釜山外國語大學校 比較法硏究所
比較法學 第14輯(2003)

不法行爲에 있어서의 違法性에 관한 考察
-환경오염을 중심으로 -

조 은 래*

<목 차>

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 위법성판단이론의 변천
1. 과실책임주의의 동요
2. 결과불법론과 행위불법론
3. 소결
Ⅲ. 위법성판단기준과 환경오염
1. 개설
2. 환경오염과 위법성
3. 생활방해와 인용한도론
4. 위법성과 과실과의 관계
Ⅳ. 결어

Ⅰ. 서 설

어떤 행위가 不法行爲로 되기 위한 판단은 그 행위가 違法한 행위임을 요한다. 즉 가해자의 행위에 대하여 불법행위에 의한 책임을 성립시

* 부산외국어대학교 비교법연구소 선임연구원, 법학박사.

키기 위해서는 그 행위가 違法性이라는 요건을 갖추어야 한다. 우리 민법 제750조에서는 「故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 他人에게 損害를 가한 자는 그 損害를 賠償할 責任이 있다」라고 규정하여, 가해자의 고의 또는 과실이 있을 것, 가해행위의 위법성, 가해행위와 손해의 발생 간에 因果關係가 존재할 것, 그리고 가해자의 책임능력 등을 불법행위의 요건으로 하고 있다.

오늘날 각종의 위험영역을 수반한 인간의 활동은 그 자체로서 타인에 대한 가해가능성을 가지고 있기 때문에, 타인에 대한 가해행위 모두를 不法行爲責任으로 인정한다면 사회적, 경제적 활동이 극히 제한을 받을 것이다. 따라서 불법행위에 의한 損害賠償責任이 인정되는 違法한 가해행위와 그렇지 않은 가해행위를 구별할 필요가 있기 때문에 불법행위의 요건으로서 위법성을 규정하고 있는 것이다. 구민법에서는 불법행위의 요건으로서 違法性 대신 權利侵害의 요건을 규정함으로써, 불법행위에 의한 권리구제의 범위가 협소하였으므로, 현행의 민법에서는 권리침해 대신에 違法性이라는 요건으로 규정하였다.[1)]

---

1) 구민법 즉 일본민법 제709조에서의 불법행위요건으로 권리침해를 규정한 것은 개인의 자유로운 활동이 타인에게 손해를 가하는 일이 있더라도 타인의 권리를 침해하지 않는 한, 배상책임을 인정하지 않음으로써 불법행위제도를 개인이 자유활동에 대한 최소한의 제한을 가하여 개인의 자유활동을 최대한으로 보장하려는 것이었다. 그러나 권리침해의 요건을 엄격하게 해석하면 피해자의 구제범위가 너무 협소하므로 이 규정의 권리개념을 넓게 해석하여 위법성의 의미로 확대해석 하였다. 특히 일본의 유명한 大學湯 사건(일본 대판, 大正14. 11. 28, 民集 4卷 670면)을 계기로 하여 판례와 학설이 위법성이론으로 해석하게 되었다. 즉 불법행위는 법률상 보호되는 이익을 위법하게 침해하면 성립하므로, 민법이 권리침해라고 한 것은 이러한 위법성을 나타내는 하나의 징표에 지나지 않는다는 것이다. 可藤一郎, 不法行爲, 有斐閣, 1974, 34-35면 참조 ; 中正美雄, 不法行爲法, 法律文化社, 1993, 66면 이하 참조. 참고로 大學湯 사건은 경도대학 앞의 「大學湯」이라고 하는 건물을 임차하여 그 이름으로 목욕탕영업을 해 오던 임차인이 임대차가 종료하는 경우에는 그 영업에 수반하여 생긴 老鋪(영업상의 諸利益의 總和)를 건물주가 사주던가, 아니면 임차인이 타인에게 팔 수 있도록 건물주와 약속을 하였으나 실제 임대차가 종료하자 건물주는 임차인이 이 老鋪를 파는 것을 방해하였기 때문에 임

특히 현대사회의 급속한 발전과 더불어 불법행위에 의한 피해의 유형도 개별적 피해의 형태에서 동일한 위험에 노출된 다수의 집단피해로의 비율이 점차 증가하고 있다. 예컨대 기업활동에서 산출되는 각종의 유해물질로 인한 환경오염피해, 결함상품에 의한 소비자피해, 자동차운행으로 인한 자동차사고의 피해 등이 현대의 전형적인 불법행위유형으로 등장하였다. 이러한 피해에 있어서 피해자는 가해자의 有責性(故意·過失 또는 違法性)을 입증하여야 하므로 그 구제에 있어서 현실적으로 어려움이 많다.

그런데 불법행위의 요건으로서의 違法性에 대하여 그 의미가 무엇인지 어떠한 경우에 위법성이 인정되는지에 대하여는 분명히 밝히지 않고 있다. 일반적으로 위법성은 법질서 전체의 입장에서 내리는 판단이므로 위법성 판단의 기준은 법질서 전체이므로, 違法性이란 어떤 행위가 법질서 전체의 원리와 어긋나는 것을 말한다. 학설도 違法性의 의미에 대하여 어떤 행위가 實定法違反에 한하지 않고, 사회공동생활을 실질적으로 침해하면 위법하다고 본다. 즉 구체적인 實定法을 위반하지 않더라도 선량한 풍속과 기타사회질서의 위반도 違法하다고 한다.[2] 하지만 구체적으로 어떠한 경우에 이러한 法規範 내지 法秩序에 위반되는지는 알 수가 없다. 이에 대하여 학설은 違法性의 의미를 이론적으로 밝히지 않고 違法性의 발현형태를 침해된 이익의 측면과 침해행위의 측면의 관점에서 개별적 실증적으로 고찰하여 왔다.

이에 본고는 현대의 불법행위유형에 있어서 객관적인 요건인 가해행위의 違法性문제의 본질과 판단의 문제에 대하여 종래의 학설을 재검토

차인이 건물주에 대하여 손해배상을 청구한 사건이다. 이 사건에서는 이와 같은 약속이 있었다는 것이 확인되지 않았기 때문에 채무불이행의 문제가 되지 않고 결국 불법행위로 문제가 되었다. 徐光民, "不法行爲 成立要件으로서의 違法性과 故意·過失" 民法學의 回顧와 展望, 韓國民事法學會, 1993, 608면 각주13) 참고.

2) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1992, 650면 이하 참조 ; 金相容, 不法行爲法, 法文社, 1997, 79면.

하고, 특히 環境汚染에 대한 違法性의 판단문제를 고찰하여 본다.

Ⅱ. 위법성판단이론의 변천

1. 과실책임주의의 동요

과실책임주의는 행위자가 자기의 過失이 있는 경우에만 가해행위에 대해서 책임을 진다라고 하는 원칙으로서 過失이 없으면 어떠한 행위를 하여도 좋다고 하는 행위자의 행동자유의 보장을 뒷받침하고 있다.[3)]

주지하는바와 같이 근대시민법질서의 성립 후 각지에서 발생한 산업혁명을 거쳐 오늘에까지 이어지는 사회의 고도화, 기술혁신의 흐름과 그것에 따른 산업자본의 강대화, 독점화, 그 반면으로서의 노동자, 소비자층의 분화에 상징되는 사회문제의 등장 중에서, 近代法의 불법판단의 핵심에 위치하는 過失責任의 原則에 대해 의문이 제시되기 이르렀다. 과실책임의 원칙이 기업의 경제활동의 자유와 기업의 이익을 다소 보장

3) 이러한 과실책임의 배후에는 첫째, 도덕적 악에 대한 투쟁이 법의 최고사명인 정의를 논하는 것에 맞추어 당사자의 도덕적, 윤리적 품성에 관심을 향한 기독교적 도덕관, 윤리관, 둘째, 객관적인 사회관계의 태도로서의 정의를 인간의 주체적 탁월성으로서의 도덕이 지탱되고 있다고 하는 구도(정의와 도덕과의 일체화)에 근거한 그리스 헬레니즘철학에 기초한 정의관 등, 셋째, 계몽기의 자연법 즉 이성법사상에 있어서의 인간상(이성적으로 행동하는 것이 가능한 자유로 대등한 시민상)을 상정하고 나서의 "자유스런 주체로서의 이성이 요구하는 것에 따라 행동하는 주체의 자율적인 결정(그리고 그 결과로서의 행동)"은 법질서에 의해 존중되어져야 하고 이것이 불법행위로서 귀책되는 것은 자율적인 의사결정의 과오 또는 의사긴장의 결여가 있는 경우에 한한다라는 사적자치의 사상과, 넷째, 행동자유의 보장은 개인의 경제적 거래의 자유와 기업활동의 자유를 의미하는 것으로써 그것은 자본주의 경제사회의 진보를 지원하는 것이다. "기업활동에 맞추어 합리적이라고 생각되어지는 注意를 하기만 하면 비록 기업활동의 결과로서 타인에게 손해를 끼쳐도 책임을 질 필요가 없다"라는 자본주의경쟁경제에 의거한 사상이 존재하고 있다.

해 주고 있는 반면 기업활동의 결과로서 피해를 받은 자가 가지는 권리에 대한 보호를 상당히 무시하고 있는 점이 비판되어졌다. 특히 대기업의 경제활동에서 발생하는 法益侵害의 위험에 대해서 자기방어의 수단을 가지지 않는 피해자라고 하는 도식이 타당한 경우에도 과실책임의 원칙을 강조하는 것에 대하여 비판이 대두되었다.

따라서 과실책임의 원칙을 재검토하는 구체적인 전개의 형태는 다음과 같다. 첫째, 과실책임의 원칙범위 내에 있어서 行爲義務의 고도화 혹은 새로운 영역에 있어서의 행위규범의 창조에 있어서의 책임성립형태의 증대나 과실에 대한 立證責任의 가해자에로의 전환 없이 立證輕減으로서 구체화되고 있다. 이와 같은 움직임은 環境汚染事件, 藥害事件, 醫療過誤事件, 그리고 소위 契約的 不法行爲라고 하는 현대적 불법행위사례에 있어서 특히 현저하다. 둘째, 과실책임의 타당한 범위를 제한하려고 하는 견해로 나타나고 있다. 즉 권리를 침해당한 피해자(주로 사회적 약자)의 不法行爲法에 의한 광범위한 구제를 정당화하기 위하여, 기업활동과 결부되는 사건의 위험은 기업부담으로 해야한다는 발상에서 無過失責任의 타당범위의 확장이 설득되고 있다. 셋째는 특히 事故法으로 분류되는 權利侵害의 영역(교통사고, 제조관련사고, 의료사고)에 있어서 사고의 결과, 역시 불법행위법 더 나아가서 損害賠償法 내부의 문제로서 처리하는 것이 적절하다라는 관점에서의 문제가 제기되고 있다.[4] 넷째로 앞에서 열거한 事故報償法이라고 하는 관점에서의 분석을 때로는 법의 경제분석을 지지하고 또는 이것에 영향을 받는 입장으로부터 비용편익분석의 시점을 원인으로 하여 배상 받아야 하는 손해와 그렇지 않은 손해와의 구별을 꾀하는 방향으로의 전개를 보이고 있다.[5]

---

4) 이 견해는 전통적으로는 不法行爲法과 保險法과의 교착을 논하는 입장으로 내재되어 전개되어 왔다. 책임보험으로 대표되는 保險法에 의한 처리를 밟아서 불법행위책임이론을 구축하는 입장이 이것이다. 그리고 이 견해는 이러한 事故의 문제를 불법행위법에 의한 처리에 위임하지 않고, 사고보상법이라는 시점에서의 일원적 처리(종합적 구제시스템)에 위임해야한다는 취지를 설명하고 있다.

2. 결과불법론과 행위불법론

(1) 결과불법론

결과불법론이란 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권 또는 그 밖의 권리를 침해한 경우 그 침해의 결과를 야기한 행위는 違法性阻却事由가 없는 한 違法하다고 보는 견해이다.[6] 즉 법적으로 보호받아야 할 권리 내지 보호법익이 가해행위에 의해 침해되면 그 가해행위가 違法性이 있는 것으로 인정하는 견해로서, 이 견해는 결과를 가지고 서 그 원인행위인 가해행위의 違法性을 판단하고자 하는 것이다.[7] 독일민법은 우리 민법에서 불법행위의 성립요건을 일반적으로 규정하고 있는 것과는 달리 독일민법 제823조 제1항에서 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권 또는 그 밖의 권리를 위법하게 침해한 경우, 동조 제2항에서 보호법규위반의 경우, 그리고 826조에서 선량한 풍속에 반한 고의적인 가해의 경우 등으로 나누어 규정하고 있다. 위 제823조 제1항에서의 違法性의 의미에 대하여 전통적인 학설과 판례의 입장은 結果不法論에 입각하여 違法性에 의미를 이해하여 왔다. 독일민법 제823조 제1항에 입각하여 규정된 우리 민법 제750조(구민법 제709조)에서의 違法性에 대한 의미도 역시 학설과 판례는 결과불법론으로 이해하였다. 그리고 결과불법론은 故意나 過失을 有責性의 요소로 보아 違法性과는 별개의 요건으로 본다.[8]

그런데 이러한 결과불법론은 가해행위에 대한 사회적 비난의 근거를 명확히 밝히지 못하고 違法性을 도식적으로 처리한다는 비난이 있다.[9] 즉 결과불법론은 첫째, 不作爲로 인한 법익침해에 있어서 違法性의 인정을 설명하기 어렵다. 왜냐하면 부작위가 위법한 가해행위로 인정되기

---

5) 朝見佳男, 不法行爲法, 信山社, 1999, 35-37 참조.
6) Brox, Hans, Besonderes Schuldrecht, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 94.
7) 金相容, 앞의 책, 77면.
8) 全京暈, 獨逸環境私法論, 法元社, 1998, 120면.
9) 李銀榮, 債權各論, 博英社, 1993, 601면.

위해서는 법익침해의 결과발생 이외에 결과방지의무를 위반했을 경우에만 위법하기 때문이라는 것이다. 그런데 결과불법론에 의하면 법익침해의 違法性을 결과에서만 찾아야 하기 때문에 이러한 경우의 違法性을 설명하기가 곤란하다. 둘째, 기업시설의 가동으로 인한 환경오염배출, 자동차의 운행으로 인한 사고, 원자력의 이용 등 사회생활상 요구되는 注意義務를 아무리 다하여도 법익침해의 위험성이 있으나, 그것이 사회적 유용성 때문에 허용되고 있는 事故의 경우를 설명할 수 없다는 것이다. 허용된 위험에 있어서는 결과발생이 있다고 하더라도 그 원인행위는 적법함에도 불구하고, 결과불법론에 의하면 違法性으로 있는 것으로 인정되어 부당하다고 한다. 셋째, 결과가 발생하지 않아도 행위가 위법한 경우, 예컨대 단속법규위반과 같은 경우를 설명할 수 없는 문제점을 가지고 있다.[10]

(2) 행위불법론

행위불법론이란 違法性의 평가에 있어서 먼저 어떠한 행위의 결과로서 保護法益의 침해가 있었는가의 측면과 그러한 침해는 법규범이 행위자에게 부과한 注意義務를 懈怠함으로써 발생한 것인가의 측면에서 함께 고찰되어야 한다는 견해이다.[11]

이것은 違法性의 본질을 법익침해의 결과에서 찾는 것이 아니라 가해행위에서 찾아야 한다는 견해이다. 즉 일반불법행위를 故意에 의한 不法行爲와 過失에 의한 不法行爲로 나누어, 고의에 의한 불법행위에 있어서는 그 違法性의 판단에 있어서 가해행위에 의하여 법익침해의 결과만 있으면 곧 그 가해행위는 違法하다는 결과불법론이 타당하지만, 과실에 의한 불법행위에 있어서는 타당하지 못하다고 한다. 고의에 의한 가해의 경우 마치 가해결과만 발생하면 곧 違法性이 인정되는 것처럼

10) 徐光民, 不法行爲의 歸責構造에 관한 硏究, 江原大學校出版部, 1988, 54-56면 ; 金相容, 앞의 책, 77-78면.
11) 李銀榮, 앞의 책, 601면.

보이지만, 사실은 보호법익침해라는 결과 외에 故意라고 하는 행위자에 대한 비난가능성이 함께 고려된 것이기 때문이다. 그리고 현대적 불법행위의 대부분을 차지하는 과실에 의한 불법행위에 있어서는 가해행위에 의한 법익침해의 결과 만으로서는 그 가해행위의 違法性을 인정할 수 없고, 법익침해 이외에도 법질서에 의하여 설정된 특정된 행위규범이나 법익침해를 피하기 위하여 사회생활에 요구되는 注意義務를 위반한 경우에만 違法性이 인정된다고 한다. 전통적 견해인 결과불법론에 의하면 過失에 의한 不法行爲에 있어서도 법익침해의 결과만 발생하면 그 가해행위는 違法性이 인정된다. 그러나 行爲不法論에 있어서는 이러한 違法性의 인정이 잘못되었다고 하는 것이다. 따라서 주의의무를 위반한 경우에는 과실인정의 근거가 되기도 하며 동시에 위법성인정의 근거가 되므로, 행위불법론은 과실개념과 위법성개념이 주의의무위반이라는 것으로 통합되어 진다.[12]

이러한 행위불법론은 위법성문제는 불법행위에서만 필요한 요건이 아니고 正當防衛나 所有物妨害除去 및 妨害豫防請求權을 위해서도 필요한 요건이며, 이러한 경우에는 침해자가 주의의무를 위반했는가의 문제는 전혀 문제가 안된다는 것이다. 그런데 違法性의 개념에 법익침해의 요소 외에 사회생활상 요구되는 注意義務違反의 요소를 더 필요로 한다면, 이러한 注意를 다 했는데도 발생하는 침해에 대해서는 정당방위나 예방적 청구권에 의한 법익보호는 불가능하게 되거나 또는 내용적으로 상이한 두 개의 위법성 개념이 존재해야 된다는 것이다. 결국 행위불법론은 불법행위의 違法性에 正當防衛 규정이나 豫防的 請求權 규정에는 생소한 요건을 하나 더 붙임으로써, 법익보호구실을 하는 여러 규정들간의 내적 관계를 잘 모르고 있다는 비판이 있다.

이러한 비판에 대하여 所有物妨害除去 및 妨害豫防請求權의 경우 방해자의 위법한 행위를 그 요건으로 항상 요구하는 것이 아니고, 그 所

12) 金相容, 앞의 책, 78면 ; 李銀榮, 앞의 책, 601-602면.

有權의 침해 내지 방해를 받고 있는 소유권자에게 그러한 침해를 忍容할 의무가 있는가 없는가를 문제로 하고 있다. 그리고 이 경우 인용할 의무가 없는 침해 내지 방해는 위법한 행위에 의하는 경우도 있지만, 이전의 소유자가 토지위에 쌓아 둔 모래가 토지소유권 이전 후에 갑작스런 폭우로 인하여 이웃 토지로 흘러 들어가 퇴적한 경우와 같이 위법한 행위의 작용 없이도 생길 수 있다고 한다. 妨害除去 및 豫防請求權은 이와 같이 인간의 위법한 행위의 결과만을 그 전제로 하는 것이 아니기 때문에, 불법행위에 있어서의 違法性의 요건과 이와 같은 請求權의 요건을 동일하게 위급할 수 없다는 反論이 있다.[13]

3. 소결

불법행위의 요건으로서 違法性의 판단문제는 행위자의 행위 혹은 권리침해의 태양을 위법하다고 평가하거나, 또는 위법성의 평가를 넘어서 피해자의 권리보장을 중점으로 하여 한편에 있어서는 권리주체로서의 피해자의 지위와 다른 한편에 있어서는 행동의 자유를 보장받는 가해자의 지위라고 하는 兩者의 이익충돌을 전제로 각자의 이익을 규범적으로 어떻게 조화시키는가가 중요한 것이라고 여길 수도 있다.

요컨대 違法性은 가해행위에 의한 보호법익의 침해결과와 침해행위의 불법성을 함께 고려하고, 가해행위의 違法性은 被侵害法益의 種類와 性質, 加害行爲의 態樣과의 相關關係 등을 종합하여 판단하여야 한다고 여겨진다.

이러한 행위불법론은 過失과 違法性을 명확히 하였다는 점, 즉 故意에 의한 不法行爲責任은 有責性의 책임으로, 過失에 의한 不法行爲責任은 違法性의 책임으로 이해된다. 그리고 不作爲에 대한 不法行爲責任을 명확히 설명하고 있는 점과 행위자의 책임한계, 즉 注意義務를 설정해

13) 徐光民, 앞의 책, 58-59면.

준다는 점에서 타당하다. 특히 우리 민법과 같이 불법행위를 일반조항으로 두어 책임요건을 포괄적으로 규정하는 법제에 있어서는 유용한 이론이라고 한다.[14]

생각건대 불법행위의 성립요건으로서 違法性 판단은 적어도 현대형 집단피해를 이루는 環境汚染事件, 藥害事件 또는 자동차 등의 위험시설물의 가동으로 인한 사고에서는 故意 또는 過失의 요건을 위법성판단에 끌어들임으로써 兩者의 요건을 별개로서 준별하지 않고 함께 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것으로 여겨진다.

Ⅲ. 위법성판단기준과 환경오염

1. 개설

위법한 행위에 대한 판단은 그 행위가 법질서에 의해 허용되지 않는 것으로 평가되는 것을 의미한다. 일반적으로 위법한 행위라 함은 어떤 행위가 법질서 전체의 원리와 어긋나는 것을 의미한다. 구체적으로는 어떠한 경우에 이러한 위법의 평가를 내릴 것인가에 대해서는 먼저 피해자의 권리가 침해되었다고 하는 것 자체를 가지고 당해 행위가 權利侵害의 결과에 대해서 원인으로 판단되는 것을 근거로 하여 침해행위가 法的으로 무가치하다고 판단되어지는 경우이다.[15]

그러나 이러한 개념은 행위자의 意思的 활동에 기초되지 않는다는 이유로 불법판단을 내리는 것에 대한 의문과 결과가 발생된 것만으로 그 책임을 행위자가 부담해야만 한다는 것에 대한 의문에서 로마법 및 그것을 계수한 근대대륙법의 지도원리로는 될 수 없었고, 게르만법에 있

14) 李銀榮, 앞의 책, 602면.
15) 因果關係를 違法性判斷 및 歸責의 기초로 자리잡은 것은 고대로마법 및 초기 게르만법에 있어서 지배적이었다(原因責任主義).

어서도 일정한 수정이 가해졌다. 이에 대하여 근대 유럽의 대륙법은 권리가 침해되었다는 상태만으로 바로 違法性의 평가를 내리는 것은 아니고, 행위 그 자체에 대해서 법적 평가를 거쳐서 違法性을 판단하는 원칙을 채용하고 있다.

한편 당사자 사이에 契約상의 의무가 미리 존재하는 債務不履行責任과 그것을 전제로 하지 않는 不法行爲責任에서의 違法性에 대한 판단기준은 동일하지 않다. 채무불이행책임에 있어서는 객관적 의무위반만 있으면 違法性이 인정되지만, 불법행위책임에 있어서는 被侵害利益의 類型과 加害行爲의 態樣과 相關關係에 의하여 이익교량이 이루어져야 違法性이 인정된다. 또한 불법행위책임은 보통 서로 알지 못하는 사람들 간에 우연히 발생하는 경우가 많은 반면에 채무불이행책임은 契約을 통하여 이미 서로 잘 알고 있는 당사자간의 문제이다. 따라서 일반적으로 불법행위에서 有責性에 대한 立證責任은 피해자가 부담하며, 채무불이행에 있어서 歸責事由에 대한 立證責任은 채무자가 부담하게 된다.[16]

환경오염피해의 경우에 있어서 가해자와 피해자의 관계는 불법행위책임의 당사자가 되는 전형적인 현대의 대량집단피해의 유형이라고 할 수 있다. 그런데 환경오염행위에 대하여 그 違法性을 판단하는 문제에 대하여는 많은 어려움이 있다. 이하에서는 위법성판단기준의 문제에 대하여 환경오염행위를 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 환경오염과 위법성

환경오염피해에 대한 민사적 구제가 실현되기 위해서는 환경오염으로 인한 加害行爲가 違法한 것이 되어야 한다. 민법 제750조는 "故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 他人에게 損害를 준 者는…"이라고 규정하여 고의·과실과 책임능력을 주관적 요건으로 하고, 違法性을 불법행위

16) 蘇星圭, "債務不履行責任에 있어서 違法性과 過失", 現代民法의 展望(範周徐永培博士華甲記念論文集), 1995, 387-389면 참조.

의 객관적 성립요건으로 하고 있다. 객관적 요건으로서 손해발생의 인과관계를 그 하나로서 드는 점은 각국의 제도가 공통적이나, 그 밖에 무엇을 객관적 요건으로 하느냐에 관하여는 立法例에 따라 다르다.[17]

이러한 것들은 결국 앞에서도 살펴보았듯이 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하면 不法行爲責任이 생기는 것으로 하여야 한다는 것이며, 이는 權利侵害가 아니라 違法性이 불법행위의 객관적 성립요건이라고 하여야 한다는 것이 된다. 여기서 권리침해는 違法性의 가장 대표적인 것에 지나지 않게 된다.[18]

일반적으로 違法性의 개념을 구성하는 실익은 다음의 네 가지로 요약하고 있다. 첫째, 결과를 행위와 분리함으로써 권리개념의 독자적인 발달을 촉진한다(環境汚染被害 및 藥害). 둘째, 違法行爲와 法的 實益과의 형량을 꾀한다. 셋째, 불법행위법이 재판규범 외의 행위규범을 창조하는 작용이다. 넷째, 違法性은 손해배상을 결정하는 중요한 지침이 된다는 것을 들고 있다.[19]

가해행위가 違法하다는 것은 법률이 보호할 가치가 있는 이익을 위법하게 침해하는 것을 말한다. 그리고 違法性의 유무는 被侵害利益의 性

17) 예컨대 프랑스 민법 제1382조는 faute(過失, 잘못)라는 포괄적인 개념만을 사용하여 faute가 있는 자에게 不法行爲에 의한 賠償責任을 지우고 있으나, faute에는 주관적 측면에서의 過失뿐만 아니라 객관적 측면으로서의 의무위반도 포함하고 있다. 이에 반하여 독일민법은 不法行爲의 객관적 요건으로서 權利侵害(동법 제832조 제1항)외에 保護法規違反(동조 제2항), 善良한 風俗違反(동법 제826조)을 들고 있고, 스위스 債務法에서는 違法性(동법 제41조 제1항)과 善良한 風俗違反(동법 제41조 제2항)을 요구하고 있고, 일본에서는 舊民法에 있어서와 같이, 제709조에서 객관적 요건으로서 權利侵害를 들고 있다(동법 제709조). 우리 민법은 스위스 債務法과 마찬가지로 제750조에서 "違法性"을 객관적 요건으로 하고 있다. 郭潤直, 債權各論, 1993, 648면 ; 權龍雨, 不法行爲論, 考試院, 1974, 33면.

18) 郭潤直, 위의 책, 649면 ; 洪天龍, "環境汚染被害의 救濟", 環境法硏究 第14卷, 韓國環境法學會, 1992, 16면 ; 同, "大氣汚染被害의 私法的 救濟, 慶南法學 第12輯, 慶南大 法學硏究所, 1996, 73면 ; Schlechtriem, Schuldrecht, BT, 1987, S. 272 ; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, S. 89.

19) 洪天龍, 위의 論文, "環境汚染被害의 救濟", 15면.

質과 侵害行爲의 態樣의 양면에서 판단하려고 하는 것이 일반적인 경향으로 되어 있다.[20] 즉 피해의 정도가 크면 가해의 態樣이 심하지 않아도 가해는 違法하다 할 것이나, 피해의 정도가 적으면 가해가 심한 경우에도 그 가해는 違法性이 없는 것으로 된다.[21]

그런데 환경오염의 위법성에 관하여는 기본적으로 다른 두 갈래의 대립된 주장이 있다. 그 하나는 환경오염은 그 자체가 바로 위법한 것이 아니라, 被侵害利益의 성질 및 정도와 침해행위의 態樣을 상관적으로 비교형량하여 違法性을 결정하여야 한다는 주장이다.[22] 이러한 違法性의 판정방법을 忍容限度論[23]이라고 하며, 오늘날 일본의 判例[24]는 거의 이 방법에 따라서 違法性을 인정하고 있다. 忍容限度論이라 함은 인간이 사회공동생활을 영위해 나가는 데 있어서 一方이 他方에게 어떤 피해를 준다 할지라도, 상호간에 어느 정도까지는 이를 참고 忍容하여야

---

20) 權龍雨, 앞의 책, 34면 ; 鄭權燮, "公害와 違法性", 法과 公害, 韓國法學敎授會編, 1974, 113면.

21) 可藤一郎, 앞의 책, 106면.

22) 加藤一郎, 公害法の生成と展開, 岩波書店, 1970, 27면 ; 淡路剛久, "公害における故意, 過失と違法性", ジュリスト第458號, 有斐閣, 1970, 372면 이하 ; 原田尙彦, 環境法, 弘文堂 , 1995, 34면. 이것은 日本의 通說이며, 즉 사업활동이라고 하는 동시에 忍容限度를 초과하는 손해를 발생시킨 때는 權利濫用이며 違法하다고 해석하고 있다. 그리고 忍容限度의 판정요소로서, ① 損害의 性質(신체적 피해인가 정신적 피해인가 재산적 피해인가)과 그 輕重 및 被害者側의 事情, ② 加害行爲의 社會的 評價(公共性·有用性), 損害防止施設의 設置狀況, 團束法規의 遵守 등 가해자측의 사정을 比較衡量하고, ③ 工場이 所在하는 장소의 상황과 土地利用의 先後關係 등 주변사정을 종합적으로 감안하여, 개별적, 구체적으로 피해의 忍容限度를 판정해야 하는 것으로 하며, 피해가 이러한 忍容限度를 초월했다고 인정된 때에, 가해행위는 違法하다고 보는 것이다.

23) 受忍限度論이라고 하는 것이 일반적이나 受忍이라는 법률용어는 없고 다만, 관행적으로 쓰여지고 있으나 우리 민법은 受忍에 해당하는 용어로서 민법 제217조 등에서 "忍容"이라고 하고 있으므로 본 논문에서는 忍容限度論으로 통일하여 표현하기로 한다.

24) 大阪 地判 1968. 5. 22 ; 名古屋高判 1966. 12. 12 ; 東京高判 1967. 10. 26 ; 日大判 1967. 10. 31.

할 범위가 있음을 전제로 하여, 이 忍容限度를 넘은 손해를 입히면 違法性이 있다고 하는 견해로서, 환경오염행위가 있는 경우에 그것만으로서 곧 違法한 것이 아니라, 위와 같이 忍容하여야 할 範圍, 限度를 넘을 때 비로소 違法性을 띠게 된다는 것이다. 즉 통상의 合理人이 사회생활에서 참을 수 있는 限度를 말하며, 이 忍容限度를 넘은 손해가 발생한 때에는 加害行爲에 違法性이 있다고 하는 것이다.[25] 그리고 여기서 忍容하여야 할 限度, 範圍를 정함에 있어서는 被侵害利益의 性質 및 限度와 侵害行爲의 態樣 등을 상관적으로 비교형량하여야 한다는 것이다.[26]

다른 하나는 環境權說의 입장으로서 환경오염은 그 자체로서 바로 違法하고 다만, 忍容限度의 범위 내에 들어 갈 때에는, 違法性이 阻却된다고 하는 주장이다.[27] 이것에 의하면, 違法性은 피해의 존재, 즉 環境權의 침해만으로 인정되며, 가해행위의 態樣은 고려되지 않는다. 따라서 종래 忍容限度의 판정요소의 하나로 되어 있는 加害行爲의 사회적 평가(公共性)는 중요시되지 아니한다. 이것은 기업편중 또는 환경보존과 산업개발과의 조화론으로부터의 전환을 의미한다. 또 가해자의 사정으로서의 손해의 회피가능성도 고려의 대상으로 되지 않는다. 環境權을 침해하는 이상, 최선 또는 상당한 방지조치를 취하여도 면책되지 않는다. 忍容限度論이 사업활동을 원칙적으로 승인한 것과 결정적인 차이가 있다. 그리고 토지이용의 先後關係, 행정적 團束基準의 遵守, 官廳의 認·許可 등의 加害行爲의 態樣에 관한 모든 사정은 고려되지 아니한다. 권리침해가 극히 경미한 경우에 관하여도 權利의 內在的 制約으로서 權利濫用이 인정되는 이외에는 違法性을 인정한다. 그것은 제약 없는 利益衡量으로 확대되지 않도록 하기 위해서이다.[28]

---

25) 金基善, 韓國 債權法各論, 法文社, 1988, 407면.

26) 加藤一郎, 公害法の生成と展開, 434-460면 ; 李正雨, "公害에 대한 私法的 救濟", 저스티스, 韓國法學院 第11卷 1號, 1973. 80-81면 ; 李勇雨, "公害의 違法性", 私法論集 第10輯, 法院行政處, 1979, 92면.

27) 李勇雨, 위의 論文, 91면 ; 全昌祚, "環境權의 確立", 法과 環境(韓國法學敎授會編), 三英社, 1977, 218면 이하 참조.

3. 생활방해와 인용한도론

인용한도라 함은 가해자측의 사정과 피해자측 사정 및 지역성 등 기타의 사정 등을 比較較量하여 損害가 一般人, 合理人으로 하여금 통상 忍容할 수 있는 限度를 말하며, 이러한 한도를 넘어서 他人에게 被害를 준 경우에는 違法性 또는 過失이 인정된다고 한다.[29]

우리 민법은 일본민법과는 달리 1958년 민법을 제정할 당시 독일 및 스위스 민법의 체계를 받아 들여, 민법 제217조에 相隣關係의 일반적 條文으로서 生活妨害에 관한 규정을 독립해서 忍容義務를 명문화하고 있다. 즉 동조 제1항에서는 "토지의 소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유의한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다"고 하여 土地所有者의 生活妨害防止義務를 적극적으로 규정하고 있고, 동 제2항에서 "이웃 거주자는 전항의 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것일 때에는 이를 인용할 의무가 있다"고 하여 隣地 居住者에게 소극적으로 忍容의 義務를 인정하고 있다. 이를 분설하면 다음과 같다.[30]

첫째, "일정한 생활방해(임밋시온)"은 금지한다. 이때 금지의 대상이 되는 것은 煤煙, 熱氣體, 液體, 音響, 振動 등을 비롯하여 그 밖에는 이와 "類似한 것"은 즉, 먼지, 불꽃, 증기, 재, 광고조명의 반사선 등을 들고 있으며[31], 그것들이 大氣 속에서 방사되어 생활방해를 초래하는 것이다.

---

28) 全昌祚, 앞의 論文, 221면.

29) 서울 高法, 1975.12. 12.75 나 179判決. 損害賠償請求사건에서도「… 인근 주민들의 수인한도를 넘은 불법한 것이라 할 것인 즉…」이라고 判示하여, 忍容限度論에 입각한 것이라고 할 것이다. 李宰勳, 判例 不法行爲法 1, 法曹文化社, 1982, 814면.

30) 金基洙, "公害의 私法的 救濟의 方向과 相隣關係法的 構成", 環境法硏究, 創刊號, 1979, 123-124면.

31) 郭潤直, 物權法, 博英社, 1995, 281면 ; 金容漢, 物權法論, 博英社, 1998, 269면 ; 李英俊, 物權法, 博英社, 1990, 394면.

그리고 「이에 類似한 것」은 다수설[32]은 「不可量物」이라 하고, 소수설은 「일정한 土地와 土地의 不可回避的으로 결합되어 있는 干涉」이라고 하는 견해[33]와 「有體物 이외 感知할 수 있는 내용의 媒介에 의하여 전달되어 이웃 土地의 사용을 干涉하는 全部」를 의미한다는 견해[34]로 나누어진다.[35]

오늘날 문제가 되고 있는 日照·通風 등의 소극적 간섭도 민법 제217조의 적용대상이 된다고 보아, 소수설 중에서도 後者가 타당하다고 여겨진다.

그 이유는 독일민법 제906조의 「類似한 干涉」은 동조에서 개별적으로 예시하고 있는 간섭과 이익상태가 동질적인 것을 전제로 하는 것으로서 관념적인 生活妨害에까지 확대해석이 가능할 뿐만 아니라, 정신적 이익도 물질적 이익과 마찬가지로 보호할 가치에 포함한다고 한다.[36]

우리 민법 제217조 제1항의 해석에 있어서도 「토지이용의 방해 및 이웃 거주자의 생활에 고통」이라는 규정을 검토해 볼 때, 不可量物의 流入이라는 한정된 해석보다도, 구체적으로 土地利用上의 妨害 및 인근

---

32) 金基善, 物權法, 韓國物權法, 法文社, 1985, 203면 ; 金曾漢, 物權法, 眞一社, 1980, 192면 ; 同, 物權法講義, 博英社, 1991, 285면 ; 金顯泰, 新物權法, 一潮閣, 1975, 247면 ; 張庚鶴, 物權法, 法文社, 1987, 405면 ; 崔栻, 新物權法, 諍友社, 1960, 133면. 이는 독일에서 有體的 임밋시온(grob-körperliche Immission)과 不可量的 임밋시온(Immission von Imponderabilion)으로 구별하는 學說(Baur, Sachenrecht, 12 Aufl., 1985, §25Ⅳ)에서 취한 입장이다.

33) 郭潤直, 物權法, 287면 ; 金容漢, 物權法論, 博英社, 1990, 252면.

34) 金基洙, 民法學演習, 博英社, 1990, 288면.

35) 不可量物이라고 하는 것은 엄격한 물리학적 개념이 아니라 넓은 개념이므로 「일정한 土地利用과 不可避하게 결합되어 있는 干涉」이 포함된다고 할 것이다. 민법 제217조는 生活妨害 내지 公害禁止의 원칙규정이므로 이 요건을 융통성 있게 해석하는 것이 타당할 뿐 아니라 실제에 있어서도 위와 같은 「일정한 土地利用과 不可避하게 결합되어 있는 干涉」은 不可量物에 의한 침해에 일반적으로 해당하기 때문에 이에 대한 견해의 대립은 실익이 없다고 한다. 李英俊, 物權法, 395면.

36) 中山充, "今世紀におけるドイツイミッオーン法の發展", 民商法雜誌, 第74卷 第2號,有斐閣, 1976, 230면.

주민의 생활상의 고통이 어떤 것인가를 파악해야할 필요가 있다. 영미법상의 a private nuisance(私的 生活妨害)에서는 生活妨害에서 예시하고 있는 것 외에도, 光·공기·眺望妨害·動物의 飼育·地下水面의 上昇·물의 汚染 등 적극적 방해요소와 정신적 평온에 고통을 주는 것은 물론, 賣春宿·葬儀取扱業에 의한 不愉快 및 결핵병원으로부터의 전염의 위험 등을 포함하는 소극적 요소까지 내포하고 있다.[37] 따라서 우리 민법 제217조의 「類似한 干涉」에도 적극적 간섭뿐만 아니고, 생명·건강·정신적 자유 외에도 日照·通風妨害 등 소극적 간섭까지도 포함시켜 해석함이 당연할 것이다.[38]

둘째, 토지와의 歸屬性이 있어야 한다. 동조의 규정은 土地使用法에 해당된 것이므로 그 다른 土地의 사용을 간섭하거나, 이웃 거주자의 생활에 고통을 주는 有害한 것이다(민법 제217조 제1항). 그 고통의 여부는 객관적으로 平均人이 감지할 수 있으면 가능하다. 이러한 장소적 관계는 상대적이다.

셋째, 금지되는 것은 「토지의 통상의 용도에 적당한 정도」를 넘은 경우이다. 즉 忍容限度를 넘어야 한다.

넷째, 다른 토지의 干涉(Einwirkung)은 어떤 토지에서 「적극적」으로 放散되어야 한다. 그러므로 日照通風을 담 벽 기타 장애물로 막는 것은 「소극적」인 것으로 민법 제217조의 소정의 내용이 못된다는 전통적인 입장이 있다.[39] 그러나 環境權思想이 점차 고조되어 가고 있는 현재의 입장에서 본다면, 日照通風의 妨害도 토지의 간섭에 적극적인 내용으로 보아야 할 것이다.[40]

---

37) 鄭權燮, "公害의 私法的 救濟", 法學硏究 第15卷 第1號(釜山大學校法學硏究所), 1973, 65면.

38) 同旨, 李德煥, "民法 第217條의 適用法理", 不動産法學의 諸問題(石霞金基洙敎授華甲記念), 博英社, 1992, 39-40면.

39) 郭潤直, 物權法, 281면. 그러나 環境權의 문제로서는 개별이며, 不法行爲의 構成에는 영향을 받지 아니한다고 본다. 金基洙, 앞의 論文, 124면.

40) 부산지법, 1998 9. 15 판례참조.

이 규정이 忍容限度論의 法的 根據가 되는 가에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 제1설은 민법 제217조는 相隣者間의 생활방해사건에서의 忍容限度의 근거는 될 수 있으나 전형적 環境汚染에서의 忍容限度의 法的 根據는 될 수 없다는 견해이다.[41] 그 이유로서는 첫째, 제217조는 규정의 위치상, 연혁상의 입장에서 보아 相隣間의 生活妨害를 규율하기 위한 것이지, 오늘날의 전형적인 環境汚染被害가 不特定 또는 상당범위에 미치는 좁은 의미에서의 환경오염을 예상하여 이것을 규율하기 위해 만들어진 것이 아니며, 둘째 이 규정은 분쟁 당사자 사이에 침해를 하는 자와 침해를 받는 자의 지위의 互換性이 있을 것이 전제로 되는데,[42] 오늘날의 전형적인 환경오염에 있어서는 기업은 항상 오염만 시키고 소시민은 항상 피해만 입으니 양자 사이에 지위의 互換性이 없다는 점을 들고 있다.

제2설은 민법 제217조가 생활방해사건의 경우는 물론 전형적 환경오염의 경우에도 忍容限度의 근거가 된다는 견해이다.[43] 이에 대한 논거로서, 첫째 독일민법 제906조가 改正되어 오늘날 환경오염 일반에 널리 적용되고 있음은 잘 알려진 사실일 뿐만 아니라, 지위의 互換性 역시 相隣關係法의 본질적 속성은 아니라 할 것이므로[44], 제217조의 적용대상에서 전형적 환경오염을 제외할 論據가 없으며, 둘째 제217조 제1항에서는 土地利用權 뿐만 아니라 土地利用의 享有權까지도 그 保護法益으로 삼고 있으므로 전형적 환경오염을 그 대상으로 내포할 여지가 얼마든지 있으며[45], 셋째 동조 제1항은 모든 본질적 침해를 일단 違法한 것으로 못박은 다음 동조 제2항에서 그와 같은 침해라도 忍容限度의 범위 내의 것일 때에는 예외적으로 그 排除를 구할 수 없음을 규정하고

41) 李勇雨, "公害의 違法性", 95-96면.
42) 그래야만 상호 간의 忍容의 이유가 서기 때문이다.
43) 金基洙, 앞의 論文, 130면 이하 ; 吳錫洛, "公害訴訟의 法的 構成", 司法行政, 1984. 1. 259-260면.
44) 東孝行, 公害訴訟の理論と實務, 有信堂, 1971, 134면.
45) 淡路剛久, 公害賠償の理論, 有斐閣, 1975, 117면.

있는 것이므로, 忍容限度에 관한 論據를 第217條와의 相隣關係에서만 고찰의 대상으로 하여야 한다고 한다.[46]

생각건대 단순한 生活妨害와 전형적 環境汚染을 구별하는 것은 논리적으로 일관성을 결한다고 할 것이며, 민법 제217조를 相隣關係法 정신에 기초하여 이해하는 입장에서 볼 때,[47] 전형적 환경오염을 제외할 필요가 없다고 본다. 왜냐하면 相隣關係法 정신은 相互考慮義務를 주된 내용으로 하므로, 地位의 互換性은 민법 제217조의 적용상 본질적 속성이 될 수 없기 때문이다. 그리고 相隣關係의 규정 중에 일본민법에서는 볼 수 없는 소위 "忍容義務"를 규정하고 있으므로 이에 근거해서 忍容限度論의 法的인 根據와 "忍容限度"라는 用語의 根據도 찾을 수 있다고 생각한다.

生活妨害에 있어서 忍容限度는 곧 違法性과 직결되는 것으로 그 法的 根據는 民法 제217조 제2항 소정의 「토지의 통상의 용도」에 대한 형평척도를 찾는 것으로 이는 곧 忍容限度의 실체를 찾는 길이라고 여겨진다.

대체로 忍容限度의 구체적인 판단요소로서는 피침해이익의 성질과 피해의 중대성, 가해의 모순과 이에 대한 사회적 평가,[48] 당해 장소의 지역성, 손해회피의 가능성[49]과 가해자의 공법상의 규제기준 준수의 유

---

46) 吳錫洛, 公害訴訟의 諸問題, 日新社, 1979, 56면.

47) 相隣關係說은 環境責任을 不法行爲責任으로 구성하는 경우에도 민법 제217조의 규정에 의하여 過失의 立證이 불필요한 것으로 이해하기에 이르렀으며, 침해가 忍容限度를 초과하는 경우에는 그것만으로 방해의 제거는 물론 손해배상청구까지도 가능하다고 하고, 그럼으로써 손해배상청구와 留止請求 간에 違法性의 정도에 차이를 두는 위법성단계설의 결함을 회피할 수 있을뿐더러, 나아가 兩請求의 法的 根據의 통일적 이해 역시 용이해 진다고 한다. 吳錫洛, 環境訴訟의 諸問題, 三英社, 1996, 74면 ; 鄭權燮, "環境汚染과 私法上 救濟", 法과 環境(韓國法學敎授會編), 149-150면 역시 같은 입장을 취하고 있다.

48) 加害者의 事業이 公共事業일 경우라면 留止請求의 경우에 중요한 의의를 가지나 損害賠償에는 영향이 없다고 할 것이다.

49) 상당한 준비를 하였다면 損害를 回避 또는 豫防할 수 있었던 경우라면 過失

무[50], 토지이용의 선후관계[51] 등의 사정 등을 들고 있다.[52]

그러나 실제운용에 있어서 그 生活妨害가 이웃토지에 대한 본질적 방해가 되고, 이웃토지의 이용에 중대한 妨害를 가져오는 경우에도 민법상 요구되고, 相隣的 請求權이 제한되어 土地利用者의 忍容義務의 확대를 요청하는 일이 있을 수 있다. 그러므로 우리에게 알맞은 민법 제217조 소정의 忍容義務에 대한 탄력적인 해석을 위하여 忍容義務의 원칙적인 해석에 만족할 것인가, 혹은 확대 내지 축소할 것인가의 구체적 기준이 필요하다. 그리고 忍容義務의 立證은 被告에게 있으며 被告의 立證이 성립되면 민사적 구제도 부인된다. 즉 忍容限度의 범위 내에서는 適法하며, 그리고 違法性이 阻却되어 민사구제의 청구권은 기각되고 반대로, 忍容限度를 넘은 것이라고 인정되면 민사구제의 청구권은 적법하게 인정된다.[53]

4. 위법성과 과실과의 관계

문제는 違法性과 過失과의 관계를 어떻게 보는가 이다. 이론상으로는 前者는 가해행위의 객관적 평가에 근거한 귀책사유인 것에 반해, 後者는 가해자의 심리면에 접목한 주관적 귀책사유이기 때문에 兩者는 개별적인 판단요소라고 말할 수 있다. 즉 違法性은 加害의 상황이 전술한 忍容限度를 초월하는가 하는 시점에 의해 판단되어지는 것에 반하여, 過失은 가해자에게 손해의 豫見義務 내지 結果回避義務違反만 있었는지 없었는지에 의해서 판단해야 하는 것으로 되어 있는 것이다. 따라서

相計로서 損害賠償은 감소될 것임.

50) 行政上의 團束規定이 있는 경우, 이에 違反하면 違法性이 인정된다.

51) 英美法에서 이른바 위험에서의 접근(coming to the nuisance)의 문제이다. 이러한 경우에 後入住者에게 고도의 忍容을 요구하여 留止請求나 賠償請求를 거부하고 있는 것이 일반적인 경향이다. 李勇雨, 앞의 論文, "公害의 違法性", 100면.

52) 洪天龍, 앞의 論文, 74면.

53) 李德煥, 앞의 論文, 46면.

불법행위의 요건으로서의 故意·過失과 違法性의 二元的 構造 하에서 兩者를 구분해서 적용하여 왔던 것이다.

그러나 현실의 環境訴訟에 있어서는 兩者를 명확하게 구분하는 것은 용이하지 않다.[54] 이 점에 있어서 최근에 이르러서는 兩者를 종합적으로 보아 忍容限度를 넘어 違法으로 인정되어 진 加害行爲에 의해서 환경오염이 발생하고 있는 때에는, 구태여 가해자의 過失을 豫見可能性에 관계없이 가해자의 책임이 인정되고[55] 동시에 違法性이 있게 되어 忍容限度라는 하나의 기준에 의하여 違法性과 過失을 일원적으로 설명하는 이론도 있다.[56] 이것을 新忍容限度라고 한다. 따라서 環境破壞 및 環境汚染被害는 여러 가지 제요소를 고려하여 忍容限度를 넘는 피해를 발생시켰다면 過失과 違法性이 함께 인정된다고 보는 것이다.[57]

또한 이 "新忍容限度論은 忍容限度論에서 불법행위의 성립요건으로서 故意·過失과 違法性을 판단하는 기준으로 한 이원론적 입장을 止揚하고 故意·過失과 違法性을 일원론적으로 파악하되, 그 판단을 忍容限度論에 의하여 결정한다는 이론, 다시 말하면, 환경오염이 심각하여 忍

54) 불법행위의 성립요건으로서 故意 또는 過失(사회생활상 요구되는 주의의무 위반)을 위법상판단에 끌어들임으로써 違法性의 요건과 故意·過失의 요건을 종래에 일반적으로 주장하여왔던 것처럼 객관적 요건과 주관적 요건으로 구별될 수 없다는 주장도 있다. 즉 민법 제750조에서 「고의 또는 과실로 인한 위법행위」라고 되어 있어서 故意·過失과 違法性이 반드시 별개의 요건이어야 하도록 되어 있지 않으므로 이러한 주장은 제750조의 法文의 표현과도 어긋나지 않는다고 한다. 徐光民, 앞의 論文, "不法行爲 成立要件으로서의 違法性과 故意·過失", 612면.

55) 野村好弘·淡路剛久, 公害判例の研究, (東京;都市開發研究會), 1971, 17면 ; 小林健男, 公害と企業の責任, 同文舘, 1972., 66면 ; 全昌祚, "公害와 過失·無過失", 法과 公害(韓國法學敎授會編, 三英社, 1974, 100면.

56) 李勇雨, "公害의 違法性", 105면 ; 李命甲, "違法性 槪念의 學說·判例上의 進展과 變容", 司法行政 1987. 11(通卷 323號), 50면 ; 洪天龍, 앞의 論文, "環境汚染被害의 救濟", 18면.

57) 忍容限度論에 관한 學說로는 行爲態樣論, 防止義務違反設, 豫見可能性設 등이 있다. 이에 관한 詳細는 洪天龍, 위의 論文, "環境汚染被害의 救濟", 17면 이하 참조.

容限度를 넘었다고 하는 경우에 過失이 인정되는 동시에 違法性이 있게 되어, 忍容限度라는 하나의 기준에 의하여 過失과 違法性을 一元的으로 파악하자는 것이다. 이 설은 忍容限度를 넘는 침해가 있으면 가해자에게 故意·過失이 없는 경우에도 불법행위법상의 책임을 지게 되므로, 그 한도에 있어서는 無過失責任을 지우는 결과가 되어 한층 더 피해자의 보호를 기할 수 있다고 한다.

아직 이원적 구조에 입각한 判例에 있어서도 기업측에 注意義務를 엄하게 요구하여 過失을 상당히 완만하게 해석하고, 違法한 가해행위에는 거의 過失을 인정하는 경향이 강하다. 예를 들면, 일본의 유명한 四日市公害事件[58]의 判決에 있어서 裁判所는 事業의 公共性, 排出基準의 遵守 등을 고려해 두고도 사람의 生命·身體에 중대한 被害를 미치게 한 이상, 기업의 立地·操業에는 忍容限度를 넘어 違法性이 있다고 함과 동시에, 공장건설에 있어서는 사전에 매연의 배출량·기상조건 등을 연구하고 주민의 건강피해를 입지 않도록 立地해야할 의무가 있었다. 또 操業 후에도 이러한 사항에 주의할 의무가 있는데도 불구하고, 이것을 태만이 한 것은 立地上, 操業上의 양면에 過失이 있다고 말할 수 없지는 않다고 판단하여, 기업측에 불법행위의 성립을 인정하고 있다. 이와 같이 判例의 대부분은 과실요건을 완화하고 違法性이 있는 곳에 過失이 있다고 하는 견해를 나타내고 있지만, 특히 환경오염에 의한 건강피해에 대해서는 無過失責任 내지 結課責任에 가까운 운용을 도모해서 環境汚染被害의 救濟를 진척시키고 있는 것에 주목되고 있다.

이러한 견해는 新忍容限度論에 있어서의 相關的 利益衡量은 違法性

58) 1972년 7월 일본의 三重縣 四日市에 所在한 召和石油·中部電力·미에火力發電所 등이 복합하여 아황산 가스와 石油廢液 등을 배출하여 시민들의 건강을 침해한 사건으로 四日市 천식사건이라고도 하며, 裁判過程에서 환자의 질병과 피고공장의 매연과의 因果關係의 存否, 複數企業群의 共同不法行爲責任의 성립여부가 쟁점이 되어, 치열한 법정공방 끝에 법원은 因果關係의 존재를 인정한 후 복수의 企業群에게 연대하여 피해자에게 손해를 배상할 것을 명하여 共同不法行爲責任을 인정한 사건이다.

에 관한 객관적 판단기준을 설정할 수 없고, 가해자에게 유리한 형량으로 기울어지기 쉽다는 것을 지적하는 입장에 의한 비판이다. 물론 相關的 判斷의 방법 즉, 판단요소의 衡量方法의 여하에 따라서는, 아무런 제약도 없는 이익형량이 될 위험도 있다는 것이다.[59]

그러나 新忍容限度論의 현실의 기능으로부터 고찰하면 크게 우려할 바가 없으며, 특히 日照妨害, 騷音 등의 사건에서 忍容限度의 기준이 명백해지고 있다. 또 구체적 판단기준을 제시함으로써 극복할 수도 있으며, 判例의 누적에 의해서도 판단기준이 명백해 질 것이라고 한다. 또한 相關的 利益衡量만을 이유로 新忍容限度論을 재판관에게 제약 없는 판단을 백지위임 하는 說이라고 배척하는 것에 대하여도, 利益衡量을 배척하는 극단론에 의하면, 10원 정도의 근소한 금액의 損害賠償判決도 있을 수 있고, 環境權의 침해가 있는 경우에는, 利益衡量 없이 반사적으로 留止請求가 가능하다고 한다. 그러나 環境權의 침해로 損害가 있는 경우에도 그 態樣과 程度에 관하여는 여러 사정을 고려할 필요가 있으며, 관념적으로 利益衡量을 완전히 배척하는 것은 타당치 않다. 留止請求에 있어서도 環境權의 침해로 곧 留止請求權을 인정할 수는 없는 것이고, 경제적으로 塡補回復의 가능여부의 판단이 있어야 하며 利益衡量은 불가피하게 된다[60]고 한다.[61]

---

59) 澤井裕, "差止と利益較量", 法律時報, 第43卷 8號, 1971, 10면.

60) 全昌祚, 公害의 私法的 救濟의 法理에 관한 硏究, 東亞論叢(11), 東亞大出版部, 1974, 124면.

61) 한편 이러한 忍容限度論과 新受忍限度論은 日本 民法學의 특유의 것으로서, 民法規定이 다른 우리 나라에 無批判的으로 소개되고 있는 듯한 인상을 준다고 하는 비판의 見解가 있다. 具然昌, "公害에 의한 不法行爲", 月刊考試, 1985. 12, 44면 이하 ; 李勇雨, "受忍限度論小考-公害의 違法性論", 1면 이하 ; 李命甲, "環境汚染의 被害救濟", 現代民商法의 硏究(이재철博士華甲記念論文集), 法文社, 1984, 336면 이하.

Ⅳ. 결어

불법행위의 성립요건으로서 違法性의 판단은 그 가해행위가 법질서에 위반하는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 구체적으로 가해행위가 違法하다고 판단되는 기준은 무엇에 의하여야 할 것인가 문제이다. 이를 해결하기 위하여 전통적인 견해로서는 가해행위로 인하여 타인의 권리침해라는 결과만 발생하면 그 행위는 위법한 행위라고 하는 結果不法論과 故意·過失의 개념을 위법성판단요소로 끌어들임으로서 法益侵害의 결과가 있다고 하더라도 그 침해행위가 고의적인 것이 아니 한, 사회생활상 요구되는 注意義務를 위반하여 권리 또는 법익을 침해한 경우에만 그 침해행위가 違法하다고 하는 行爲不法論이 주장되어 왔다. 行爲不法論은 법익의 비고의적 침해인 경우에는 그러한 침해가 사회생활상 요구되는 注意義務를 위반함으로써 발생한 경우, 즉 過失에 의한 경우에만 위법한 것이고 법익침해의 결과만 발생하였다고 하여 바로 違法하다고 인정할 수 없다고 하는 견해로서 오늘날 유력한 이론으로 주장되고 있다.

우리 나라의 학자들은 위법성판단에 대하여 대체로 被侵害利益의 種類 및 性質과 加害行爲의 態樣과의 相關關係에서 고찰하여 판단하고 있으나, 違法性의 개념을 일반적 이론적으로는 검토하고있지 않는 듯 하다. 이에 대하여 특히 환경오염에 대한 위법성의 판단기준은 생활방해에 대한 忍容限度論과 環境權論으로서 고찰되어지고 있다. 또한 過失과 違法性과의 관계에 대하여도 一元論的으로 판단하는 이른바 「新忍容限度論」에 의하여 違法性이 판단되어지면 과실의 요건을 따로 갖출 필요가 없다고 한다. 이와 같이 불법행위의 유형에 따라 違法性의 요건은 구체적으로 그 유무를 판단하고 있는 것이다. 현대적 불법행위의 유형인 집단피해를 이루는 環境汚染事件, 藥害事件 또는 자동차 등의 위험시설물의 가동으로 인한 사고 등에서는 故意 또는 過失의 요건을 위법

성판단에 끌어들임으로써 양자의 요건을 별개로서 준별하지 않고 함께 고려하여 종합적으로 판단할 필요가 있을 것이다.

논문주제검색키워드 : 불법행위, 위법성, 과실책임주의, 결과불법론, 행위불법론, 인용한도론, 생활방해, 환경오염, 환경권론
Tort, illegality, duty of due care, negligence liability, nuisance, environmental pollution, the right to protect one's environment

<Abstract>

A tort is composed of an act by the defendant, intention or negligence, illegality and causation. Illegality means the violation of legislation.

But the meaning of that is not concretely clear. As to this, it is said that illegality is the violation of the result for an act. This is a theory of the result unlawfulness(injustice).

When legal rights are infringed on by an act which is not intended, on the other hand, it is not illegality. But in case of duty of due care, it is an illegality to trespass on another's right. this is a theory of the act unlawfulness.

The types of tort are various. in particular, a motoring accident, a medical supplies accident and environmental pollution give rise to a group damage. It is not easy that a standard of judgment of the illegality for this kinds of accidents is decided by only an act or the result of the act.

An illegal act means that an assaulter' s act is condemned socially or morally.

In a judgment of the illegality, it has been correlatively estimated by considering types of a harmful act and qualities or sorts for the benefit and protection of the law. The illegality of environmental pollution is considered by the limitation of endurance for nuisance and the right to protect one's environment

When we estimate illegality in a tort, it must be deliberated along with a general duty(negligence) and an illegal act.