

# 임미시온의 위법성 판단기준

— 민법 제217조와 수인한도론을 중심으로 —

안 경 희\*

## 차 례

- I. 머리말
- II. 임미시온의 위법성
- III. 위법성 판단기준
- IV. 판단기준 상호간의 관계
- V. 맺음말

## [국문초록]

이 논문은 민법 제217조와 판례를 통하여 형성된 수인한도론을 중심으로 매연, 음향 등과 같은 불가량물에 의한 생활방해, 즉 임미시온의 위법성 판단기준에 대하여 검토하고 있다.

임미시온은 토지의 경계를 넘어서 이웃 토지로 확산되는 성질을 가지므로 일정한 정도의 임미시온은 허용되는 것으로 보아야 하는데, 그 허용기준을 설정하는 것이 제217조와 수인한도론이다. 먼저 제217조는 토지의 통상의 용도에 적합한 생활방해는 허용되는 것으로 법정하고 있다. 이에 비하여 판례는 사회공동생활을 하는 이상 일방이 타방에 어떤 피해를 준다 할지라도 상호간에 어느 정도까지는 이를 참고 수인해야 할 범위가 있음을 전제로, 이 수인한도를 넘는 생활방해 내지 손해를 입히면 위법성이 있는 것으로 해석한다. 이 수인한도론은 임미시온의 문제를 불법행위로 다루는 일본에서 프랑스 판례를 통하여 형성된 권리남용론을 발전시킨 이론이다.

제217조에서 생활방해의 허용기준으로 제시되고 있는 ‘토지의 통상의 용도에 적합한지의 여부’는 불확정개념인데, 문헌에서는 독일민법 제906조에서처럼 침해의 중대성, 지역통상성, 회피가능성이라는 3가지의 척도를 중심으로 이 개념을 해석한다. 이에 비하여 수인한도론을 취하는 판례는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의

\* 국민대학교 법과대학 부교수.

공공성과 사회적 가치, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가관계, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 임미시온에 대한 수인한도를 판단한다.

판례에서 제시되고 있는 수인한도의 고려요소와 제217조에 따른 척도를 비교해보면, ‘피해의 성질 및 정도, 가해행위의 태양’은 ‘침해의 중대성’에서, ‘방지조치 또는 손해회피의 가능성’은 ‘가능성’에서, ‘공법적 규제 및 인·허가관계, 지역성, 토지이용의 선후관계’는 ‘지역통상성’에서 다루는 내용들과 유사하다. 이와 같이 수인한도론에서 제시하고 있는 판단기준이 제217조의 기준에 거의 상응하는 것에 비추어 볼 때, 수인한도론은 제217조와 같은 규정을 두고 있지 않은 일본에서 입법적 흠결을 보완하기 위하여 제시된 이론이라고 할 수 있다. 그렇다면 임미시온의 허용기준에 대한 명문규정을 두고 있는 우리의 경우에는 생활방해와 불법행위를 불문하고 임미시온의 위법성은 제217조에 따라서 판단되어야 한다.

## I. 머리말

임미시온이라 함은 연기, 음향 등과 같이 배출지 내지 배출시설의 경계를 넘어서 이웃에게 영향을 미치는 성질을 가진 물질(협의의 임미시온) 또는 그러한 물질이 배출지의 경계를 넘어서 이웃 토지 내지 그 토지에서 생활하는 사람들에게 의도하지 않는 영향을 미치게 되는 것(광의의 임미시온)을 의미한다. 이러한 임미시온으로 인한 민사책임은 방해상태의 제거·예방을 목적으로 하는 방해배제책임과 손해의 전보를 지향하는 손해배상책임으로 대별되는데, 이러한 책임을 물으려면 임미시온을 배출하는 행위가 법질서 전체의 입장에서 허용되지 않아 그에 대하여 부정적인 판단을 받는 것이어야 한다(‘위법성’).<sup>1)</sup>

우리 민법은 제217조2)에서 이웃 토지의 용도에 적당한지를 기준으로 임미시온의 허용성을 판단하도록 법정하고 있고, 판례와 문헌에서는 수인한도론에 따라서 임미시온의 위법성을 평가하고 있다. 이와 같이 동일한 주제인 ‘임미시온의 위법성’에 대하여

1) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2010, 487면; 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009, 627면; 김중환·김학동, 채권각론, 박영사, 2006, 781면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010, 1597면; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2009, 1293면; 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, 801면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2015, 1683면.

2) 본고에서 범명의 언급 없이 인용된 법조문은 민법의 규정이다.

다소 상이하게 접근하는 2가지의 방식이 공존함에 따라 양자 가운데 어떠한 방식이 보다 체계적으로 이 테마를 다루는지를 검토할 필요가 있다. 이러한 검토를 위해서는 제217조와 수인한도론이 어떠한 내용과 구조로 이루어져 있는가를 분석해야 하는바, 본고에서는 양자가 임미시온의 위법성을 어떻게 판단하고 있는지(II), 위법성의 판단 기준으로 어떠한 요소들이 제시되고 있는지(III), 그리고 판단기준들은 상호 어떠한 관계에 있는지(IV)에 대하여 상론하고자 한다.

## II. 임미시온의 위법성

作爲로 인한 방해행위(또는 불법행위)의 위법성은 통상 소극적으로 징표되므로 방해자(가해자)의 행위로 소유권 방해(침해)가 발생하면 일용 위법성이 추정된다. 다만 피방해자(피해자)가 그 방해(침해)를 인용할 의무를 부담하는 경우<sup>3)</sup>에는 위법성이 탈락하고, 따라서 당해 소유권 방해(침해)행위는 적법한 것이 된다. 임미시온의 위법성과 관련해서는 제217조와 수인한도론이 검토되어야 한다.

### 1. 제217조에 따른 위법성

민법은 제215조 내지 제244조에서 서로 이웃하는 토지소유자들 상호간의 상린관계를 규율하면서 ‘매연 등에 의한 인지에 대한 방해금지(제217조)’도 함께 법정하고 있다. 제217조에 따르면 매연 등에 의한 생활방해는 원칙적으로 금지되지만, 임미시온으로 인한 토지사용의 방해 또는 생활방해가 이웃 토지의 용도에 적당한 것인 때에는 인용의무가 인정된다. 따라서 가령 이웃 토지에서 배출한 소음으로 생활방해를 받고 있는 토지의 소유자는 토지소유권 침해를 이유로 제214조에 따른 방해제거 및 방해예방을 청구할 수 있으나, 그 방해의 정도가 제217조에서 법정하고 있는 인용의무의 범위 내에 속한다면, 당해 소음배출행위의 위법성은 조각되고, 결국 방해배제청구는

3) 이러한 인용의무는 법률행위 또는 법률규정에 근거하여 발생하는데, 가령 전자는 제한물권을 설정하거나 계약을 통하여 타인에게 자기의 부동산을 이용하는 것을 허용하는 경우에, 후자는 -일반적 위법성조각사유인- 정당방위(제760조 제1항), 긴급피난(제760조 제2항), 자구행위(제209조)는 물론 민법상 상린관계 규정에 따라 각각 인정된다.

받아들여지지 아니한다.

이와 같이 임미시온의 문제를 소유권 내용의 제한·확장을 규율하는 상린관계의 일부로 파악하는 것은 임미시온의 속성을 반영한 결과라고 할 수 있다. 주지하는 바와 같이 임미시온은 배출시설의 내부에 머물지 아니하고 외부로 방산 내지 전파되는 속성을 가지고 있으므로, 가령 누구나 일상생활 가운데 자신의 토지 밖으로 소음을 배출할 수도 있고 이웃으로부터 배출된 소음에 시달릴 수도 있는바, 소음의 배출 자체를 금지시킬 수는 없다. 그러나 그렇다고 하여 일상생활 가운데 발생하는 모든 소음이 허용된다고 한다면, 다른 곳으로 이사를 가지 않는 한 이웃들은 계속해서 소음이 시달리면서 생활해야 하므로, 평화로운 상린관계를 위하여 일정한 허용한도를 설정할 필요가 있게 된다. 더욱이 동일한 정도의 임미시온에 노출된다 하더라도 개인에 따라 상이하게 반응하기 때문에 법적 안정성을 위하여 일정한 허용기준을 마련해야 한다. 바로 이러한 필요성 때문에 제217조에서 이웃 토지의 용도에 적당한지를 기준으로 임미시온의 허용성, 즉 위법성을 판단하도록 법정하고 있는 것이다.

이처럼 제217조에서 임미시온에 대한 인용의무, 즉 위법성조각사유를 법정하고 있으므로 임미시온에 대한 방해배제청구 시에 피방해자는 소유권의 존재, 방해자의 임미시온 배출행위, 생활방해사실, 배출행위와 생활방해와의 인과관계를, 방해자는 제217조 제2항에 따라서 피방해자가 부담하는 인용의무의 요건을 입증해야 한다. 나아가 제217조는 임미시온의 위법성을 규율하는 유일한 명문규정이므로, 임미시온으로 인하여 피해자에게 손해가 발생한 경우에 가해자에게 불법행위 책임을 묻는 경우에도 임미시온 배출행위의 위법성 여부는 제217조에 따라서 판단된다. 다만 불법행위의 경우에는 제750조의 성립요건에 대한 입증은 피해자의 몫이므로, 피해자가 제217조의 인용한도를 초과하는 위법한 임미시온으로 손해가 발생하였다는 사실을 입증해야 한다.

## 2. 수인한도론에 따른 위법성

관례<sup>4)</sup> 및 현재의 지배적인 견해<sup>5)</sup>는 사회공동생활을 하는 이상 일방이 타방에 어떤

4) 대법원 1974. 12. 24. 선고, 68다1489 판결(법원공보 1975년, 8267면); 대법원 1997. 10. 28. 선고, 95다15599 판결(법원공보 1997년, 3617면); 대법원 1999. 7. 27. 선고, 98다47528 판결

피해를 준다 할지라도 상호간에 어느 정도까지는 이를 참고 수인해야 할 범위가 있음을 전제로, 이 수인한도를 넘는 생활방해 내지 손해를 입히면 위법성이 있는 것으로 판단한다(‘수인한도론’). 다만 유지청구는 손해배상에 비하여 기업에 주는 타격이 크므로 신중을 기해야 하기 때문에, 유지청구의 수인한도가 손해배상청구의 수인한도보다 높은 것으로 해석한다(‘위법성단계설’).<sup>6)</sup> 이 수인한도론에 따르면 피해자가 수인한도를 넘는 위법한 손해가 발생했다는 사실을 입증하게 되면, 가해자는 그 손해에 대하여 배상책임을 지게 되므로, 가해자에게 ‘사실상’ 무과실책임을 인정하는 결과가 된다.<sup>7)</sup>

여기에서 더 나아가 수인한도란 통상의 합리적인 사람이라면 사회공동생활을 하는데 있어서 감수할 수 있는 한도를 말하며, 이러한 한도를 넘어서 침해가 있는 경우에 위법성 및 과실이 인정되는 것으로 파악하는 이론도 있다(‘신수인한도론’).<sup>8)</sup> 이 신수인한도론은 과실유무의 판단을 수인한도를 넘는 피해를 주었는지의 여부에 의하여 결정함으로써 과실과 위법성을 일원화시키려는 것으로서, 이 이론에 따르면 수인한도를 넘는 침해가 있을 경우 가해자에게 과실이 없다 하더라도 그에게 손해배상책임을 지을 수 있게 되므로, ‘실질적으로’ 가해자에게 무과실책임을 묻는 결과가 된다.<sup>9)</sup>

### 3. 양자의 검토

제217조에서 임미시온의 허용성 여부에 대한 기준을 법정하고 있음에도 불구하고

(법원공보 1999년, 1755면); 대법원 2001. 2. 9. 선고, 99다55434 판결(법원공보 2001년, 606면); 대법원 2010. 7. 15. 선고, 2006다84126 판결(법원공보 2010년(하), 1549면).

- 5) 곽윤직, 앞의 책, 440면; 김제형, 소유권과 환경보호, 한국민법이론의 발전(I), 박영사, 1999, 319면 이하; 김형배·김규환·김명숙, 앞의 책, 1718면; 손윤하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005, 68면; 윤진수, 환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용 여부, 판례월보, 제315호, 1996, 45면; 이경춘, 소음과 환경소송, 재판자료, 제95집, 2002, 167면; 이용우, 수인한도론 소고, 법조, 제27권 제10호, 1978, 3면 이하; 조홍식, 상린관계의 법정책 -항공기소음을 글감으로 하여, 서울대학교 법학, 제50권 제3호, 2009, 68면; 홍천룡, 환경오염 피해의 구제-손해배상청구와 유지청구, 환경법연구, 제14권, 1992, 16면 이하.
- 6) 구연창, 환경오염의 사법적 구제 재조명, 환경법연구, 제11권, 1989, 161면; 손윤하, 앞의 책, 68면; 이경춘, 앞의 논문, 158면; 조홍식, 앞의 논문, 69면 이하.
- 7) 구연창, 앞의 논문, 61면.
- 8) 전창조, 공해와 과실·무과실, 법과 공해-오늘과 내일, 한국법학교수회, 1974, 101면; 정권섭, 공해와 위법성, 한국법학교수회, 1974, 120면 이하.
- 9) 구연창, 앞의 논문, 159면; 이동아, 환경소송에 있어서 입증책임완화에 관한 연구, 법조, 제563호, 2003, 57면; 정완, 환경오염피해에 대한 민사책임, 환경법연구, 제25권 제2호, 2003, 418면.

판례가 수인한도론 또는 신수인한도론을 근거로 임미시온의 위법성 여부를 판단하므로, 양자가 동일한 것인지의 여부가 문제된다.

### (1) 연혁

연혁적으로 볼 때 제217조는 일제시대에 우리나라에 의용되었던 일본민법에는 없던 조문을 신설한 규정으로, 그 당시에 임미시온에 대한 명문규정을 두고 있었던 1900년 독일민법 제906조<sup>10)</sup>를 주로 참조하여 마련된 규정이다.<sup>11)</sup> 이에 비하여 수인한도론은 우리의 독자적인 이론은 아니고, 일본에서 임미시온의 문제를 권리남용으로 처리하는 프랑스의 판례이론을 수정·발전시킨 이론이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 주지하는 바와 같이 프랑스민법에는 -독일민법 제906조, 우리민법 제217조와 같은- 임미시온의 허용기준에 관한 규정이 없기 때문에, 판례를 통하여 임미시온으로 이웃이 통상 인용하여야 하는 불편이나 불쾌감의 정도를 넘는 손해를 준 때에는 권리(토지소유권)남용이 된다고 보아 손해배상책임(불법행위책임)을 인정해 왔다(‘권리남용론’).<sup>13)</sup> 일본민법에도 프랑스민법과 마찬가지로 임미시온의 위법성 판단기준을 두고 있지 아니하므로 프랑스에서와 마찬가지로 문제가 발생했고<sup>14)</sup>, 이에 -프랑스판례의 권리남용론에서 - ‘이웃이 통상 인용하여야 하는 정도를 넘는’이라는 기준을 차용하여 ‘수인한도’라는

10) “토지소유자는, 다른 토지로부터 오는 가스, 증기, 후취, 연기, 검댕, 온기, 소음, 진동 그리고 이와 유사한 생활방해가 그의 토지의 사용을 침해하지 아니하거나 단지 경미하게 침해하거나 또는 지역적 관행에 비추어 볼 때 이러한 상황에 있는 토지들에 통상적인 방법으로 다른 토지를 사용하는 것을 통하여 발생한 경우에는, 이를 금지시킬 수 없다. 특별한 유도시설에 의한 유입은 허용되지 아니한다.”

11) 좌윤직, 물권법, 박영사, 2003, 246면; 김상용, 물권법, 법문사, 2001, 359면; 이영준, 물권법, 박영사, 1999, 448면; 이은영, 물권법, 박영사, 2002, 462면 각주 128.

12) 일본에서도 종래 기업의 생산, 영업활동으로 인하여 환경이 오염되는 일이 있더라도 그것은 예외적으로 권리남용으로 보여지지 않는 한 원칙적으로 적법하고 저지되어서는 안 된다고 생각되었으나, 산업공해가 사회문제로 등장하자 예외적인 권리남용론만으로는 공해문제에 대처하기에 미흡함을 느끼게 되어 위법한 공해의 문제를 좀 더 확대시키고자 전개된 이론이 수인한도론이라고 한다: 이용우, 수인한도론 소고, 법조, 제27권 제10호, 1978.10, 2면; 이용우, 공해의 위법성-공해소송에서의 이익형량-, 사법논집, 제10집, 1979, 93면 참조.

13) Ferid, Murad/Sonnendberger, Hans Jürgen, *Das Französische Zivilrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, 1986, Rn. 3C189 ff.; Picker, Eduard, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn, 1972, S. 59 ff.

14) 일본에서 수인한도론이 생성된 과정 및 배경에 대하여는 이용우, 앞의 논문, 1978, 2-3면; 이용우, 앞의 논문, 1979, 93-94면 참조.

개념을 만들어 낸 것으로 사료된다(‘수인한도론’).

이러한 연혁적 검토에 비추어 볼 때 일본의 수인한도론은 제217조와 같은 명문규정을 두고 있지 아니한 일본에서 역시 이러한 규정이 없는 프랑스의 판례이론을 모델로 일본민법의 입법적 흠결을 보완하기 위하여 마련된 이론이라고 할 수 있을 것이다. 그러하다면 제217조에서 임미시온의 허용성에 대한 명문규정을 두고 있는 우리나라에서 일본의 수인한도론을 원용할 필요가 있었는지 의문이다. 아울러 문헌에서는 제217조 제2항을 수인한도론에 따라 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 임미시온에 대한 피해지소유자의 인용의무를 규정하는 것으로 해석하기도 하는데<sup>15)</sup>, 그 의미가 제217조 제2항이 임미시온에 대한 인용의무(수인한도)를 설정하는 규정이라는 의미인지, 아니면 임미시온으로 인한 불법행위의 위법성을 판단하는 기준인 수인한도론이 제217조에도 원용된다는 의미인지가 불분명하다. 전자의 의미라면 물론 이에 찬동하지만, 후자의 의미라면 연혁적인 검토에 상응하게 -수인한도론이 제217조에도 원용되는 것이 아니라- 제217조에 따른 수인한도가 임미시온으로 인한 불법행위에도 적용된다고 보는 것이 타당하다.

## (2) 기능

일본의 수인한도론을 -프랑스의 권리남용론과 마찬가지로 임미시온의 문제를 불법행위법적으로 접근하여- 임미시온으로 인한 불법행위의 위법성 판단을 위하여 마련된 이론이라고 본다면, 접근방법에서 볼 때 임미시온의 문제를 물권법적으로 접근하는 우리 민법과 일본의 수인한도론은 상이하지만, ‘기능면’에서 볼 때 양자는 동일하게 임미시온의 위법성 여부를 규율한다고 할 수 있다.

다만 수인한도론에서는 이른바 위법성단계설을 취하여 유지청구의 수인한도가 손해배상청구의 수인한도 보다 높은 것으로 해석하는데, 임미시온을 물권편 상린관계에서 규율하는 기본 취지를 고려한다면 반드시 이러한 결론에 이르는 아니한다. 가령 이웃들 사이에서 소음임미시온이 문제되는 경우에 -의사의 진료를 요하는 등- 인적 손해가 발생하지 않는 한 가해자에게 불법행위책임을 물을 수는 없다. 그렇지만 수면

15) 김상용, 앞의 책(주 11), 358면 이하; 김재형, 앞의 논문, 319면; 서광민, 물권적 청구권에 관한 일고찰 -물권적 청구권의 내용에 관한 논의의 매듭을 위하여-, 민사법학, 제17호, 1999, 491면.

장애나 집중력장애가 발생한 경우라 하더라도 이웃들은 다른 곳으로 이사를 가지 않는 한 그러한 소음에 시달리면서 살아야 하므로, 소음을 일으키는 요소의 제거와 예방을 구하는 유지청구가 인정 될 수 있다.

### (3) 성립요건

민사책임의 성립요건면에서 볼 때 제217조는 -방해배제책임과 불법행위책임을 불문하고- 위법성단계에서 검토되지만, (신)수인한도론은 위법성 및 과실의 단계에서 모두 적용된다. 물론 방해배제책임은 무과실책임이므로 방해자의 귀책사유는 문제되지 아니하는바, 이 경우에는 제217조와 (신)수인한도론은 공히 위법성단계에서 다루어진다. 이에 비하여 제750조는 가해자의 고의·과실이라는 주관적 요건과 가해행위의 위법성이라는 객관적 요건을 모두 법정하고 있는데, (신)수인한도론은 수인한도를 기준으로 위법성 유무를 판단하고, 그럼으로써 -사실상 또는 실질상- 무과실책임을 인정하는 것과 같은 결과를 도출하는 이론이어서, 불법행위 성립요건의 체계에 부합하지 아니한다. 특히 신수인한도론에 따르면 수인한도를 넘는 손해가 발생하면 위법성은 물론이고 과실도 인정되는 것으로 해석함으로써 객관적 요건과 주관적 요건을 일체적으로 판단하게 되는데, 수인한도를 기준으로 제750조에서 적극적으로 규정하고 있는 과실요건을 배제시키는 것은 현행법의 해석으로 받아들이기는 어렵다고 하겠다.<sup>16)</sup>

문헌에서는 (신)수인한도론이 과실과 위법성을 일원적으로 파악하려는 독일의 행위불법론에 따른 이론전개라고 설명되기도 하는데<sup>17)</sup>, 위법성의 본질에 관한 행위불법론<sup>18)</sup> 내지는 -현재 독일의 다수설인- 절충설<sup>19)</sup>에서도 위법성과 과실은 각각 별도로

<sup>16)</sup> 동지: 이동아, 앞의 논문, 2003, 72면.

<sup>17)</sup> 전경운, 환경침해피해의 사법상 구제법리, 환경법연구, 제25권 제2호, 2003, 367면

<sup>18)</sup> 행위불법론은 가해행위의 태양을 중시하여 고의적인 가해행위로 보호법익이 침해된 경우에는 그 행위는 위법하지만, 과실로 인한 법익침해의 경우에는 거래상 요구되는 주의의무(가령 거래안전의무) 위반으로 말미암아 법익이 침해된 경우에 한하여 위법성이 인정된다고 본다: Esser/Schmidt, Schuldrecht I/1, § 8 II 1; Nipperdey, Hans Carl, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht", *NJW* 1957, 1777.

<sup>19)</sup> 절충설은 가해행위로 권리나 법익이 직접적으로 침해된 경우에는 -결과불법론에서와 마찬가지로- 곧바로 위법성을 인정하고, 간접적으로 법익이 침해된 경우에는 거래안전의무 등 행위명령이나 주의명령을 위반한 경우에 한하여 위법성을 인정한다. 현재 독일의 다수설이다: Brüggemeier, *Deliktsrecht*, Rn. 101; von Caemmerer, Ernst, "Wandlungen des Deliktsrechts", in: *FS zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, S. 131

검토된다.<sup>20)</sup> 다만 -우리 법과 마찬가지로- 과실은 거래상 요구되는 주의를 해태하는 것을 의미하지만, -우리 법과는 달라- 여기에서의 주의를 내적 주의(Innere Sorgfalt)와 외적 주의(Äußere Sorgfalt)로 구분하고, 전자를 책임요소로, 후자를 위법성판단요소로 해석할 따름이다.<sup>21)</sup>

이러한 체계상의 문제점에도 불구하고 수인한도론이 지지를 받는 이유는 피해자의 보호에 있을 것이다. 더욱이 일본에서는 임미시온으로 인한 민사책임은 불법행위책임으로 구성되는데, 가해자의 과실 및 가해행위의 위법성을 입증해야 하는 피해자를 보호하기 위하여 이러한 이론을 도입할 필요가 있었을 법하다. 물론 방해배제책임의 근거규정을 두고 있는 우리의 경우에도 -가령 도로소음이나 비행장소음으로 인한 민사소송은 정신적 손해에 대한 배상을 청구하는 사례가 대다수이므로- 이러한 필요성은 여전히 존재한다. 그렇지만 민법상 공작물책임, 환경정책기본법상 환경오염피해에 대한 책임 등에서 무과실책임을 법정하고 있으므로, -과실에 대한 입증책임의 곤란으로부터 피해자를 구제하기 위하여- 강행규정인 제750조의 체계에 반하는 해석을 하는 것은 재고를 요한다. 요컨대 제217조에서 임미시온에 대한 허용기준을 두고 있는 우리나라에서는 이 기준에 따라 생활방해와 불법행위의 위법성 유무를 판단하고<sup>22)</sup>, 이와 별도로 그 위법행위에 대한 예견가능성 등을 기준으로 가해자의 과실 유무를 판단하는 것이 제217조, 제750조의 체계에 부합하는 해석이 될 것이다.

f.; Deutsch, *Haftungsrecht*, Rn. 235 ff; Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, Rn. 598, 1401, 1591; Larenz/Canaris, *Schuldrecht*, II/2, § 75 II 3; Stoll, Hans, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechts*, *AcP* 162(1963), 203, 206, 228; Staudinger/Hager, § 823 Rn. H 16.

20) 이에 대하여는 안경희, 비행장 소음 피해에 대한 배상책임 관련 연구, 법무부, 2014, 86-91면 참조.

21) ‘내적 주의’란 개인이 -사전적으로- 행위 요구를 인식하고 그 요구에 따르기 위하여 기울여야 하는 노력을 의미하므로, 구체적인 사례에서 행위자가 내적 주의를 위반하면 유책하게 행위한 것으로 된다(‘책임요소로서의 과실’). 이에 비하여 ‘외적 주의’는 법질서가 법익을 보호하기 위하여 구체적인 상황에서 -사후적으로- 평균적 주의를 가진 사람에게 어떤 행위를 요구하는 것인데, 이러한 요구는 -부작위로 인한 불법행위의 위법성 판단기준인- 거래안전의무의 근거가 되기도 하므로, 이 외적 주의를 거래안전의무(‘위법성’)와 동일하다고 볼 수 있는바, 외적 주의를 위반하여 타인의 법익에 대한 침해가 발생한 경우에는 책임발생적 구성요건은 물론 위법성도 인정된다(‘위법성 판단요소로서의 과실’): Brügge-meier, *Deliktsrecht*, Rn. 114; Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, Rn. 108, 127; Mertens, Hans-Joachim, *Verkehrspflichten und Deliktsrecht*, *VersR* 1980, 397, 401; Medicus, *Bürgerliches Recht*, Rn. 649; MünchKomm/Wagner, § 823 Rn. 64.

22) 결과에 있어서 동일: 김재형, 앞의 논문, 38면; 민법주해(V)/유원규, 311면.

### Ⅲ. 위법성 판단기준

제217조에서는 ‘토지의 통상의 용도에 적당한지의 여부’를 인용의무의 기준으로 제시하고 있고, 수인한도론을 따르는 판례는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 생활방해 및 불법행위의 수인한도를 판단하고 있다. 따라서 제217조에 따른 위법성 판단기준과 수인한도론에 따른 수인한도의 고려요소가 동일한 것인지의 여부가 검토되어야 한다.

#### 1. 제217조에 따른 위법성 판단기준

제217조에 따르면 토지의 통상의 용도에 적합한 임미시온은 허용된다. 여기에서 생활방해의 허용기준으로 제시되고 있는 ‘토지의 통상의 용도에 적당한지의 여부’는 불확정개념이므로 해석을 필요로 하는바, 문헌에서는 -제217조의 모델이 된 독일민법 제906조에서처럼- 침해의 중대성, 지역의 통상성, 침해의 회피가능성을 기준으로 이 개념을 해석한다.

전술한 바와 같이 제217조는 독일민법(1900년) 제906조를 모델로 한 규정이므로 이 두 임미시온법은 그 체계에 있어서는 동일하다. 다만 제217조는 1958년에 제정된 이래 단 한 번도 개정되지 아니하였으나 독일민법 제906조는 그 동안 두 차례나 개정되었으므로, 현행 독일민법 제906조와 우리의 제217조는 상당한 차이를 보이고 있다.

##### (1) 침해의 중대성

독일민법 제906조 제1항에 따르면 토지의 사용을 침해하지 아니하거나 그 침해의 정도가 경미한 임미시온은 허용된다. 이에 비하여 제217조는 명시적으로 침해의 경미함·중대성을 위법성의 판단기준으로 명시하고 있지는 아니하지만, -독일민법과 마찬가지로- 새기는 것이 일반적이다.<sup>23)</sup>

구체적인 사례에서 허용되는 경미한 임미시온과 금지되는 중대한 임미시온의 경계

23) 김재형, 앞의 논문, 320면; 이영준, 앞의 책, 450면; 이상태, 물권법, 법원사, 2007, 208면; 이은영, 앞의 책(주 11), 463면; 전경운, 민법 제217조의 의미와 개정방향에 대한 소고, 비교사법, 제7권 제1호, 2000, 200면.

는 규범적·객관적으로 설정된다. 먼저 생활방해의 중대성 여부는 임미시온으로 인한 생활방해의 정도와 기간, 주위토지의 이용상황 등을 고려하여 규범적으로 판단되는데, 이 때 ‘객관적·차별적인 기준’이 적용된다.<sup>24)</sup> 즉 임미시온은 인적인 가치판단과 결부되어 있어서 사람마다 상이하게 느낄 수 있으므로, 임미시온의 허용여부는 -현재 임미시온에 노출되어 있는 이웃이 아니라- 보통의 분별력 있는 평균인의 감정을 기준으로 판단한다(객관적 기준). 그리고 평균인이 어떻게 느끼는가를 평가할 때에는 피방해지의 실제적인 용도가 중요한 역할을 한다(차별적 기준). 가령 공업지역에 거주하는 사람들은 주거지역에 거주하는 사람들에 비하여 소음에 보다 많이 노출될 것으로 예견되지만<sup>25)</sup>, 피해지라 하더라도 이를 공간적으로 세분하여 토지의 뒷부분에 환자유양시설이 있는 경우에는 이 시설이 위치한 부분은 그 토지의 다른 부분에 비하여 특별히 보호되어야 한다.

나아가 개별법률 등에 배출허용기준이 설정되어 있는 경우에는 당해 기준의 준수여부에 따라 객관적으로 임미시온의 허용성 여부가 판단될 수도 있다. 예컨대 공법상 배출허용기준을 초과하는 임미시온이 배출된 경우에는 당해법의 규율대상이 되는 임미시온이 발생한 것으로 보아 일정한 제재조치를 취하게 된다. 다만 이러한 기준은 -사익이 아니라- 환경을 보호하기 위하여 환경오염물질 배출의 허용성 내지 일반인들의 인용한도를 설정한 것이므로, 사업자가 배출허용기준을 준수하였다 하여 사익 침해에 대한 민사책임도 면책된다고 해석할 수는 없다.<sup>26)</sup> 그렇지만 과학적 조사에 근거하

24) 통설의 입장이다: 관윤직, 앞의 책(주 11), 314면; 권용우, 물권법, 법문사, 2001, 231면; 김상용, 앞의 책(주 11), 김재형, 앞의 논문, 320면 이하; 김중환·김학동, 물권법, 박영사, 1997, 271면; 이러한 방해나 고통이 있는가는 사회통념을 기초로 통상인의 감각에 따라 객관적으로 판단되어야 한다. 이은영, 앞의 책(주 11), 465면. 독일의 판례·통설의 입장이기도 하다: BGHZ 97, 97, 104; BGHZ 70, 102, 110; Baur/Stürner, *Sachenrecht*, § 25 Rn. 27; Erman/Hagen, § 906 Rn. 14 f.; Habscheid, Walther, J., *Nachbarrecht und Verkehrsfortschritt*, MDR 1954, 260, 261; Jauerng/Jauernig, § 906 Rn. 3; Lang, Eberhard, *Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsvergleichender Sicht*, AcP 174(1974), 381, 391; MünchKomm/Säcker, § 906 Rn. 34 ff.; Palandt/Bassenge, § 906 Rn. 22; RGRK/Augustin, § 906 Rn. 32; Soergel/Baur, § 906 Rn. 36; Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, Rn. 333; Spieß, Pirmin, *Der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB*, JuS 1980, 100, 101 f.; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 159; Wieling, *Sachenrecht*, § 23 II 4 b) S. 325; Wolf, *Sachenrecht*, Rn. 261.

25) 이러한 사고를 바탕으로 소음·진동관리법 및 공항소음방지법 시행규칙에서는 지역별로 상이한 배출허용기준을 제시하고 있다.

여 배출허용기준이 설정된다는 점에 비추어 볼 때 이러한 기준을 초과하면 일응 중대한 침해가 있는 것으로 볼 수 있으나, 기준치를 설정할 때 미처 고려되지 못한 비전형적인 사례가 발생한 경우 등에는 기준치를 준수하였음에도 불구하고 중대한 침해가 발생할 수 있다. 바로 이러한 점 때문에 독일에서는 1994년에 제906조 제1항에 제2문과 제3문<sup>27)</sup>을 신설하여 임미시온이 공법상 기준치를 초과하지 아니한 경우에는 원칙적으로 경미한 침해가 있는 것으로 규정하고 있음에도 불구하고, 판례<sup>28)</sup> 및 학설<sup>29)</sup>은 여전히 공법상 기준치를 준수하였거나 기준치를 밑도는 임미시온이 배출된 경우라 하더라도 이로 말미암아 이웃에게 생활방해 내지 손해가 발생한 경우에는 침해의 중대성을 인정하고 있다.

## (2) 지역의 통상성

임미시온의 정도가 중대하더라도 ‘임미시온을 배출한 시설이 위치해 있는 지역에서 통상적인 방법으로’ 토지를 사용하는 과정에서 그러한 임미시온이 발생했다면, 평화로운 상린관계를 위하여 피방해자는 이를 인용해야 한다(제217조 제2항, 독일민법 제906조 제2항). 우리 민법에는 독일민법 제2조안의 예에 따라 ‘이웃토지의 통상의 용도’라는 표현이, 독일민법에는 지역통상성<sup>30)</sup>이란 표현이 각각 사용되고 있으나,

26) 김중환·김학동, 앞의 책(주 24), 271면에서도 환경관계법령에서 정한 기준치는 단지 일반적인 한계를 정한 것이고, 이에 미달하는 방해라고 하더라도 상린관계의 당사자 사이에서는 지역적 특성에 따라서 인용한도를 넘는 것이 될 수도 있다고 보고 있다.

27) “法律 혹은 法規命令에서 정한 한계기준 내지 권고기준이 이러한 범규정에 따라 조사·평가된 생활방해에 의하여 초과되지 아니하는 경우에는, 원칙적으로 경미한 침해가 있다. 연방임미시온 보호법 제48조에 따라 제정되고 기술의 수준에 상응하는 一般行政規則에 포함되어 있는 기준들에 대하여도 동일하다.”

28) BGH NJW 1997, 2748, 2749; BGH NJW 1999, 1029, 1030; BGH NJW 2004, 1317; BGH NJW-RR 2006, 235; BGH NJW 2014, 1317.

29) Fritz, Klaus, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von § 906 I BGB, *NJW* 1996, 573, 575; Kregel, Volker, Änderung von § 906 BGB im Rahmen des Sachenrechtsänderungsgesetzes, *NJW* 1996, 2599, 2600; MünchKomm/Säcker, § 906 Rn. 69; Palandt/Bassenge, § 906 Rn. 20; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 178; Staudinger/Kohler, Einleitung. UmweltHR Rn. 212; Vieweg/Werner, *Sachenrecht* § 9 Rn. 38; Wieling, *Sachenrecht*, § 23 II 4 b); Wolf, *Sachenrecht*, Rn. 342.

30) 제1조안 제850조에서는 ‘지역통상성’, 제2조안에서는 ‘지역적 관행에 비추어 볼 때 통상적인 방법’, 제3조안에서는 ‘지역의 통상적인 사정(gewöhnliche örtliche Verhältnisse)’이라는 표현이 사용되었으나, 1959년 독일민법의 일부개정으로 다시금 ‘지역통상성’으로 대체되었다.

양자는 같은 의미로 해석된다.

이 지역통상성은 -독일민법의 기초자들이 예상했던 바와 같이<sup>31)</sup>- 경제, 교통수단, 기술 등이 발전하는 경우에도 유동적으로 대처할 수 있는 ‘동적인’ 기준이다. 왜냐하면 지역통상성 유무는 -가해지와 피해지 중 어느 토지가 먼저 사용되기 시작했는지의 여부를 불문하고<sup>32)</sup>- 사실심의 구두변론종결시를 기준으로 판단되므로, 가령 농업지역이었던 곳이 산업지역으로 전환되었다면 이러한 주위사정의 변화가 지역통상성의 판단에 반영되기 때문이다. 나아가 지역통상성은 ‘사실적인’ 척도여서 지역의 실제적인 사정을 표준으로 하는바, 규범적인 판단요소, 가령 가해지가 공법상 지역구분에 합당하게 사용되고 있는지의 여부 또는 임미시온 배출시설이 건축·영업허가를 받은 시설인지의 여부는 중요하지 아니하다.<sup>33)</sup>

### (3) 침해의 회피가능성

방해자가 경제적·기술적으로 기대할 수 있는 조치를 취하여도 임미시온을 방지 내지 회피할 수 없는 경우에도 피방해자에게 인용의무가 인정된다(독일민법 제906조 제2항). 이 기준은 -우리 민법이 제정된 이후인- 1959년에 독일민법을 개정하면서 도입된 것이어서, 우리 민법에는 이에 대한 명문규정은 없다. 그렇지만 제217조 제1항의 의미에서의 ‘적당한 조치’에는 동종류의 영업에 속하는 자에게 경제적·기술적으로 기대가능한 조치를 의미하는 것으로 해석되므로<sup>34)</sup> 결국 독일민법에서와 같은 결론에 이르게 된다.

여기에서 ‘경제적 기대가능성’은 방해를 한 사업자 자신이 아니라 그가 속하는

31) 제1차 위원회는, 임미시온의 배출정도는 지역에 따라서 상이하고, 시간대에 따라서도 일정치 아니하고, 특히 산업의 발전에 따라서도 변화하는데, 이러한 점들은, 변화된 생활관계에 따라서 스스로 변할 수 있는 동적인 기준인 지역통상성이라는 척도를 통하여 충분히 고려될 수 있을 것으로 전망하였다(Motive III, S. 267).

32) 김재형, 앞의 논문, 322면; 김중환·김학동, 앞의 책(주 24), 271면; 민법주해(V)/유원규, 309면; 이경춘, 앞의 논문, 171면, 179면; BGHZ 67, 252; BGH, NJW 1976, 1204.

33) 물론 토지의 이용현황은 지적공부나 도시계획과 일치하는 경우가 많지만, 지방자치단체가 계획지역을 보다 합리적으로 개발하기 위하여 의식적으로 그 지역의 종래의 특성을 무시할 수도 있고, 그 지역의 발전이 계획에서 예정했던 것과 다르게 진행될 수도 있으므로, 지역통상성의 평가는 항상 지역의 실제적인 사정을 표준으로 한다.

34) 同旨: 민법주해(V)/유원규, 306면; 이영준, 앞의 책, 455면.

영업에서 ‘평균적인’ 사업자가 기준으로 판단하는데, 이들이 저감조치에 소요되는 비용을 감수할 수 있을 때 경제적 기대가능성이 있다고 할 수 있다.<sup>35)</sup> 그리고 기술적 기대가능성이 있는 임미시온 저감조치로 평가받으려면, 그 조치가 ‘기술수준’에 상응하는 것이어야 한다. 이러한 조치에는 임미시온을 저감시키기 위한 기술적인 조치뿐만 아니라 영업양식과 관련된 조치(영업시간 단축 등)까지도 포함된다.

## 2. 수인한도론에 따른 위법성 판단기준

판례는 수인한도론에 따라 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 대양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가관계, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 생활방해 및 불법행위의 위법성을 판단하고 있다.<sup>36)</sup>

### (1) 피해의 성질 및 정도

임미시온에 대한 수인한도를 판단함에 있어서는 피해의 성질(특히 소음배출행위의 결과 발생한 피해가 재산적인 것<sup>37)</sup>인지의 여부) 및 피해의 정도가 중요한 역할을

<sup>35)</sup> 전경운, 앞의 논문(주 17), 354면. 독일에서의 일반적인 견해이기도 하다: Brem/Berger, *Sachenrecht*, § 6 Rn. 17; Erman/Hagen, § 906 Rn. 30; MünchKomm/Säcker, § 906 Rn. 121; Palandt/Bassenge, § 906 Rn. 29; Pfeiffer, *Bedeutung*, S. 137 ff.; RGRK/Augustin, § 906 Rn. 54; Soergel/Baur, § 906 Rn. 98; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 207; Vieweg/Werner, *Sachenrecht*, § 9 Rn. 41; Wieling, *Sachenrecht*, § 23 II 4 c) aa); Wolf, *Sachenrecht*, Rn. 346.

<sup>36)</sup> 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(법원공보 1995년, 3399면); 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결(법원공보 1997년, 2636면); 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결(법원공보 1999년, 1755면); 대법원 2005. 1. 27. 선고 2003다49566(법원공보 2005년, 301면); 대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다74560(법원공보 2011년(상), 4면); 대법원 2010. 7. 15. 선고 2006다84126(법원공보 2010년(하), 1549면); 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다10928, 10935, 10942, 10959 판결(미간행).

<sup>37)</sup> 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 936면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2015, 1014면; 정기웅, 채권총론, 법문사, 2014, 155면; 지원립, 앞의 책, 1076면; 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체판결(법원공보 1992년, 2235면); 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결(법원공보 1996년, 884면); 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결(법원공보 1998년, 2054면); 대법원 1998. 9. 22. 선고 98다2631 판결(법원공보 1998년, 2545면). 이에 비하여 재산적 법익에 대하여 생긴 손해가 재산적 손해이고, 비재산적 법익에 대하여 생긴 손해가 비재산적 손해라는 견해도 있다: 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2003, 107면; 양형우, 앞의 책, 808면.

한다. 가령 도로소음으로 인한 재산피해는 소음으로 인하여 건물에 금이 가는 등의 직접적 피해가 발생한 경우는 물론이고 토지사용상의 침해(가령 도로의 신설 또는 차량 운행 횟수의 증가로 도로소음이 증가함에 따라 부동산 교환가치가 하락한 경우)도 -수인한도를 넘는- 중대한 침해에 해당한다.<sup>38)</sup> 이에 비하여 소음으로 인하여 정서 불안, 수면장애 등에 시달리고는 있으나, 치료를 요하는 상태에 이르지 아니한 경우에는 신체침해를 인정할 수 없으므로 불법행위책임을 묻기는 어렵지만, 이러한 정도의 건강장애도 중대한 생활방해가 될 수는 있다.

## (2) 피해이익의 공공성과 사회적 가치

공공성이란 통상 “한 개인이나 단체가 아닌 일반 사회 구성원 전체에 두루 관련되는 성질”을 의미한다.<sup>39)</sup> 이러한 일반적인 언어용례에 비추어 볼 때 소음으로 인한 피해이익의 공공성과 사회적 가치란 소음으로 인하여 피해를 입는 시설(가령 대학, 사찰 등) 등이 갖는 공익적 성격을 말한다고 볼 수 있다. 다만 공공성을 갖는 시설이라 하더라도 그 시설부지 전체에 대하여 동일한 정도의 수인한도가 설정되는 것은 아니고, 예컨대 정온한 환경에 놓여야 하는 연구실, 강의실, 사찰기도실 등에 대하여는 운동장, 주차장 등에 비하여 보다 엄격한 기준이 적용되어야 한다.

## (3) 가해행위의 태양

가해행위(作為와 不作為)의 태양(법규준수여부, 권리남용 등)도 수인한도의 중요한 판단기준이 된다. 위법성의 본질에 대하여는 결과불법론<sup>40)</sup>, 행위불법론<sup>41)</sup>, 상관관계설<sup>42)</sup>이 대립하는데, 작위로 인한 직접적 범익침해의 경우에는 -어느 학설에 의하더라도

<sup>38)</sup> Küchler, Kurt, *Einwirkung*, S. 122; Palandt/Bassenge, § 906 Rn. 22; Soergel/Baur, § 906 Rn. 38; Staudinger/Roth, § 906 Rn. 158.

<sup>39)</sup> <http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=3195900> (최종방문일: 2015년 4월 30일)

<sup>40)</sup> 전통적인 결과불법론은 가해행위에 의하여 타인의 생명, 신체 등 보호법익이 침해되는 결과가 하면 -위법성조각사유가 없는 한- 당해 가해행위의 위법성이 정표된다고 본다: 송덕수, 앞의 책, 1622면.

<sup>41)</sup> 이은영, 채권각론, 박영사, 2007, 802-803면.

<sup>42)</sup> 상관관계설은 범익침해라는 결과뿐만 아니라 가해행위의 태양(법규위반, 공서양속위반, 권리남용 등)도 함께 고려하여 위법성을 판단하는 견해로, 가령 물권이나 인격권 등 절대권에 대한 침해행위는 가해행위의 태양을 불문하고 일응 위법하고, 채권과 같은 상대권에 대한 침해행위는 제3자

도 동일하게- 법익침해가 있으면 행위의 위법성(중대성)이 인정된다. 문제는 부작용에 의한 법익침해의 경우인데, 결과불법론에 따르면 법익침해의 결과만 발생하면 위법성이 인정되지만, 행위불법론, 상관관계설에 따르면 이러한 결과는 물론이고 거래안전의 무 등을 위반한 경우에 한하여 위법성이 인정된다. 생각건대 민법상 부작용은 법률, 계약 또는 선행행위에 근거하여 일정한 행위를 해야 할 ‘법적인 의무’가 존재하는 경우에만 고려되는바<sup>43)</sup>, 부작용에 의한 법익침해의 수인한도를 판단함에 있어서는 법익침해는 물론이고 거래안전의무<sup>44)</sup> 등의 위반이 있었는가를 함께 고려해야 한다.

#### (4) 가해행위의 공공성과 사회적 가치

가해행위의 공공성과 사회적 가치란 공중의 이익을 위하여 제공된 시설(가령 도로, 비행장 등)이 가지는 공적인 성질과 사회적 가치를 의미한다. 자동차 보유대수, 물류수송, 항공여행 등의 증가로 도로 및 비행장의 공공성과 사회적 가치가 점차 높아지고 있다고 할 수 있다.

#### (5) 방지조치 또는 손해회피의 가능성

방지조치를 함으로써 임미시온으로 인한 피해가 회피될 수 있는지의 여부도 수인한도를 판단함에 있어서 고려된다. 여기에서의 방지조치는 -전술한 회피가능성에서 검토한 바와 같이- 동종류의 영업에 속하는 자에게 경제적·기술적으로 기대가능한

---

가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해한 경우에 한하여 위법하다고 본다: 김상용, 채권자론, 화산미디어, 2011, 631면; 양형우, 앞의 책, 1294-1295면; 이강원, 공해배상소송에서의 수인한도론과 공용관련하자, 민사재판의 제문제, 제13권, 2004, 278-284면; 지원림, 앞의 책, 1711면.

<sup>43)</sup> Deutsch, Haftungsrecht, Rn. 97 ff.; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 13; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, § 25 III 2; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 1415; Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 31; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 642; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 2; Staudinger/Hager, § 823 Rn. H 5 ff.

<sup>44)</sup> 본래 이 거래안전의무라는 용어 자체는, 비장병에 걸린 소의 안락사가 문제가 된 사건에서 독일제국법원이 -제823조 제1항에 열거된 법익 및 권리에 대한 위법한 침해와 관련하여- 수의사는 안락사를 시킬 때 도축업자로 하여금 외상부위를 살균하도록 할 의무를 부담한다고 판시하면서, 제3자의 위험과 관계된 직업에 종사하는 사람은 포괄적인 의미에서 법적인 거래안전의무(Verkehrspflichten)를 부담한다고 실시한 데서 비롯되었다: RGZ 102, 372, 375.

조치를 의미한다고 볼 수 있다. 구체적으로 어떠한 조치를 취할 것인가에 대하여는 개별법, 가령 소음·진동관리법 및 동법 시행규칙에서 정하고 있는 소음방지책을 참조할 수 있을 것이다.<sup>45)</sup>

### (6) 공법적 규제 및 인·허가관계

공법상 기준치, 임미시온 배출시설의 인·허가 여부도 수인한도의 판단기준이 된다. 전술한 바와 같이 공법상 기준치를 준수했다고 하여 곧바로 침해의 중대성이 인정되지는 아니하고, 영업허가 등을 받은 시설에서 배출된 소음을 모두 수인한도 내에 있는 통상적인 소음이라고 볼 수는 없지만, 이러한 요소들이 수인한도를 설정하는 착안점이 되는 것은 분명하다.

### (7) 지역성

임미시온 배출시설 주변의 지역적인 특성, 공법상 지역 설정 현황 등도 고려되어야 한다. 가령 소음·진동관리법<sup>46)</sup>과 공항소음방지법에서는 소음영향도를 기준으로 다음과 같이 지역·지구가 설정되어 있다.

<소음·진동관리법 및 공항소음방지법상 지역 구분>

소음·진동관리법상 지역 구분	공항소음방지법상 소음대책지역	소음영향도(WECPNL)	
공항 인근지역	제1종	95이상	
	제2종	90이상 95미만	
그 밖의 지역	제3종	가지구	85이상 90미만
		나지구	80이상 85미만
		다지구	75이상 80미만

45) 소음·진동관리법 시행규칙 [별표 2]에서는 소음배출시설로부터 소음을 제거하거나 감소시키는 소음방지시설로 (1) 소음기, (2) 방음덮개시설, (3) 방음창 및 방음실시설, (4) 방음외피시설, (5) 방음벽시설, (6) 방음터널시설, (7) 방음림 및 방음언덕, (8) 흡음장치 및 시설, (9) (1) 내지 (8)과 동등하거나 그 이상의 방지효율을 가진 시설을 들고 있다.

46) 소음·진동관리법 제39조 제2항, 동법 시행령 제9조 제2항 및 시행규칙 제49조는 공항주변 인근지역과 기타 지역의 구분을 항공법시행규칙 제271조에 의하도록 규정하고 있으나, 동규정은 2010년 9월 20일에 삭제되었다.

(8) 토지이용의 선후관계

가해자와 피해자 가운데 어느 토지가 먼저 이용되었는지도 고려대상이다. 가령 이미 개통된 고속도로 주변에 위치한 주택으로 이사를 가는 사람은 주거지역에 거주하는 사람에 비하여 소음에 보다 많이 노출될 것이 예견되기 때문에 침해의 중대성을 판단하는 데 이 요소가 고려될 수 있다.

3. 양자의 검토

이상에서 문헌에서 제217조에 따른 위법성 판단기준으로 제시되고 있는 3가지의 척도에 따른 판단기준과 판례에 실시된 수인한도의 고려요소에 대하여 살펴보았는데, 양자는 상당히 많은 공통점을 지니고 있다. 가령 수인한도의 판단기준으로 제시된 ‘피해의 성질 및 정도, 가해행위의 태양, 공법상 기준치(공법적 규제)’는 ‘침해의 중대성’에서, ‘방지조치 또는 손해회피의 가능성’은 ‘회피가능성’에서, ‘공법적 규제 및 인·허가관계, 지역성, 토지이용의 선후관계’는 ‘지역통상성’에서 다른 내용들과 대동소이하다. 다만 ‘피해이익의 공공성과 사회적 가치’와 ‘가해행위의 공공성과 사회적 가치’는, 이를 공익 내지는 공공성의 침해 정도가 문제되는 것으로 이해한다면 ‘중대성’에, 공공성 자체를 수인한도로 설정하는 것으로 이해한다면 별도의 항목에 포섭될 수 있다.

<위법성 판단기준의 비교>

제217조에 따른 인용의무의 판단기준	수인한도론에 따른 수인한도의 판단기준
침해의 중대성	피해의 성질 및 정도
	가해행위의 태양
	공법상 기준치(공법적 규제)
	(가해행위·피해이익의 공공성과 사회적 가치)
지역통상성	공법적 규제 및 인·허가관계
	지역성
	토지이용의 선후관계
회피가능성	방지조치 또는 손해회피의 가능성
-	(가해행위·피해이익의 공공성과 사회적 가치)

위의 표에 잘 나타나 있듯이 제217조에 따른 인용의무는 일반규정의 형식으로, 즉 3가지의 척도를 제시하고 개별사례에서 해석을 통하여 이 척도의 충족여부를 판단하도록 되어 있으나, 수인한도론에 따른 판단기준은 각론의 형식으로, 즉 개별사례에서 적용되는 기준들을 나열하는 방식으로 되어 있다. 그 결과 규율방식 내지는 적용방식의 차이는 있으나, 내용면에서 볼 때 수인한도론에서 제시하고 있는 수인한도의 판단기준은 제217조의 위법성 판단기준에 거의 포섭되는바, 후자가 인용의무의 상위 개념, 전자가 하위개념이라고 볼 수 있다.

이러한 검토에 비추어 볼 때 수인한도론은 임미시온에 대한 위법성 판단 기준(제217조, 독일민법 제906조)을 두고 있지 아니한 입법적 흠결을 보완하기 위하여 제시된 이론임이 보다 분명해진다. 이 수인한도론의 모델이 되었던 프랑스판례의 권리남용론에서도 임미시온으로 이웃이 인용해야 하는 한도를 초과하는 생활방해 내지 손해를 야기할 때에는 토지소유권을 남용한 것으로 보고 개별사례별로 인용기준이 제시되고 있는데, 이와 같이 인용한도가 있음을 전제로 하고 개별적인 인용기준들을 열거하는 방식은 결국 독일민법 제906조와 같은 규정이 없어서 규범적인 인용기준에 따라 권리남용 여부를 판단할 수 없는 데 따른 불가피한 결과였다고 판단된다. 그리고 보면 독일민법 제906조를 모델로 민법에 인용의무 내지는 수인한도의 기준이 이미 마련되어 있는 우리의 경우에는 제217조에 따라서 임미시온의 위법성을 판단하면 되고, 수인한도론을 원용할 필요는 없다고 하겠다.

#### IV. 판단기준 상호간의 관계

제217조와 수인한도론에서는 다양한 판단기준들이 제시되고 있기 때문에 그 기준들이 모두 동등한 가치를 가지는 것인지, 아니면 이들 상호간에 우열 내지 적용의 우선순위가 있는지에 대하여도 상론할 필요가 있다. 이와 관련해서는 고속도로나 비행장이 개설된 후 그 인근에 아파트 등 공동주택이 건축되고 사람들이 거주하게 된 경우에, 시설(도로·비행장)의 공공성을 수인한도의 중요한 고려요소로 보아 이러한 시설에서 배출된 소음에 대한 민사책임을 부정할 수 있는지도 함께 검토되어야 한다.

## 1. 판단기준 상호간의 관계

### (1) 제217조에 따른 판단기준 상호간의 관계

제217조에 따른 인용의무의 기준인 중대성, 지역통상성, 회피가능성은 동등한 가치를 가지는 판단기준이다. 다만 중대성→지역통상성→회피가능성의 순서로 적용되기 때문에 침해의 중대성이 인정되어야 비로소 그 다음 단계로 넘어갈 수 있는바, 중대성·경미성이라는 척도는 일종의 컷오프(cutoff)로서의 역할을 한다.

우선 제1단계에서는 임미시온에 의한 생활방해의 ‘정도’가 중대한지의 여부를 검토한다. 만일 방해의 정도가 경미하다면 피방해자는 -기타의 판단기준을 고려할 필요 없이- 이를 인용해야 하지만, 그 정도가 중대하다면 지역통상성·회피가능성 여부를 추가적으로 검토하여 인용여부가 결정 된다. 이 때 공법상 배출허용기준이 중요한 역할을 할 수 있는데, 가령 기준치를 초과하는 임미시온이 발생했다면 이로 인한 생활방해는 중대하다고 볼 수 있다.

침해의 중대성이 인정되면 이제 제2단계로 당해 지역에서 그 정도의 임미시온이 통상적인지의 여부를 판단하게 된다. 매연, 소음 등이 비통상적이라면 -회피가능성을 검토할 필요 없이- 피방해자에게 인용의무가 인정되지 아니하나, 통상적이라면 회피가능성도 함께 고려한 후에야 비로소 수인 여부가 결정된다. 그리고 보면 이 지역통상성이라는 척도는 중대한 침해임에도 불구하고 수인해야만 하는 기준을 제시하는 것이어서, 임미시온에 대한 인용의무를 ‘확장’하는 역할을 한다고 볼 수 있다.

<제217조에 따른 판단기준의 적용순서>

제1단계	제2단계	제3단계	인용의무
침해의 중대성	지역의 통상성	침해의 회피가능성	
경미성			0
중대성	X		X
	0	0	X
	0	X	0

중대성과 지역통상성이 모두 인정된다면 제3단계로 경제적·기술적으로 기대가능한 조치를 취한다면 임미시온 및 이로 인한 생활방해의 정도를 저감시킬 수 있는가를

검토하게 된다. 피방해자가 인용의무를 부담하는 것은 이러한 조치를 취한다 해도 임미시온이 발생하는 것을 회피할 수 없는 경우로 한정된다. 이와 같이 회피가능성이 라는 척도는 독립적인 의미를 가지는 것은 아니고, 지역통상성과 연동하여 보다 '엄격하게' 임미시온의 허용한도를 설정하는 기능을 한다.

## (2) 수인한도론에 따른 판단요소 상호간의 관계

수인한도론에서는 피해의 성질 및 정도 등 '모든 사정을 종합적으로 고려하여' 수인한도를 판단하므로, 사안에 따라서 고려되는 요소들이 상이할 수는 있으나, 이러한 요소들 사이에 경중이 있는 것으로 보이지는 아니한다. 나아가 수인한도론은 가해자와 피해자의 이익 형량을 근간으로 하므로, 수인한도의 여러 판단요소들을 비교·교량해야 비로소 종합적 판단을 내릴 수 있게 된다. 따라서 모든 요소들을 동일한 정도로 고려할 수는 없다 하더라도, 가령 시설의 공공성과 토지이용의 선후관계를 수인한도 판단의 '중요한 고려요소'로 보아 이 두 기준의 충족여부만으로 임미시온의 위법성을 판단할 수는 없다고 하겠다. 더욱이 위법성은 '객관적 구성요건'에 해당하는데, 법관에게 특정요소에 비중을 두고 위법성 여부를 판단하도록 한다면, 위법성 여부가 법관의 주관적 판단에 좌우될 위험이 있어 부당하다.

## 2. 시설의 공공성을 이유로 한 민사책임의 부정 여부

공공성을 이유로 민사책임(방해배제책임과 손해배상책임)을 '부정'할 수 있는지의 여부는 인용의무 내지는 수인한도에 한정된 문제가 아니라 민법이 어떠한 기본원리에 기초하는가와 맞물려 있는 주제여서 그 판단에 신중을 요한다. 종래 문헌에서는, 19세기 근대민법은 사유재산권 존중의 원칙, 사적자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 근간으로 하였지만, 현대민법은 자유인격의 원칙과 공공복리의 원칙을 최고원리로, 신의성실, 거래안전 등을 실천원리로 삼고 있으며, 근대민법의 3대 원칙은 이러한 실천원리의 제약을 받는 것으로 해석하여왔다.<sup>47)</sup> 이에 비하여 최근에는 근대민법과 현대민법

47) 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2013, 33-42면; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2004, 22-33면; 박윤직, 민법총칙, 박영사, 2003, 30-38면; 박윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 37-46면; 김상용, 민법총칙, 법문사, 2005, 77-84면; 오시영, 민법총칙, 학현사, 2008, 50-55면; 정기용, 민법총칙,

의 구별을 부정하고, 사적자치(이로부터 도출되는 계약자유의 원칙, 소유권존중의 원칙, 과실책임의 원칙)를 민법의 최고원리로 삼되, 현실적인 제약 때문에 사회적 형평의 이념과 신뢰보호원칙에 의하여 사적자치가 제한을 받는다는 견해가 부각되고 있다.<sup>48)</sup>

어떠한 견해에 의하든 21세기에도 사적자치가 민법 전체를 관통하는 원칙임은 분명하나, 어느 견해를 취하느냐에 따라 공공복리를 위하여 사적자치가 제한을 받는 정도가 상이하게 된다. 아직 이 논점에 대하여 명시적으로 언급하는 문헌은 없지만, 전통적인 견해에서처럼 공공복리를 민법의 최고원리로 삼는다면 고속도로, 비행장 등이 가지는 공공성을 근거로 방해배제책임이나 손해배상책임을 부정할 수도 있을 것이다. 이에 비하여 후자에 따르면 공공성을 별도로 고려하지 아니하거나 공공성을 독립적인 인용의무(수인한도)의 기준으로 본다 하더라도 -금전적 보상 없이- 민사책임을 부정하지는 아니할 것으로 보인다.

주지하는 바와 같이 임미시온을 이유로 한 민사책임은 소유권 등 절대권침해를 대상으로 하는 경우가 대부분인데, 소유권은 공공복리를 이유로 제한받을 수 있는 권리이고, 헌법 제23조 제1항에 근거하여 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 등에서 토지소유권에 대한 제한규정을 두고 있기도 하다. 따라서 시설의 공공성을 이유로 민사책임을 부정하려면 원칙적으로 -독일의 연방임미시온보호법 제14조<sup>49)</sup>, 항공교통법 제11조<sup>50)</sup>와 같이- 인·허가, 계획확정절차 등을 거쳐서 설립·운영되는 시설에 대한 사법상 방해배제청구를 금지하는 명문규정을 두어야 한다. 아울러 -금전적 배상을 하지 아니하고- 인용의무를 부과하는 것은 비례의 원칙에 반하므로, 제217조에서

법문사, 2013, 32-36면.

48) 김대정, 민법총칙, 도서출판 fides, 2012, 65-81면; 김준호, 민법총칙, 법문사, 2013, 24-28면; 김중환·김학동, 민법총칙, 박영사, 2006, 29-38면; 백태승, 민법총칙, 법문사, 2009, 42-50면; 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 12-20면; 이은영, 리갈마인드 민법총칙, 박영사, 2009, 32-39면; 지원립, 앞의 책, 2015, 18-24면; 홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2010, 28-30면. 그밖에 근대민법의 3대 원칙 외에 -이 원칙을 내부적으로 제약하는 원리로- 사회적 조정의 원칙(신의칙, 권리남용 금지의 원칙, 사회질서 등)을 두고 있다고 보는 견해도 있다: 송덕수, 앞의 책, 21-22면.

49) “제14조 [사법상 방어청구권의 배제] 어떤 토지로부터 이웃토지에 미치는 유해한 생활방해에 대한 사법상 방어청구권에 기하여서는, 그것이 특별한 권원에 근거하지 아니하는 한, 인가가 확정된 시설의 영업정지를 청구할 수는 없고, 단지 유해한 영향을 배제하는 예방조치만을 청구할 수 있다. 그러한 예방조치가 기술의 수준에 비추어 불 때 실현될 수 없거나 경제적으로 기대될 수 없는 경우에는, 단지 손해배상만을 청구할 수 있다.”

50) “연방임미시온보호법 제14조의 규정은 비행장에 준용한다.”

법정하고 있는 허용성의 범위를 초과한 위법한 임미시온임에도 불구하고 시설의 공공성을 위하여 민사책임이 부정된다면, 이러한 희생에 대한 대가로 손해배상이 인정되어야만 한다. 우리의 경우에는 이러한 특별규정이 마련되어 있지 아니하기 때문에 공공성이라는 개념을 도입하여 고속도로소음, 비행장소음 등에 대한 수인한도를 높임으로써 이러한 시설의 존립을 보호하고자 한다. 그러나 법적 안정성을 고려한다면 공공시설소음이 문제가 될 때마다 법관에게 -비판의 소지가 있는- 공공성을 기준으로 수인한도를 판단하게 할 것이 아니라, 고속국도법, 항공교통법 등에 손해배상에 대한 명문규정을 두는 것이 바람직하다. 특히 이러한 규정은 공공시설인지, 사적시설인지를 불문하고 당해 법률에 따라 인·허가 등을 받은 시설의 존립을 보호하는 것을 목적으로 하는바, 공장 등 사적시설도 공적시설과 동일하게 그 존립이 보호된다.

이러한 명문규정이 없는 상태에서 시설의 공공성을 이유로 민사책임을 부정하는 것은 민법의 기본이념, 특히 소유권존중의 원칙에 반한다. 따라서 현행법 하에서는 가해시설이 공공시설인지 사적시설인지를 불문하고 임미시온 전반에 대하여 적용되는 제217조의 판단기준에 따라 즉 시설의 공공성을 별도로 고려하지 아니하고- 임미시온의 위법성을 판단하는 것이 바람직하다. 더욱이 공법상 배출허용기준이 설정되어 있는 경우에는 공법규정 및 인·허가 과정에서 기준치 준수 의무가 부과되는데, 이러한 기준치를 설정할 때 이미 공공성 내지 공익이 반영되기 때문에, 인용 의무(수인한도)의 기준으로 공공성을 별도로 제시할 필요는 적어 보인다. 예컨대 독일의 경우에는 「항공기소음에 대한 보호를 위한 법률」<sup>51)</sup>에 비행장 주변에서 건축이용을 제한하기 위하여 소음보호지역 및 보호구역이 확정되어 있고, -시설의 공공성과 특수성(야간비행, 저공비행 등)을 고려하여- 민간비행장에 비하여 군용비행장의 소음도가 보다 높게 설정되어 있다. 이와 같이 법률, 법규명령 등에 -시설의 공공성이 반영된- 기준치가 설정되어 있는 경우에는, 법관이 동일한 기준에 따라 소음의 위법성 여부를 판단하게 되어 법적 안정성이 확보된다. 이에 비하여 우리의 경우에는 현행법상 군용비행장에 대한 소음기준치가 설정되어 있지 아니하므로 평택미군비행장사건<sup>52)</sup>에서는 80WECPNL을, 대구군비행장사건<sup>53)</sup>에서는 85WECPNL을 기준으로 삼는 등 상이한 기준치가

51) 이 법에 따른 보호구역별 소음기준치에 대하여는 안경희, 독일법상 항공기소음으로 인한 손실보상청구, 법조, 제637호, 2009, 30-39면 참조.

52) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다10928, 10935, 10942, 10959 판결(미간행).

적용되고 있다. 이처럼 수인한도의 판단기준으로 공공성을 고려할 것인지의 여부, 고려한다면 가령 공공성(민간비행장), 고도의 공공성(군용비행장) 등 공공성의 질의 차이를 둘 것인지 등에 대하여 법관의 판단에 의존하는 체계는 재고할 필요가 있다.

나아가 법관이 군용비행장의 공공성 내지는 고도의 공공성을 반영하여 민간비행장에 비하여 가중된 소음치를 적용하더라도 -공공복리로 말미암아 사적자치가 제한을 받기는 하지만 그 제한의 정도는 최소한에 그쳐야 하는바- 지나치게 높은 소음도가 수인한도의 기준이 되어서는 아니 된다. 만일 군용비행장 인근 주민들이 증대한 소음에 노출되어 있음에도 불구하고 가중된 소음치로 말미암아 그 소음을 수인해야만 한다면, 이는 곧 공익을 위하여 사익이 희생하는 결과가 되므로, 이러한 특별한 희생에 대한 대가로 ‘보상’이 이루어져야 한다.

우리 민법에는 조정적 보상책임에 관한 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 독일에서도 이러한 규정이 없는 상태에서 판례를 통하여 ‘이웃 간의 공동체관계’를 근거로 상당한 보상책임을 인정하였고 이러한 판례의 입장이 1959년 독일민법 개정시에 명문화되었다는 점에 비추어 볼 때<sup>54)</sup> 현행 민법 하에서도 해석을 통하여 이러한 책임을 인정할 수 있다고 하겠다. 다만 이 보상책임의 근거는 -제3제국의 국가사회주의적인 권리형성을 뒷받침했던 핵심개념들 가운데 하나였던- ‘이웃 간의 공동체관계’가 아니라<sup>55)</sup>, 제2조 제1항 신의성실의 원칙에서 찾아야 한다.

53) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다74560 판결(법원공보 2011년(상), 4면); 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다13569 판결(미간행).

54) 조정적 보상책임의 연혁, 내용 등에 대하여는 안경희, 앞의 논문, 158면 이하; 안경희, 앞의 책, 58면 이하 참조.

55) 조정적 보상책임을 인정한 leadingcase인 제국법원의 제2차 *Gutehoffnungshütte*판결(RGZ 154, 161)에서는 이웃간의 공동체관계의 존재와 그로부터 유래하는 토지소유자들간의 상호배려의무를 기초로 이 책임이 인정되었다. 그런데 이웃공동체관계의 기초를 형성하였던 인민연대 내지 인민공동체의 사고가 제3제국의 국가사회주의적인 권리형성을 뒷받침했던 핵심개념들 가운데 하나여서, 제국법원이 인민공동체라는 국가사회주의적인 이데올로기를 기초로 이웃들간의 공동체관계를 도출해냈다고 보는 견해들도 있다(Kübler, Fridrich Karl, *Eigentum verpflichtet -eine zivilrechtliche Generalklausel?*“, *AcP* 159(1960/61), S. 236, 288; Süß, Philipp, *Die verschuldensunabhängige Haftung analog § 906 Absatz 2 Satz 2 BGB*, Frankfurt/M, 1998, S. 124). 이러한 비판을 의식하여 제2차 *Gutehoffnungshütte*판결 이후에 제국법원은 제242조(신의성실의 원칙)에서 이웃간의 공동체관계를 추론해 내었고(RGZ 167, 14, 24) 연방법원도 이를 물권법에 있어서 신의칙의 표현으로 파악하고 있다(BGHZ 28, 110, 114; BGHZ 58, 149, 158 f.; BGHZ 68, 350, 353; BGHZ 88, 344, 351; BGHZ 101, 290, 293).

## V. 맺음말

1. 임미시온으로 인한 생활방해와 불법행위의 위법성 판단에 일반적으로 적용되고 있는 수인한도론은 일본학계의 법리가 우리나라에 수용된 것이다. 일본의 경우에는 법체계상 프랑스법과 마찬가지로 임미시온의 문제를 불법행위법적으로 접근하고, 임미시온의 위법성 판단기준에 대한 명문규정을 두고 있지 아니한 상태에서 피해자의 권리구제를 위하여 -프랑스판례를 통하여 형성된 권리남용론을 모델로- 수인한도론을 고안해 냈기 때문에, 법체계나 구체적 타당성의 면에서 납득할 만한 요소들을 갖추고 있다. 그러나 우리의 경우에는 독일민법과 같이 임미시온의 문제를 상린관계로 다루고 있을 뿐만 아니라 -독일민법 제906조를 모델로- 제217조에서 임미시온의 위법성에 대한 판단기준을 법정하고 있는바, 임미시온으로 인한 생활방해와 불법행위의 위법성은 모두 제217조를 기준으로 판단되어야 한다.

2. 수인한도론에서 제시되고 있는 수인한도의 판단기준들은 거의 제217조에 따른 인용의무의 판단기준에 포섭되기 때문에 이 두 기준은 내용면에서 볼 때 대동소이하다. 그렇지만 수인한도론에서는 피해의 성질, 시설의 공공성 등 모든 판단요소들을 비교·교량하여 수인한도를 정하게 되므로 어떠한 요소를 어느 범위에서 고려할 것인가는 법관의 판단에 일임되어 있으나, 제217조에 따르면 침해의 중대성, 지역통상성, 회피가능성의 순서에 따라 단계적으로 위법성을 검토하게 된다. 따라서 기준의 적용면에서 본다면 수인한도론에 비하여 제217조가 보다 체계적인 메커니즘을 제시한다고 볼 수 있다.

3. 제217조에 대하여는 입법자료(입법이유서, 회의록 등)가 거의 없어서 이 규정을 도입한 입법자의 의도를 파악하기가 용이하지 아니하므로, 동규정의 모델이 된 독일민법 제906조의 제정·개정과정에 비추어 제217조의 의미를 해석할 수밖에 없다. 독일의 경우, 공업화가 진행되고 사회간접자본을 확충해야 하는 경제개발의 초기단계에서는 -이러한 사회 변화에 탄력적으로 대응하는 척도인- 지역통상성이 중요한 역할을 담당하였다. 실제로 1900년대 초기의 독일판례들을 보면 도로, 철도, 공장 등으로부터 경미하지 아니한 소음이 배출된 경우에도 그 정도의 소음은 지역통상적이라고 보아 피방해자들에게 인용의무를 인정한 사례들이 적지 아니하였다. 이러한 판결에 힘입어 그 당시 산업혁명의 후발주자였던 독일의 산업 내지 사회간접자본이 간접적으로 보호

를 받았는데, 이는 개인의 희생 하에 산업의 발전을 도모하고자 했던 당시의 시대상이 반영된 결과라고 할 수 있다.<sup>56)</sup> 그런데 1900년대 중반으로 접어들면서 산업지역을 중심으로 공기오염이 증가함에 따라 이로 인한 건강침해가 우려되었는바, 경제적·기술적으로 가능한 범위에서 보다 강력하게 임미시온을 저감시켜야 한다는 취지에서 회피가능성이 인용의무의 새로운 척도로 부가되었다. 이와 같이 증대하고 지역통상적인 임미시온이라 하더라도 현재의 기술수준에 따라 저감될 수 있는 것이라면 인용할 필요가 없다는 것은, 산업발전(공익)보다는 개인의 건강(사익)이 우선시되어야 한다는 인식을 바탕으로 한다.

우리의 경우에도 독일과 마찬가지로 이러한 인식의 전환이 이루어졌다고 본다면, 21세기에 시설의 공공성 내지 공익을 이유로 인용의무를 부과하는 것은 다소 무리라고 할 수 있다. 따라서 임미시온을 배출하는 시설이 공적 시설인지 사적 시설인지를 불문하고 임미시온의 위법성은 원칙적으로 제217조의 기준에 따라서 평가되어야 한다. 다만 입법론으로는 인·허가 등을 거쳐서 설립·운영되는 ‘시설의 존립’을 보호하기 위하여 개별법률, 가령 고속국도법, 항공교통법 등에 -독일의 항공교통법 제11조, 연방임미시온보호법 제14조에 상응하는- 특별규정을 두는 것이 바람직하다고 하겠다.

논문투고일 : 2015. 7. 15.    심사일 : 2015. 8. 17.    게재확정일 : 2015. 8. 28.

<sup>56)</sup> 입법과정에서 독일어업연맹과 포젠지방 농업연맹에서 지역통상성의 도입과 관련하여 진정서를 제출한 것이 있는데, 이 척도를 도입하게 되면 산업시설로부터 유해한 임미시온을 배출하는 사례가 증가하게 될 것이고, 그렇게 되면 결국 농업과 어업이 피해를 입게 될 것이라는 점을 주요내용으로 하였다(*Denkschrift*, S. 126). 농·어민들이 우려했던 바와 같이 그 후 농경지로 사용되던 토지들이 산업시설로부터 발생하는 생활방해에 직면하게 되었고, 이는 농·어업의 존립 위기로 이어질 만큼 심각한 것이었다.

## 참고문헌

- 강태성, 『민법총칙』, 대명출판사, 2013.
- 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 2004.
- 곽윤직(편집대표), 『민법주해(V)』, 박영사, 1992(인용: 민법주해(V)/집필자).
- 곽윤직, 『물권법』 제7판, 박영사, 2003.
- 곽윤직, 『물권법』, 재전정판, 박영사, 1986.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2003.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2010.
- 곽윤직, 『채권총론』, 박영사, 2003.
- 곽윤직·김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2012.
- 구연창, “환경오염의 사법적 구제 재조명”, 『환경법연구』, 제11권, 1989.
- 권용우, 『물권법』, 법문사, 2001.
- 김대정, 『민법총칙』, 도서출판 fides, 2012.
- 김상용, 『물권법』, 법문사, 2001.
- 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 2005.
- 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2009.
- 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2011.
- 김재형, “소유권과 환경보호”, 『한국민법이론의 발전(I)』, 박영사, 1999.
- 김준호, 『민법총칙』, 법문사, 2013.
- 김증한·김학동, 『물권법』, 박영사, 1997.
- 김증한·김학동, 『민법총칙』, 박영사, 2006.
- 김증한·김학동, 『채권각론』, 박영사, 2006.
- 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』, 신조사, 2010.
- 백태승, 『민법총칙』, 법문사, 2009.
- 서광민, “물권적 청구권에 관한 일고찰 -물권적 청구권의 내용에 관한 논의의 매듭을 위하여-”, 『민사법학』, 제17호, 1999.
- 손윤하, 『환경침해와 민사소송』, 청림출판, 2005.
- 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2015.

- 안경희, “공법상 배출허용기준의 사법상 의미”, 「비교사법」, 제11권 제4호, 2004.
- 안경희, “독일법상 항공기소음으로 인한 손실보상청구”, 「법조」, 제637호, 2009.
- 안경희, 『비행장 소음 피해에 대한 배상책임 관련 연구』, 법무부, 2014.
- 양형우, 『민법의 세계』, 진원사, 2009.
- 오시영, 『민법총칙』, 학현사, 2008.
- 윤진수, “환경권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용 여부”, 「관례월보」, 제315호, 1996. 12.
- 이강원, “공해배상소송에서의 수인한도론과 공용관련하자”, 「민사재판의 제문제」, 제13권, 2004.
- 이경춘, “소음과 환경소송”, 「재판자료」, 제95집, 2002.
- 이동아, “환경소송에 있어서 입증책임완화에 관한 연구”, 「법조」, 제563호, 2003. 8.
- 이상태, 『물권법』, 법원사, 2007.
- 이영준, 『물권법』, 박영사, 1999.
- 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2007.
- 이용우, “공해의 위법성 -공해소송에서의 이익형량-”, 「사법논집」, 제10집, 1979.
- 이용우, “수인한도론 소고”, 「법조」, 제27권 제10호, 1978. 10.
- 이은영, 『리갈마인드 민법총칙』, 박영사, 2009.
- 이은영, 『물권법』, 박영사, 2002.
- 이은영, 『채권각론』 제5판, 박영사, 2007.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2005.
- 전경운, “민법 제217조의 의미와 개정방향에 대한 소고”, 「비교사법」, 제7권 제1호, 2000. 6.
- 전경운, “환경침해피해의 사법상 구제법리”, 「환경법연구」, 제25권 제2호, 2003.
- 전창조, “공해와 과실·무과실”, 『법과 공해-오늘과 내일-』, 한국법학교수회, 1974.
- 정권섭, “공해와 위법성”, 『법과 공해-오늘과 내일-』, 한국법학교수회, 1974.
- 정기웅, 『민법총칙』, 법문사, 2013.
- 정기웅, 『채권총론』, 법문사, 2014.
- 정완, “환경오염피해에 대한 민사책임”, 「환경법연구」, 제25권 제2호, 2003.
- 조홍식, “상린관계의 법정책·항공기소음을 글감으로 하여.”, 「서울대학교 법학」, 제50

권 제3호, 2009. 9.

지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2015.

홍성재, 『민법총칙』, 대영문화사, 2010.

홍천룡, “환경오염 피해의 구제-손해배상청구와 유지청구”, 『환경법연구』, 제14권, 1992.

Bassenge, Peter(Bearbeiter), *Palandt Bürgerlichen Gesetzbuch*, 73. Aufl., München 2014 (인용: Palandt/집필자).

Baur, Jürgen Fritz/Stürner, Rolf, *Sachenrecht*, 17 Aufl., München, 1999 (인용: *Sachenrecht*).

Brem, Wolfgang/Berger, Christian, *Sachenrecht*, Tübingen, 2000 (인용: *Sachenrecht*).

Brüggeheimer, Gert, *Deliktsrecht*, Baden-Baden, 1986.

*Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen*, Berlin, 1896 (인용: *Denkschrift*).

Deutsch, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., Köln, 1996 (인용: *Haftungsrecht*).

Esser, Josef/Schmidt, Eike, *Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, Band I/1, 8. Aufl., Heidelberg, 1995 (인용: *Schuldrecht I/1*).

Ferid, Murad/Sonndnberger, Hans Jürgen, *Das Französische Zivilrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, 1986.

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, *Schuldrecht*, 10. Aufl., Berlin, 2006 (인용: *Schuldrecht*).

Gursky, Karl-Heinz(Redaktor), J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Drittes Buch. Sachenrecht §§ 903-924, 13. Aufl, Berlin, 1996 (인용: Staudinger/집필자).

Habersack, Mathias(Redakteur), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5 Schuldrecht · Besonderer Teil III §§ 705-853, 5. Aufl., München 2009 (인용: MünchKomm/집필자).

- Hadeyer, Christian, *Viel Lärm um den Fluglärm. Eine Analyse der europa- und völkerrechtlichen Bestimmungen zur Eindämmung des Fluglärms*, Saabrücken, 2008 (인용: *Fluglärm*).
- Horn, Norbert(Redaktor), J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825, 13. Aufl, Berlin, 1999 (인용: Staudinger/집필자).
- Horn, Norbert(Redaktor), J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse §§ 839, 839a, Neubearbeitung 2007, Berlin, 2007 (인용: Staudinger/집필자).
- Jauernig, Othmar(Hrsg.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 12. Aufl., 2007, München (인용: Jauernig/집필자).
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard, *Deliktsrecht*, 9. Aufl., München, 2001 (인용: *Deliktsrecht*).
- Küchler, Kurt, *Psychische Einwirkung im Nachbarrecht des BGB*, Dissertation Uni. Tübingen, 1973 (인용: *Einwirkung*).
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., München, 1994 (인용: *Schuldrecht II/2*).
- Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, 19. Aufl., München, 2002 (인용: *Bürgerliches Recht*).
- Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts- und Bundesgerichtshofes*, Band III 1. Teil (§§ 854-1011), 12. Aufl., Berlin/New York, 1979 (인용: RGRK/Bearbeiter).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band III. Sachenrecht, Berlin/Leipzig, 1888 (인용: *Motive III*).
- Mühl, Otto(Redakteur), *Soergel Kommentar. Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzbuch und Nebengesetzen*, Band 6 Sachenrecht (§§

- 854-1296), WEG, ErbbauG, SchiffsG, 12. Aufl, Stuttgart/Berlin/Köln, 1989 (인용: Soergel/집필자).
- Rinne, Manfred Eberhard(Redakteur), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6 Sachenrecht §§ 854-1296, 4. Aufl., München 2004 (인용: MünchKomm/집필자).
- Pfeiffer, Thomas, *Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsschutzes*, Dissertation Mainz 1987 (인용: *Bedeutung*).
- Picker, Eduard, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn, 1972.
- Schwab, Karl-Heinz/Prütting, Hanns, *Sachenrecht*, 28. Aufl., München, 1999 (인용: *Sachenrecht*).
- Süss, Philipp, *Die verschuldensunabhängige Haftung analog § 906 Absatz 2 Satz 2 BGB*, Frankfurt/M, 1998.
- Vieweg, Klaus/Werner, Almuth, *Sachenrecht*, Köln, 2003 (인용: *Sachenrecht*).
- Westermann, Harm Peter(Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommertar, 2. Band, 10. Aufl., Münster 2000 (인용: Erman/집필자).
- Westermann, Harm Peter(Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommertar, 1. Band, 12. Aufl., Münster 2008 (인용: Erman/집필자).
- Westermann, Harm Peter(Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommertar, 2. Band, 12. Aufl., Münster 2008 (인용: Erman/집필자).
- Wieling, Hans Josef, *Sachenrecht*, 4. Aufl., Berlin, 2001 (인용: *Sachenrecht*).
- Wolf, Manfred, *Sachenrecht*, 17. Aufl., München 2001 (인용: *Sachenrecht*).
- von Caemmerer, Ernst, “Wandlungen des Deliktsrechts”, in: *FS zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, 49..
- Fritz, Klaus, “Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von § 906 I BGB”, *NJW* 1996, 573.
- Habscheid, Walther J., “Nachbarrecht und Verkehrsfortschritt”, *MDR* 1954, 260.

- Hager, Günter, Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts”, *NJW* 1986, 1961.
- Kregel, Volker, “Änderung von § 906 BGB im Rahmen des Sachenrechtsänderungsgesetzes”, *NJW* 1996, 2599.
- Kübler, Fridrich Karl, “Eigentum verpflichtet -eine zivilrechtliche Generalklausel?“, *AcP* 159(1960/61), 236.
- Lang, Eberhard, “Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsver- gleichender Sicht”, *AcP* 174(1974), 381.
- Mertens, Hans-Joachim, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht,” *VersR* 1980, 397.
- Nipperdey, Hans Carl, “Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht”, *NJW* 1957, 1777.
- Spieß, Pirmin, “Der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB”, *JuS* 1980, 100.
- Stoll, Hans, “Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechts”, *AcP* 162(1963), 203.

[Abstract]

**Criteria for Unlawfulness of Immission**  
- Focusing on Article 217 of Korean Civil Code and Theory of  
Tolerance Limits -

Ahn, Kyung Hee

(Associate Professor, Kookmin University College of Law)

This study reviews criteria for unlawfulness in Immission or nuisance by imponderable substances such as fumes and sound, focusing on theory of tolerance limits formed through Article 217 of Korean Civil Code and judicial precedents.

Due to the nature of Immission, which is passing the boundary and spreading to neighboring land, residents in the region may suffer disturbed sleep and hearing problem because of noise from certain facilities. As to noise propagation, however, it is not possible to prohibit all noises and certain level of noise is permitted; Article 217 and Theory of Tolerance Limits set the acceptable standards. First, Article 217 allows nuisance that is suitable for ordinary purpose of the land. Meanwhile, judicial precedents premise that there is scope for ones in community to accept some damages from one another, and interpret that nuisance or damage over such tolerance limits is unlawful. The theory of tolerance limits is the theory developed from theory of right abuse, which is formed based on French judicial precedent by Japan where treats Immission as unlawful act.

‘Acceptability of ordinary purpose of land,’ which is proposed as criteria for nuisance in Article 217, is indefinite concept; however, documents such as Article 906 of German Civil Code interpret this concept based on three criteria, which are materiality of Interference, customary in the location, possibility of avoidance. On the contrary, judicial precedents taking Theory of Tolerance Limits judge the tolerance limits for Immission, in comprehensive consideration all circumstances including nature and level of damage, publicness and social value of damaged profits, form of harmful act, publicness and social value of

harmful act, possibility of preventive measure or harm avoidance, regulation and incensing of public law, regional characteristics, order of land usage, etc.

In comparison of considerations for tolerance limits suggested by judicial precedents and criteria based on Article 217, similarities were found: ‘nature and level of damage, form of harmful act’ with ‘materiality of interference,’ ‘possibility of preventive measure or harm avoidance’ with ‘possibility of avoidance,’ and ‘regulation and incensing of public law, regional characteristics, order of land usage’ with ‘customary in the location.’ Thus, the criteria by Theory of Tolerance Limits mostly correspond with criteria by Article 217. It is reasonable to consider the theory is proposed to supplement legislative defect in Japan where does not have regulation similar to Article 217. Therefore, in case of Korea where has substantive enactment for acceptable standards Immission, unlawfulness of Immission shall be judged in accordance with Article 217, instead of Theory of Tolerance Limits, regardless of nuisance and unlawful acts.

주 제 어: 임미시온, 위법성, 수인한도론, 방해의 중대성, 지역통상성, 회피가능성, 공공성  
Key Words: Immission(Introduction of Imponderable Substances), Unlawfulness, Theory of Tolerance Limits, Materiality of Interference, Customary in the Location, Possibility of Avoidance, Character of Public Interests