 전체적으로 100의 손해를 유지하도록 하는 것이기 때문이다. 다시 말해서 가해행위 뒤에 피해자가 이주하였다고 하여 구제를 부인하는 것은 가해자가 인근 지역을 황폐하게 만들어도 당시에 거주자가 없었다면 이후에 사법상 책임을 지지 않는다는 것으로, 가해자에게 인근 지역에 대한 사적 수용을 인정하는 결과를 낳을 수 있다.[90][91]

2. 피해자의 사전적 위험회피가능성

환경침해가 있는 지역으로 이주하려는 사람이 사전에 환경침해의 존재를 인식한 경우에 다른 지역으로 이주하는 것을 선택하여 침해

90) 조홍식, 상린관계의 법정책: 항공기소음을 글감으로 하여, p. 327.

91) 지영난, 전게논문, pp. 538-539는 고속도로 설치와 인근 건물 신축 시점의 선후관계에 따라 고속도로 설치 당시 건물이 존재하거나 완공된 형태를 예상 가능한 경우에는 이를 고려한 방음시설을 설치해야 하고, 건물이 없고 완공된 형태를 예상 불가능한 경우에는 인근의 일반적인 건물을 고려한 방음시설을 설치하면 족하며, 건물의 증축· 개축 등 건물주의 사정변경으로 증가된 피해는 건물주가 수인하여야 한다고 보고 있으나, 그 이유는 분명하지 않다. 고속도로 설치 예측과 다른 사정변경에 대하여도 방음시설을 설치해야 한다면 고속도로 관리자의 부담이 증가할 수는 있겠지만, 주거지역의 소음기준을 정하여 일정 수준 이하의 소음의 유입을 규제하고 있는 소음·진동규제법의 취지와 아파트가 종종 재건축으로 고층화되는 점을 고려할 때 고속도로 설치 후에 건물이 신축되거나 증축·개축·재축된 때에도 고속도로 관리자가 방지조치를 취할 의무를 지는 경우가 있어야 한다고 생각한다.

를 받는 것을 피할 수 있음은 사실이다. 그러나 이렇게 위험을 사전에 회피할 수 있었음에도 하지 않았다는 점을 피해자에게 불리한 사정으로 취급하는 것은 적절하지 않다고 본다. 주거의 선택은 환경침해의 존재여부뿐만이 아니라 주택가격, 위치, 사회 환경, 기타 여러 가지 여건을 종합하여 이루어지는 것이기 때문에 문제의 환경침해가 없으면서 기타 여건이 마찬가지로 만족스러운 주거를 찾는 것이 반드시 쉽다고는 할 수 없다. 또한 거주지의 선택은 법령에 의해 금지된 경우가 아닌 이상 개인의 자유에 맡겨져 있는 것으로서, 개인에게 환경침해를 입지 않는 곳을 선택하여 살라고 요구할 수 없기 때문에 다른 곳을 선택하지 않았다는 사정만으로 수인한도 내에 있다고 볼 수는 없다.

한편 피해자가 침해의 존재를 인식하였거나 이를 예견할 수 있다면 부동산을 거래하는 과정에서 예견되는 피해를 가격에 반영할 수 있고, 따라서 구제의 필요성이 약화된다는 점은 타당성이 있다. 침해가 발생하거나 예견됨으로 인하여 인근 부동산의 가격은 1) 침해가 계속 존속할 것을 예상하여 하락하였고 피해자는 이 가격으로 부동산을 취득하였을 것인데, 만일 2) 피해자가 입주 뒤 소송을 통해 침해를 배제하거나 피해에 대한 보상을 받을 수 있고, 이 점이 알려져 있는 경우라면 인근 부동산의 가격은 침해가 계속 존속하는 것을 전제로 할 때보다 덜 하락하였을 것이고, 구제를 받은 피해자는 2)의 가격과 1)의 가격 사이의 차액을 이익으로 얻게 되기 때문이다.[92)93)]

92) 단, 침해의 존재 여부가 불확실하여 부동산가격이 침해를 제대로 반영하지 못하였다거나, 피해자가 침해의 존재를 정확하게 알 수 없었던 경우에는 피해자가 구제를 받는다고 하여도 반드시 과도한 이익을 얻는다고는 할 수 없을 것이다. 후술하듯이 판례도 이런 경우에는 피해자가 면책되는 것이 아니라 손해배상액의 감액사유로 고려될 수 있을 뿐이라고 한다.

그러나 이 점을 들어 피해자가 피해의 존재를 인식하고도 이를 용인하고 이주하였다고 판단하여 구제를 부인하는 데에는 신중을 기할 필요가 있다. 예를 들어 항공기소음공해의 경우에 실제 소음피해의 심각성을 충분히 인식하기 위해서는 이주하려고 하는 사람이 실제로 그 지역에서 거주하여 보아야 할 것인데, 그렇게 하는 피해자는 생각하기 어렵다. 피해자는 보통 낮은 부동산가격과 방문시 접한 소음, 주변인들의 언동을 감안하여 침해의 정도를 간접적으로 인식할 수 있을 뿐이다. 또한 위험을 인식하였다고 하더라도 실제로 발생한 위험이 피해자가 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과할 수도 있고, 피해자가 이주하여 온 뒤에 위험이 증대될 수도 있다.

제7절 피해자와 가해자의 피해회피조치

Ⅰ. 피해자의 피해회피조치

피해자가 경제적으로 기대 가능한 회피조치를 통해 피해를 줄일 수 있다고 할 때, 회피조치를 취하는 것을 기준으로 그 비용을 고려요소에 넣어야 한다. 예를 들어 창문을 닫고 생활함으로써 소음피해를 줄일 수 있다면 창문을 닫고 생활해야 하기 때문에 발생하는 불이익[94]을 고려요소로 삼아야 할 것이고, 창문을 항시 열고 생활할 때 피해자가 입는 소음피해를 고려요소로 삼아서는 안 될 것이다.

---

93) 이익의 크기는 유지소송을 통해 배제되거나 손해배상소송을 통해 배상받은 침해에 상당하는 가치에서 분쟁에 소요되는 비용을 공제한 정도가 될 것이다. 따라서 침해에 상당하는 가치보다는 작게 된다.

94) 환기의 어려움으로 인한 답답함, 여름철의 냉방비 등

Ⅱ. 가해자의 피해회피조치

가해자의 회피조치가 문제되는 경우로 사전적으로 공장의 입지를 정함에 있어서 그 입지보다 더 적합한 대체지가 있거나 대체지에 대한 충분한 조사를 하지 않은 경우를 생각할 수 있다. 그러나 그것만을 이유로 수인한도를 넘는 것은 아니고, 다른 입지를 찾는 것이 불가능하다고 하여 수인한도 내에 있는 것도 아니다.[95] 가해행위를 하기 전에 사전적으로 회피가 가능하였다는 문제와 이미 존재하는 가해행위를 사후적으로 제거할 것인가의 문제는 다른 문제이고, 다른 입지를 찾는 것이 불가능하다고 하여 심각한 피해를 가하는 행위가 정당화될 수 없기 때문이다.

다음으로 가해자가 피해를 줄이기 위해 이미 취한 조치가 위법성 판단에 갖는 영향이 문제된다. 예를 들어 소음공해와 관련하여 가해자가 방음벽을 설치하였다거나 야간조업을 자제하고 있다든가 하는 등의 사정이 있을 수 있는데, 이러한 사정은 가해자가 전혀 회피조치를 취하지 않은 경우와 비교하여 볼 때 법원이 현 상태에서 가해자가 추가적인 방지조치를 취하는 것이 상대적으로 어렵다고 보는 사유가 될 수 있다. 한편 상당한 비용을 들여 방지조치를 취하였다고 하더라도 잔존하는 피해가 있는 이상 피해의 중대성이 방지조치로 인하여 감소되는 것은 아니다. 방지조치를 하였건 하지 않았건 일정한 수준의 피해가 존재한다는 점은 마찬가지이기 때문이다.[96]

마지막으로 사후적으로 회피조치를 명할 것인지의 여부와 어떤

95) 김시승, 환경권과 그 침해에 대한 사법적 구제, 판례연구 12집, 부산판례연구회, 2001, p. 249.

96) 요코타비행장 사건에서도 침해방지조치라는 요소는 그에 의해 침해가 방지될 때 비로소 의미가 있는 것에 지나지 않는다고 보고 있다. 김선이, 전게논문, p. 287.

조치를 명할 것인지에 관하여 여러 가지 저감방법이 동등한 효과를 낳는다고 할 때, 비용을 최소화하는 방법을 기준으로 그 비용을 고려요소에 넣어야 하고, 유지명령을 내릴 경우 그 방법에 의하도록 하거나 저감목표를 정해 주고 방법은 가해자가 선택할 수 있도록 하여야 한다.[97] 예를 들어 조업정지와 저감시설 설치를 통해 같은 수준의 소음 감소가 가능하고, 저감시설을 설치하는 편이 가해자에게 적은 비용을 부담하게 하는 경우 조업정지에 따르는 비용이 아닌 저감시설 설치비용을 소음감소로 인하여 피해자가 입는 편익과 비교하여야 하고, 유지명령을 내릴 경우 저감시설을 설치하도록 하거나 소음저감목표를 가해자가 임의의 방법으로 달성하도록 하여야 한다.

제8절 가해행위의 공공성

가해행위의 공공성을 수인한도의 고려요소로 삼을 지의 여부에 관하여, 손해배상명령에 있어서는 가해행위로 인해 공공의 이익이 발생하더라도 그로부터 피해를 입는 자에 대하여 보상이 이루어지지 않아도 되는 것은 아니라는 이유로 공공성을 수인한도의 고려요소에서 배제하려는 입장과, 가해행위로 인해 공공에 이익이 발생하는지는 가해행위의 위법성을 판단하는 데 필요한 요소로 보아 공공성을 수인한도의 고려요소에 포함시키는 입장이 대립되고 있다.

그러나 유지명령에 있어서는 금전보상이 아니라 가해행위의 존속이나 방지조치의 유무가 문제되기 때문에, 공공성을 일괄적으로 고려요소에서 배제하거나 포함시킬 것이 아니라 유지명령의 내용에

97) 가해자는 자신의 비용을 최소화하는 방법을 선택할 것이다.

따라서 고려사항으로 삼을 지 여부가 달라져야 할 것이다. 예를 들어 방지설비를 설치하는 것이 유지명령의 내용이라면, 방지설비의 설치비용이 가해행위를 계속하는 것을 어렵게 한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 방지설비의 설치비용과 그로 인하여 줄어드는 피해가 문제될 뿐이고, 가해자가 가해행위를 통해 공공에 얼마나 이익을 주고 있는지는 유지명령과 관련된 비용/편익으로 볼 수 없다. 그러나 가해행위를 금지하는 것이 유지명령의 내용이라면 가해행위가 발생시키는 이익의 감소분이 유지명령의 비용이 되므로 가해행위의 공공성은 고려사항이 된다.

제9절 교섭경과

교섭경과는 대상 환경 분쟁이 발생한 경위, 가해자가 피해자에 대한 의견수렴 절차를 거쳤는지 여부, 당사자들이 합의를 위해 기울인 노력 등을 포함한다. 환경을 침해하는 사업을 영위하려는 자는 자기의 사업으로 인한 주변 환경의 침해 여부 및 정도, 그에 대한 방지대책 등을 면밀히 검토하고 주민들에게 그 조사 결과를 설명한 뒤 보상 문제 등을 포함하여 주민을 설득하여야 하며, 이러한 민주적 절차를 거쳤는지 여부도 피해자의 수인의무 판단에 고려요소가 된다고 한다.[98] 또한 가해자와 피해자 사이에 가해 건물을 일정한 층수 이상으로 건축하지 않기로 하는 합의가 있었던 경우에 가해 건물의 건축주가 그 합의에 반하여 피해 건물 소유자의 동의를 얻지 않고 일정한 층수 이상으로 건축을 하려 한다면 이는 수인한도의 범위를 초과할 가능성이 높다고 한다.[99]

98) 문광섭, 전게논문, p. 317.

이러한 교섭경과가 다른 고려요소를 통해 평가한 가해행위의 위법성을 강화하거나 감쇄하는 것과 별개로 독자적인 의미를 가질 수 있는 것인지가 문제가 된다. 예를 들어 가해행위의 태양, 가해자와 피해자의 이익, 피해의 회피가능성 등 판례가 제시한 요소들을 모두 감안하고 여기에 교섭경과의 문제를 감안하여 유지청구 인용의 결론을 냈다고 할 때, 다른 사정은 동일하고 가해자가 피해자와의 교섭에 성실히 응하지 않았다면 결론이 바뀔 수 있는가의 문제이다.

때로 교섭경과 중에는 가해자가 가해행위에 관하여 갖는 이익이나 피해자가 가해행위로부터 입는 피해와 연결되는 사정이 있을 수 있다. 예를 들어 피해자가 손해배상에 합의하였다가 유지청구를 제기한 경우, 피해자가 손해배상에 합의하였다는 사정은 피해가 금전배상으로 보상될 수 있는 수준이라는 점을 추단하게 하는 사정이 될 수 있다. 이런 사정은 이익형량에 고려되어야 하는 사정이고, 그에 따라서 결론이 바뀔 수도 있다고 할 것이다.

그러나 이익형량의 기초가 되는 가해행위의 존재에 관하여 당사자 쌍방이 갖는 이해로 평가하기 어려운 사정은 대체로 대상 환경분쟁의 핵심인 공해에 수반되는 부차적인 것이어서[100] 교섭경과 자

99) 이응세, 일조권 침해와 환경소송, 재판자료 제95집, 법원행정처, 2002, p. 289.

100) 가해자가 피해자의 사정을 이해하려는 노력을 전혀 하지 않았다거나, 그 반대의 경우에 가해자와 피해자는 각각 정신적인 스트레스를 겪을 것이고, 이를 분쟁 과정에서 일방이 상대방에게 가한 피해로 평가할 수도 있을 것이다. 그러나 대부분의 경우에는 이러한 피해는 공해 자체의 존재로 인한 피해에 비하여 부수적이고 경미한 피해일 것이고, 만약 폭력사태가 발생하여 인명피해나 재산상 피해가 발생하는 등 교섭경과에서 생긴 분쟁으로 인한 피해가 공해로 인한 피해와 독립적인 의미를 가질 정도로 상당하다면 그 자체를 원인으로 한 손해배상청구나 유지청구가 제기될 가능성이 높다고 할 수 있다. 법원이 이러한 청구를 피해가 상당함을 이유로 인용한다면 그로 인한 피해는 보상되는 것이므로, 교섭경과의 문제를 다시 원래의 가해행위에 관한 유지소송에서도 위법성을 강화시키는 요소로 고려하는 것은 피해자에게 과도한 이익을 부여할 수 있다. 결과적으로 유지소송에서 고려되어야 하는 교섭경과의 문제는 관계자의 이익과 독립적인 의미를 가질 정도로 중요한 것은 아니고, 부수적인 사정이라고 할 것이다.

체가 결론을 좌우할 정도로 중요도를 갖는다고 보기 어렵다. 따라서 입법자의 의사가 교섭경과를 핵심적인 요소로 감안하도록 하지 않는 이상, 이러한 경우에는 결론이 바뀌기 쉽지 않을 것이다.

그럼에도 불구하고 교섭경과를 고려요소의 하나로 판시하는 것은 현재의 이유설시 방식에서는 유사한 분쟁당사자들의 행위를 바람직한 방향으로 유도하는 기능을 할 수 있다. 법원은 고려요소들을 나열하면서 그것들의 경중이나 그것들을 종합하는 방법을 설시하지 않기 때문에, 판결을 참고자료로 삼고자 하는 유사한 분쟁당사자는 모든 고려요소에 신경을 쓸 수밖에 없기 때문이다. 그런 면에서 교섭경과는 실질적으로 결론을 좌우하는 요소는 아니지만 고려요소로 감안할 필요는 있다고 할 것이다.

제10절 환경영향평가

Ⅰ. 서

환경영향평가법 제2조는 환경영향평가를 “환경에 영향을 미치는 실시계획·시행계획 등의 허가·인가·승인·면허 또는 결정 등(이하 “승인등”이라 한다)을 할 때에 해당 사업이 환경에 미치는 영향을 미리 조사·예측·평가하여 해로운 환경영향을 피하거나 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련하는 것”으로 규정하고 있다. 환경영향평가가 필요한 사업임에도 불구하고 평가가 이루어지지 않았거나 부실하게 이루어진 경우에 이를 유지청구의 수인한도 판단에 있어서 어떻게 고려할지가 문제된다.

Ⅱ. 학설

국내의 견해는 대체로 그 하자의 정도에 따라 위법성을 보강하는 사유가 된다는 것이다.[101] 일본의 경우에는 ① 바로 유지청구를 인용할 수 있다는 견해 ② 위법성이 보강된다는 견해 ③ 피고가 가해행위의 공공성을 들어 항변할 수 없게 된다는 견해 ④ 피해발생의 개연성이 추정된다는 견해가 있다.[102]

Ⅲ. 판례

1989년도에 연탄공장에서 발생하는 분진에 의한 대기오염이 문제된 사안에서, "대기오염이 수인한도를 넘은 것으로서 위법성을 띠게 되는 것인지의 여부는 피침해이익의 종류 및 정도, 침해행위의 공공성, 그 지역의 현실적인 토지이용상황, 토지이용의 선후관계, 가해자의 방지시설설치여부, 손해의 회피가능성, 공법적 규제 및 인·허가와의 관계, 환경영향평가 및 민주적 절차의 이행여부 등을 모두 비교교량하여 판단하여야 한다." 고 본 사례가 있다.[103]

Ⅳ. 검토

부실한 환경영향평가로 인하여 법원이 환경피해를 제대로 파악하기 어려운 경우에는 환경영향평가의 하자는 법원으로 하여금 환경

101) 이범주, 교육환경등의 침해와 유지청구, 법조 제47권 제2호, 법조협회, 1998., 허상수, 전게논문, p. 215.
102) 허상수, 전게논문, pp. 214-215.
103) 서울민사지방법원 1989. 1. 12. 선고 88가합2897판결.

영향평가에서 밝혀진 것 이상의 환경피해가 존재할 가능성이 높다고 추단하고, 평가에서 누락된 환경이익을 발견하여 이익형량대상에 추가하게 하는 사유가 될 수 있을 것이다.

한편 누락된 환경이익과는 별도로 환경영향평가에 하자가 있었다는 사실 자체가 유지청구의 인용 여부에 어떤 비중을 갖는지는 별개의 문제이다. 이 점에 관하여는 행정처분을 기초로 이루어지는 사업 활동을 유지소송에 의하여 금지하는 것이 실질적으로 행정처분을 취소하거나 영업정지 등 제재처분을 가하는 것과 유사한 결과를 낳는다는 점에 착안하여, 환경영향평가의 하자가 당해 사업을 승인하는 행정처분의 위법성에 미치는 영향에 대한 논의를 참고할 필요가 있다고 본다. 판례가 환경영향평가의 하자를 그것이 환경영향평가를 하지 않은 것과 같을 정도에 이르지 않는 한 그것만으로 행정처분의 취소사유가 되는 것은 아니고 행정처분의 재량일탈·남용 판단에 있어서 참작사유가 될 뿐이라고 판시하고 있는 점, 재량적 행정처분의 철회나 사업자에 대한 제재처분은 원칙적으로 행정청에게 행위 여부에 대한 재량권이 주어져 있는 점, 공법상 절차인 환경영향평가를 관계인이 요구할 사법상 권리가 있다고 보기 어려운 점 등을 감안하면, 환경영향평가의 하자는 그 자체만으로 독립된 유지청구 사유가 되기는 어렵고 대개는 위법성을 강화하는 사유로 참작될 것이라고 본다.

제11절 기존에 존재하는 침해

환경침해가 문제되는 지역에 이미 존재하였던 다른 침해의 영향을 고려하여야 한다는 것은 당연하겠으나, 실제로 고려되는 방식은

다음과 같이 다양할 수 있다. 손해배상청구의 경우에 다른 침해를 일으킨 행위와 문제되는 침해를 일으킨 행위 사이에 객관적 관련공동성이 인정되는 경우에는 통설에 따르면 민법 760조의 공동불법행위가 성립하기 때문에, 침해 전체를 하나로 보아 수인한도 초과 여부를 판단하게 될 것이다. 반면 그렇지 않은 경우에는[104] 각 침해행위 별로 수인한도 초과 여부를 판단하여야 하므로, 전체적인 침해에서 문제되는 행위와 관련 없는 침해는 제거하여야 할 것이다.[105]

그러나 유지청구는 문제되는 침해를 배제할 것인지 아닌지와 관련하여 가해자가 침해를 계속함으로써 얻는 이익과 피해자가 침해를 배제함으로써 얻는 이익을 형량하는 것이 문제이므로, 문제되는 침해행위와 관련공동성이 인정되느냐와 관계없이 기타의 침해행위로 인하여 피해자가 입은 피해는 일단 이익형량에 포함시켜서는 안 될 것이다. 즉 원고가 배제를 구하는 침해행위와 관련 없는 침해는 전체적인 침해에서 제거되어야 한다.

그러나 이렇게 원고가 배제를 구하는 침해행위별로 이를 배제할 것이냐 아니냐를 판단하는 것이 반드시 효율적인 결과를 낳는 것은 아니다. 침해가 중첩됨에 따라 피해자가 겪는 한계적인 피해가 침해가 개별적으로 일어났을 때 피해자가 겪는 각각의 피해보다 높거나 낮을 때는 문제가 있을 수 있다. 침해가 중첩됨으로 인하여 개별적

---

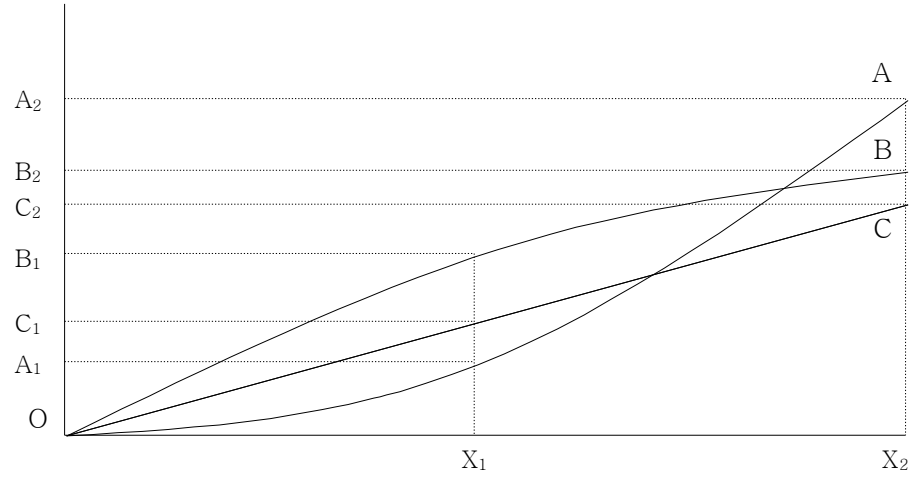
104) 주택 인근에 있는 나이트클럽의 소음과 공장의 소음처럼 업종이나 소음발생경위, 태양에 유사성이 없는 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

105) 서울중앙지방법원 환경전담재판부는 2개 이상의 건물이 복합적으로 수인한도를 넘는 일조침해(복합일영에 의한 일조침해)를 가하나 개개의 건물만으로는 단독으로 수인한도를 넘는 침해를 가하지 않는다고 인정한 사안에서, 민법의 불법행위책임은 원칙으로 자기과실책임주의이므로 후에 신축된 건물의 소유자 등이 먼저 축조된 건물의 소유자 등과 피해건물의 일조침해를 야기하는 악의 등의 특별한 사정이 없는 한 공동불법행위책임이 없다는 견해에 따라 판결한 선례가 있다고 한다. 손윤하, 환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제-일조, 조망 및 생활소음을 중심으로, 저스티스 81호, 한국법학원, 2004, p. 139.

으로 법익을 침해할 때보다 전체적으로 높은 손해를 발생시키는 경우에는[106] 중첩된 피해 중 하나를 먼저 제거하는 것은 피해자에게 큰 이익을 주게 되나, 나머지를 제거하는 것은 피해자에게 그다지 큰 이익을 주지 않는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 피해자가 누구를 상대로 먼저 제거를 구하는지에 따라서 결론이 달라질 수 있고, 이는 먼저 제거를 요구받은 가해자에게 불공평한 결과가 된다. 반면 침해가 중첩될 때 한계적 피해가 작아지는 경우에는[107] 중첩된 피해 모두를 제거하는 것은 가해자가 입는 피해를 정당화할 정도로 피해자에게 큰 이익을 주게 되나, 피해 중 일부를 제거하는 것은 가해자가 입는 피해를 정당화할 정도의 이익을 주지 않는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 피해자가 가해행위 전체의 제거 또는 일부의 제거 중 어느 것을 구하는지에 따라 결론이 달라질 수 있다. 위의 논의를 그래프로 나타내면 다음과 같다.

106) 전경운, 복수원인자에 의한 환경침해책임, 비교사법 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999, p. 639.는 이런 경우를 중첩적 인과관계(kumulative Kausalitat)라고 한다. 가령 두 개의 소음원이 존재하여 그 중 하나의 소음원만으로는 공법상 규제수준을 넘지 않고 피해자 입장에서도 그다지 큰 피해라고 생각하지 않으나, 두 개의 소음원이 중첩됨으로써 소음도가 공법상 규제수준을 넘게 되고 피해자 입장에서도 참을 수 있는 한계를 넘는 소음이라고 여기게 되는 경우를 생각할 수 있다.

107) 가령 조망방해의 경우 조망을 방해하는 건물의 1~5층으로 인해 폐쇄되는 시야 각도가 수평선으로부터 15도이고, 5~10층으로 인해 폐쇄되는 시야 각도가 15도~25도라고 할 경우에 건물의 층수가 높아짐에 따라 한계적인 피해가 체감한다고 할 수 있을 것이다. 일정한 층수를 높임에 따라 차폐되는 각도가 점차 작아지고, 사람이 차폐감을 느끼지 않기 위해서는 수평선 위아래의 시야가 트여 있는 것이 가장 중요하기 때문이다.



침해의 배제로 인한 한계편익 체증: $A_2-A_1 > C_2-C_1$, $A_1 < C_1$

침해의 배제로 인한 한계편익 체감: $B_2-B_1 < C_2-C_1$, $B_1 > C_1$

<그림 3-복합된 침해 일부의 배제와 효율성>

위의 그림에서 곡선 OA는 침해의 배제로 인한 한계편익이 체증하는 경우 침해의 배제수준이 높아짐에 따라 피해자가 얻는 편익을 평가한 곡선이고, 곡선 OB는 침해의 배제로 인한 한계편익이 체감하는 경우 침해의 배제수준이 높아짐에 따라 피해자가 얻는 편익을 평가한 곡선이며, 곡선 OC는 침해의 배제수준이 높아짐에 따라 가해자가 부담하는 비용을 나타낸 곡선이다.[108] X_1은 중첩된 침해 중 하나만을 제거한 경우이고 X_2는 중첩된 침해 모두를 제거한 경우이다. 곡선 OA의 경우에는 침해를 모두 제거하는 것은 사회적으로 효율적이나 일부 침해만 제거하는 것은 그러하지 않고, 곡선 OB의 경

108) 곡선 OC는 편의상 직선에 가까운 형태로 묘사되었는데, 실제로는 침해의 배제수준이 높아짐에 따라 한계비용이 체증하거나 체감할 수 있다. 그러한 경우에도 위의 논의의 기본적인 논리는 적용이 가능하다.

우에는 일부 침해만을 제거하는 것은 사회적으로 효율적이나 침해를 모두 제거하는 것은 그러하지 않게 된다.

위의 논의는 개별 침해행위별로 유지의 효율성을 따지는 논리가 모순에 빠지거나 불공평한 결과를 낳을 수 있어 그것만으로 문제를 해결할 수 없는 사례를 보여준다. 이런 경우 효율성을 대체할 수 있는 다른 기준이 필요한데,[109] 그런 기준을 찾기 위해서는 공법상 규제의 방식, 축적된 판례의 태도 등을 참고하여야 할 것이다. 이러한 문제를 감안하지 않고 주어진 이익을 단순히 비교하는 것으로는 바람직한 결론을 내기 어렵다고 할 것이다.

제12절 일부인용

Ⅰ. 서

피해자의 유지청구를 모두 인용하거나 기각하는 것이 바람직하지 않을 경우에는 유지청구를 일부 인용하는 대안을 생각할 수 있다. 일정 높이 이상의 건축을 금지하는 공사금지청구를 피해자가 구하는 높이보다 더 높은 수준에서 인용하거나, 피해자의 주거에 일정 수준 이상의 소음이 유입되지 않도록 하라는 청구를 피해자가 원하는 수준보다 더 높은 수준에서 인용하거나, 일정한 시간에 공장의 가동을 금지하여 달라는 청구를 피해자가 원하는 시간보다 줄어든 시간으로 인용하는 등 다양한 일부인용판결이 가능하다. 문제는 이

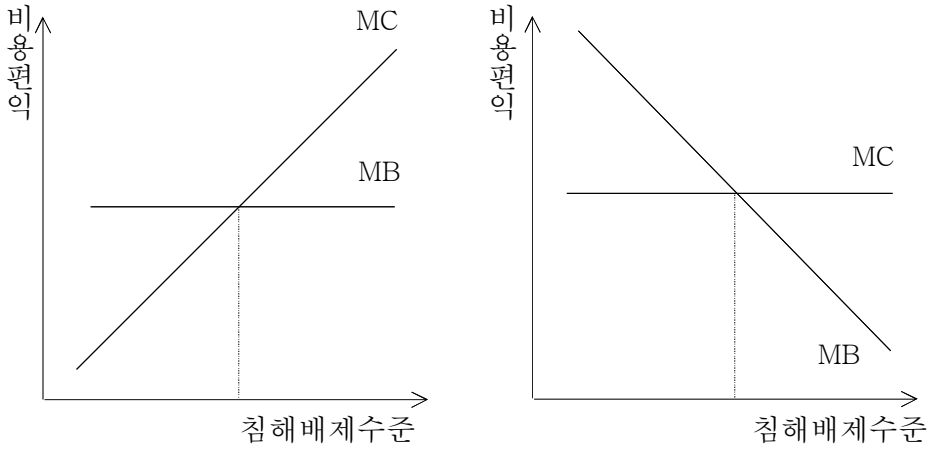
109) 소음규제와 같이 개별 가해자 별로 어느 정도의 침해는 전체적인 침해가 얼마나 심해지는지와 무관하게 허용된다는 식의 규제방식이 있을 수 있고, 일조규제와 같이 피해자에게 일정한 이익을 반드시 보장하여야 하고 이를 침해하는 것은 허용되지 않는다는 식의 규제방식이 있을 수 있다.

러한 일부인용판결이 어떠한 이유로 정당화될 수 있을지의 여부이다. 유지청구에서의 위법성 판단기준에 관한 지금까지의 논의를 적용하면 다음과 같은 경우에 일부인용판결이 정당화될 수 있다.

Ⅱ. 일부인용이 정당화되는 경우

우선 침해가 피해자의 권리의 중핵을 침해하거나 교정적 정의에 반하여 위법하나, 일정 수준으로 감소될 경우 더 이상 권리의 중핵을 침해하지는 않고, 이 수준에서 피해자가 갖는 이익이 비용편익분석이나 이익형량에 의할 때 침해행위로부터 발생하는 이익보다 열등한 경우를 생각할 수 있다. 이 경우 피해자의 권리의 중핵을 침해하는 한도에서는 유지청구가 인용되어야 할 것이나, 그 이하의 침해는 침해행위로부터 발생하는 이익이 보다 우월하기 때문에 이 부분에 대한 유지청구는 기각된다.

다음으로는 침해배제의 정도가 높아짐에 따라 피해자가 실제로 얻는 한계편익이 감소하거나, 가해자가 부담하게 되는 한계비용이 증가하여 한계비용=한계편익인 지점이 존재하는 경우를 생각할 수 있다. 이런 경우에는 완전히 침해가 배제되는 수준과 침해행위가 모두 용인되는 수준 사이에서 피해자와 가해자의 이익의 합이 극대화되는 지점이 존재하기 때문에, 일부인용이 효율성을 극대화하는 결과를 낳는다. 그림으로 나타내면 다음과 같다.



i) 한계비용이 체증할 경우　　ii) 한계편익이 체감할 경우

<그림 2-일부인용이 효율성을 극대화하는 경우>

i)에서는 침해배제수준이 높아짐에 따라 가해자가 부담하는 한계비용이 증가하여 피해자의 한계편익을 상회하게 되기 때문에 한계편익과 한계비용이 교차하는 수준에서 유지청구를 인용하는 것이 효용을 극대화한다. 이러한 사안으로는 일정 수준 이하로 소음을 줄이는 데는 비교적 적은 비용이 들지만 그 이하로 줄이려면 고도의 기술 또는 상당한 비용이 든다거나 행위 자체를 자제하여야 하는 등의 사례를 생각할 수 있다. 한편 ii)에서는 침해배제수준이 높아짐에 따라 피해자가 얻는 한계편익이 감소하여 가해자의 한계비용을 상회하게 되기 때문에 역시 한계편익과 한계비용이 교차하는 수준에서 유지청구를 인용하는 것이 효용을 극대화한다. 이러한 사안으로는 인근 건물의 일조를 방해하는 건물이 점차 낮아질수록 각각의 층 부분이 일조를 방해하는 시간이 줄어든다든가, 야간의 공장소음

을 줄이는 것은 인근 거주자에게 상당한 편익을 주지만 주간의 공장소음을 줄이는 것은 상대적으로 낮은 편익을 준다는 등의 사례를 생각할 수 있다.

마지막으로는 가해자의 침해수준과 피해자가 원하는 수준 사이에서 공법상 규제가 허용되는 침해수준을 정하고 있거나, 당해 지역에 가해자나 피해자와 유사한 지위에 있는 사람들이 행위를 할 수 있거나 수인하여야 하는 수준에 관한 관행이나 사실상태가 존재하여 폭넓게 받아들여지고 있는 경우가 있다. 소음규제 등의 공법상 규제가 일정한 수준에서 침해를 규제하고 있고, 규제의 방식이 피해자의 이익과 긴밀하게 연결되어 있으며, 관련이익이 통약불가능하여 가치 자체로 보다 우월한 가치가 존재하지 않고, 규제수준과 다른 수인한도를 적용하여야 한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 경우에는 공법상 규제수준을 가해자와 피해자의 이해관계를 조정하는 기준으로 해석하여 규제수준을 유지청구의 인용수준을 정하는 기준점으로 삼을 수도 있을 것이다. 이 경우 규제수준을 넘는 부분에 한하여 청구를 인용하게 된다. 또한 침해가 문제되는 주변지역에서 문제되는 가해행위와 관련하여 가해자가 할 수 있는 행위의 수준이나 피해자가 수인하여야 하는 침해의 한도에 관하여 관행이나 사실상태가 존재하여 폭넓게 받아들여지고 있다면 이를 기준으로 삼을 수도 있을 것이다. 예를 들어 대부분의 건물이 4~5층 내외로 유지되고 있으며 이 점이 지역주민들에 의해 일종의 관행으로 받아들여지고 있는 지역에서 20층에 가까운 고층아파트 건축으로 기존 건물들의 일조나 조망이 방해되거나 경관이 침해되는 경우, 기존 건물들의 높이를 지나치게 넘어서지 않는 범위에서 층고를 일부 제한하는 방식이 있을 수 있다.

제6장 결론

환경침해행위에 대한 유지소송은 환경침해 자체를 배제함으로써 피해자를 효과적으로 규제할 수 있는 반면, 사회적으로 유용할 수 있는 행위를 법원이 수인한도라는 추상적인 기준에 따라 금지할 수 있다는 점에서 신중하게 다루어져야 한다.

환경침해의 태양에 따라서 생명의 침해나 재산권의 무용화 등 권리의 중핵을 침해하는 경우도 상정할 수 있겠으나, 대부분은 권리의 중핵을 침해한다고 보기에는 약한 침해가 있는 경우일 것이다. 특히 수질, 대기, 토양오염과 달리 일조방해나 소음과 같은 상린관계적 환경침해의 경우에 그럴 가능성이 높다. 따라서 여전히 수인한도론은 대부분의 유지청구에서 판단기준으로 작용할 것이다.

그런데 환경침해는 다수의 관련자에게 육체적, 정신적, 재산적 피해를 가하고, 침해행위의 유지 또한 다수의 관련자에게 불이익을 가할 수가 있다. 이러한 피해를 평가하고 합산하는 것의 어려움과 반드시 금전으로만 평가하기 어려운 육체적, 정신적 피해의 특수성 때문에 실제로 환경침해에 있어서 관련이익이 통약가능하거나 명백한 가치판단기준이 존재하는 경우는 그리 많다고는 할 수 없을 것이다. 따라서 유지청구의 결론은 여전히 상당 부분 그 결과가 불확실한 사법재량에 맡겨져 있다.

이러한 사정에 직면한 법원으로서는 가능한 한 관련 있는 고려요소를 모두 고려하고 그 경중을 판단하여 결론을 내는 방향으로 노력하여야 할 것이다. 또한 수인한도의 판단 기준이 법에 명시되어 있지 않기 때문에 법원은 기준을 결정하고 적용함에 있어서 그것이 일관성이 있고 설득력을 가질 수 있도록 신경을 써야 한다. 그러나

법원이 개별사건을 다룰 때 들일 수 있는 시간과 노력에도 한계가 있는 만큼 심리의 충실성과 처리의 신속성 사이에서 어느 정도의 타협은 불가피하다. 또한 고려요소를 늘린다고 하여도 어느 요소를 더 중하게 평가할 것이냐는 결국 가치선택의 문제이므로 정답이 없다. 법원으로서는 축적된 판례나 입법, 사회통념 등 항상 분명하다고는 할 수 없는 원천으로부터 가치판단의 기준을 끌어올 수밖에 없을 것이다.

위와 같은 이유 때문에 유지소송에서의 위법성 판단 기준은 계속 구체화·체계화될 필요가 있다. 기준을 구체화하는 것은 고려요소를 세분화하고 고려요소별로 상황에 따라 당사자에게 유리하게 평가될 수 있는 경우와 불리하게 평가될 수 있는 경우를 밝히는 것으로서, 종합적으로 결론을 어떻게 내릴 지와 직결되는 것은 아니기 때문에 성과가 집적될수록 좋은 것이다. 그러나 기준을 체계화하는 것은 서로 다른 고려요소 사이의 위계와 경중을 정하는 것으로서 결론과 직결되기 때문에 자칫하면 법관의 재량을 침해하고 구체적 타당성과 어긋날 우려가 있다. 따라서 고려요소 사이의 위계나 경중의 문제는 하나의 답이 있는 것이 아니라 문제를 보다 합리적으로 해결하기 위한 모델로서의 의미를 가질 뿐이다. 그럼에도 불구하고 기준을 체계화하는 것은 수많은 고려요소를 종합하는 것을 보다 쉽게 만들 수 있고, 판결을 더욱 일관되고 설득력 있게 만들 수 있기에 연구할 의미가 있는 주제이다. 장차에는 추가적인 연구를 통해 유지청구의 판단기준을 보다 명확하게 할 수 있기를 소망한다.

참 고 문 헌

Ⅰ. 국내문헌

[단행본]

곽윤직 외, 민법주해(V), 박영사, 1992.

김일중, 법경제학 연구-핵심이론과 사례분석, 한국법제연구원, 2008.

이은영, 물권법, 박영사, 2006.

서희원, 환경소송, 북피디닷컴, 2004.

손윤하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005.

전경운, 환경사법론, 집문당, 2009.

조현권, 환경법, 법률문화원, 2006.

조홍식, 사법통치의 정당성과 한계, 박영사, 2009.

조홍식, 판례환경법, 박영사, 2012.

[논문]

강종선, 항공기소음 관련 민사소송의 제 논점, 사법논집 44집, 법원도서관, 2007.

곽용섭, 민법 제217조 제1항의 적당한 조처, 사법논집 38집, 법원도서관, 2004.

김기수, 생활방해에서 본 일조권논고-현행 상린관계법규의 역할을 중심하여, 민법과 법학의 중요문제, 동국대학교출판부, 1987.

김도균, 법적 이익형량의 구조와 정당화, 서울대학교 법학 제48권 제2호, 서울대학교출판부, 2007.

김상영, 부산대학교 대 (주)강암주택 사건 판결에 관한 검토, 법학연구 38권 1호, 부산대학교 법학연구소, 1997.

김선이, 항공기소음피해와 수인한도론, 항공우주법학회지 14호, 한국항공우주법학회, 2001.

김성주, 일반 공중의 통행에 제공된 도로의 통행자유권, 대법원판례해설 89호, 법원도서관, 2011.

김시승, 환경권과 그 침해에 대한 사법적 구제, 판례연구 12집, 부산판례연구회, 2001.

김재형, 소유권과 환경보호-민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로, 인권과 정의 276호, 대한변호사협회, 1999.

김현태, 공해와 그 사법적 구제를 중심으로 한 연구, 법률행정논집 10집, 고려대학교 법과대학 법률행정연구소, 1972.

남현우, 환경침해의 사법상 구제에 관한 연구, 충남대학교 대학원, 2006.

남현우, 환경피해의 사법적 구제에 관한 법리구성, 대전지방변호사회, 2007.

문광섭, 환경침해에 대한 유지청구, 재판자료 94집, 법원행정처, 2002.

설계경, 환경침해의 권리구제에 관한 고찰, 환경법연구 28권 1호, 한국환경법학회, 2006.

손윤하, 환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제-일조, 조망 및 생활소음을 중심으로, 저스티스 81호, 한국법학원,

2004.
안경희, 멸종위기의 동식물 기타 자연환경의 보존을 위하여 유지청구권의 행사로서 공사중지가처분을 허용할 것인지 여부: 독일법상 환경침해를 이유로 한 공사중지청구, 판례실무연구 Ⅷ, 박영사, 2006.
윤철홍, 환경권의 본질과 유지청구권, 민사법학 17호, 한국사법행정학회, 1999.
이기우, 대륙법계의 상린관계 규정, 토지법의 이론과 실무, 법원사, 2006.
이범주, 교육환경등의 침해와 유지청구, 법조 제47권 제2호, 법조협회, 1998.
이성훈, 미국 법경제학의 현황과 사법정책적 시사점, 사법논집 26집, 법원도서관, 2006.
이용우, 공해의 위법성-공해소송에서의 이익형량, 사법논집 10집, 법원도서관, 1979.
이은기, 주거환경침해의 한 형태로서의 일조침해에 대한 행정규제와 법적구제에 관한 고찰, 행정법연구 15호, 행정법이론실무학회, 2006.
이응세, 일조권 침해와 환경소송, 재판자료 제95집, 법원행정처, 2002.
이재진, 환경오염에 있어서의 유지청구권, 법학의 현대적 제문제: 덕암 김병대 교수 화갑기념 논문집, 대흥기획, 1998.
임건면, 환경침해와 민사법상의 책임-독일민사법상의 책임을 중심으로, 경남법학 제10집, 경남대학교법학연구소, 1995.
장경욱, 항공기 소음에 관한 일본 재판례 검토, 민주사회를 위한 변

론 제55호, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2003.
전경운, 독일 민법상 환경침해에 대한 방어청구권, 환경법연구 20권, 한국환경법학회, 1998.
전경운, 복수원인자에 의한 환경침해책임, 비교사법 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999.
전경운, 소유권의 소극적 침해, 민사법학 49-1호, 한국사법행정학회, 2010.
전경운, 환경침해에 대한 유지청구권, 판례월보 348호, 판례월보사, 1999.
전경운, 환경피해의 사법적 구제법리, 현대상사법논집: 우계강희갑박사 화갑기념논문집, 법지사, 2001.
정대권, 공해유지소송에 관한 연구, 사법연수생논문집 14기, 사법연수원, 1984.
조은래, 환경오염피해에 대한 민사적 구제의 비교법적 연구, 비교법학 제9집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 1998.
조홍식, 상린관계의 법정책: 항공기소음을 글감으로 하여, 서울대학교 법학 50권 3호, 서울대학교출판부, 2009.
조홍식, 유지청구 허용 여부에 관한 소고, 민사판례연구 22권, 박영사, 2000.
조홍식, 환경법 소묘, 서울대학교 법학 40권 2호, 서울대학교출판부, 1999.
지영난, 고속도로의 소음과 관련하여 추상적 부작위명령을 구하는 유지청구의 인정 여부, 민사재판의 제문제 16권, 한국사법행정학회, 2007.
진순석, 교육환경권 침해와 유지청구, 형평과 정의 10집, 대구지방

변호사회, 1995.
채영근, 항공기소음피해에 대한 국가배상판결에 대한 고찰, 항공우주법학회지 20권 1호, 한국항공우주법학회, 2005.
채우석, 소음·진동에 관한 규제법제, 환경법연구 27권 2호, 한국환경법학회, 2005.
최우용, 소유권에 근거한 유지청구, 부산법조논집 2호, 부산지방변호사회, 2007.
허상수, 공해유지소송의 실무상 문제, 사법연구자료 23집, 법원행정처, 1996.
황진호, 환경오염의 사법적 구제에 관한 연구, 단국대학교 대학원, 1992.

Ⅱ. 외국문헌

Guido Calabresi; Douglas A. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review* Vol. 85 (1972)
Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law," *Free Market and Social Justice* (1997)
Matthew Adler, "Law and Incommensurability: Introduction," 146 *University of Pennsylvania Law Review*

Abstract

The Study on the Criteria for Illegality in the Injunction of Environmental Damages

Lee, Keanhee
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

Injunction in the civil action is an important method to get rid of environmental damages for the future. Among the requirements of injunction, illegality is the core matter which determines the conclusion of an action. Although the theory of unbearable pain, which requires to consider various factors, has been used for judging illegality, the degree of importance or the position of each element is not certain.

This study is an attempt to refine the criteria on the illegality in the injunction of environmental damages. Traditional theory was compared to the theory of U.S. and Germany. Efficiency and equity—two basic principles of

environmental law—and the problem of commensurability were taken into account. As a result, the range of application of the theory of unbearable pain has been narrowed. Balancing in the cases which contain the problem of incommensurability is impossible. So the court cannot find one right answer, but should choose some values rather than the others. For example, we can prohibit intentional harm, practical damages on the body or on the life, and damages on the core of rights at any cost. In the cases which does not contain the problem of incommensurability, balancing is possible but a court should reject an action when it cannot know the weights of some values.

Finally, elements which appear in the cases were organized by the criteria above. Interests of the victims and the attackers are the most important matters. Regulations on environment can help decision in the cases which contain incommensurable values. Intentional harm must be prohibited at any case. The matter of before—after use of land can be used to reduce liabilities. Regionality requires to focus on the interests of residents and the importance of equity. The possibilities of evasion and compensation exclude ways which do not maximize the interests of the victims and the attackers. Existing harm that is not related to the purpose of injunction must not be considered as the damage of victims.

Keywords : Environmental Damages, Injunction, Theory of Unbearable Pain, Balancing, Commensurability.
Student Number : 2010-23519