

公害의 私法的 救濟의 方向과

相隣關係法的 構成

金 基 洙*

■ ———— < 차 례 > ———— ■

- I. 公害의 私法的 救濟의 特徵
 - (1) 環境保全法과 私法的 救濟
 - (2) 私法的 救濟 優先原則의 背後
 - (A) 近代의 思想에 의하여
 - (B) 公法的 規制의 脆弱性이 의하여
 - (3) 私法的 救濟의 役割
- II. 公害의 類型과 民法規定
 - (1) 私法的 救濟에서 본 對象類型
 - (A) 廣義의 公害와 狹義의 公害
 - (B) 産業公害·都市公害·權力(政治) 公害
 - (C) 氣相公害·液相公害·地盤公害
 - (D) 單純當事者公害·多數事業者公害·特定不特定當事者公害
 - (E) 私的 公害·公的 公害
 - (2) 우리 民法上의 公害類型
 - (A) 民法 제217조 所定
 - (B) 環境權과 民法適用
 - (3) 公害類型의 展望
- III. 私法的 救濟論의 方向
 - (1) 二元主義의 內容
 - (2) 私法的 救濟論의 方向
 - 相隣法精神의 發見——
 - (A) 二元主義의 結合
 - (B) 立法例와 方向
- IV. 私法的 救濟의 相隣關係法的 構成
 - (1) 相隣關係法과 公害
 - (2) 生活妨害賠償의 法的 構成
 - (3) 相隣關係法理의 展望
 - (A) 임미시은論과 人格權論의 結合
 - (B) 相隣關係法論과 日照·通風妨害
 - (C) 相隣關係法理와 環境權

I. 公害의 私法的 救濟의 特徵

(1) 環境保全法과 私法的 救濟

公害의 私法的 救濟와 公法的 規制는 모두 法律學上 重要한 課題이다. 우리 나라에 있어 公法的 規制의 基本法은 1977年 環境保全法(1977. 12. 31. 法律 제3078호)을 말한다. 그런데 이것으로 公害對策을 一元化한 行政基本法이라고 斷言할 수는 없다.

* 漢陽大學校 法政大學敎授

생각컨대 公害行政法原理의 目標은 公害被害의 防止와 그 救濟를 行政法的의 도모함에 있을 것인데 이와 같은 理論的·實踐的 課題를 期待하기는 곤란하다. 그것은 公害行政的 規則이라기보다 오히려 保健衛生危害의 行政規則에 限定된 점을指摘할 수 있기 때문이다. 1) 뿐만 아니라 公害對象과 그 基準의 非現實性, 環境紛爭에 있어 調停中心主義的 指向方法, 事前措置의 非實效性(環境保全의 紛爭 調停의 機能 제9장, 改善 또는 操業停止命令 등 保社部長官의 強制措置規定은 農水産, 商工部長官 등과 協議事項이 많고 保社社會部令이 定하는 바에 따라 이를 強制措置를 執行할 수 있음) 등 公害行政上의 脆弱點을 나타내고 있다. 그리고 실사 公害行政基本法인 環境保全法을 아무리 完備시킨다 하더라도 「公害」라는 그 概念 自體가 복잡하고 항상 流通하므로 그 法的·技術的 概念을 完立하기는 어려운 것이다. 豫想以外的 物質發展의 現象에 따라 새로운 公害形態의 繼起는 歷史的 繼起性和 經濟的 發展性에 의하여 無限히 流通되고 複雜多元化하여 간다. 그러므로 그 法律的 救濟 역시 統一的으로 考察하기는 매우 어렵게 되었다. 다시 말하면 環境保全法 기타 附屬法만으로 公害救濟가 해결될 수 있는 것이다. 公害概念의 複雜性은 公害의 公法的 救濟와 私法的 救濟 및 市民運動 등 多元的 救濟方法을 요청하고 있다. 우리는 公害를 물리치기 위하여 어떠한 方法도 最善을 다하여야 할 것이다.

公法的 救濟가 公害行政法的 體系로 定立되기는 私法的 救濟보다 약 20年 뒤의 일이다. 1960年 1月 1日 民法施行과 더불어 同法 제217조에서 私法的 公害(Immission)의 概念과 그 實定法的 根據를 確立시켰던 것이다. 다만 被害救濟方法의 理論的 構成에 있어 民法原理의 어느 것을 적용하여야 할 것인가의 문제가 남게 되었다. 物權的 請求權에 基한 소위 留止請求權²⁾과 不法行爲法理에 基한 賠償請求 등의 두 가지 方法을 어떻게 적용하여야 될 것인가의 문제이다. 반면 環境保全法으로서 行政規制法은 公法的 救濟의 理想에서 보면 너무나도 距離가 먼 것이다. 行政規制의 查된 내용은 公害調査權의 確立, 市民公害請求權制, 公害의 行政的 救濟(行政處分取消制 포함)와 保險制, 公害防止技術의 開發 등이어야 한다.³⁾ 이러한

1) 具然昌, 「環境保全法案의 檢討와 批判」 法律新聞 1977. 11. 14.

2) 徐煥珪, 「公害로부터 自由」 法과 公害, 韓國法學教授編, 1974. 1. 21. 徐煥珪 教授는 商法 402조의 用語를 引用하여 公害의 排除·豫防·中止등을 包括하여 留止請求라고 함.

3) 松原治郎, 「公害行政의 課題와 問題點」 ジュリスト No. 458(公害實態對策·特集).

公法規制의 脆弱性은 私法的 救濟보다 未備하다고 하겠다. 私法的 救濟는 原則上 制限이 없는 한 그 傳統的 救濟方法에 의하여 얼마든지 追求할 수 있다는 長點이 있다. 그러나, 私法的 救濟에도 약간의 限界가 있다. 하나는 公害의 「特殊類型」에 의하여 從來의 私法救濟로서 감당할 수 없는 경우이다. 이 경우에는 公法的 規制로써 처리하는 것이 보다 合理的이고 便利하다는 것이다. 또 다른 하나는 私法的 救濟理論에 대한 修正原理로서 公法的 救濟理論이 필요한 경우이다. 從來의 公害受忍限度만으로는 公益을 優先시킬 수 없다는 경우 등이다. 여하튼 오늘날 公私法的 兩者의 救濟의 役割이 併立됨으로써 所期の 公害救濟를 期待할 수 있을 것이다. 그러나, 公法的 規制 그것은 始原的으로 公益에 의한 規制를 基本으로 하고 있으므로 결국 私法的 救濟보다 그 脆弱性은 排除되지 아니한다.

(2) 私法的 救濟 優先原則의 背後

만일 私法的 救濟優先原則을 肯定하는 경우에는 諸公害規制의 基本理論 역시 私法的 救濟理論에 의존하여야 한다. 우리 環境保全法 제60조 Ⅲ항에서 公害賠償에 관하여 「이 법에 의한 것을 제외하고는 民法의 規定에 의한다」라고 규정하고 있는데 救濟라는 것은 결국 私權 내지 私生活에 있기 때문에 私法的 救濟優先論은 당연하다고 본다. 私法的 救濟優先論을 肯定하고 있는 理由는 대체로 다음과 같다.

(A) 近代의 思想에 의하여

法制上 인정하고 있는 公·私法的 理論은 公害問題에도 적용된다. 近代 市民社會는 專制的 絕對權力을 敵對視한 데부터 出發하였기 때문에 契約自由, 私的 自治를 原則으로 하는 社會만을 原則으로 하고 國家權力은 例外的으로 인정하고 있다. 이른바 警察國家觀이 確立된 것이었다. 警察國家觀은 公法 특히 警察法은 自由市民法的 秩序回復에 필요한 手段에 불과한 것으로 보며 同時에 그러한 使命만을 唯一한 것이라고 보았다. 그러므로 法的 處理 역시 個人的 發意에 의한 對等者間的 意思가 支配되는 民事訴訟을 優先原則으로 하고 있었던 것은 당연한 것이었다. 바꾸어 말하면 民主主義法理論의 擴大라는 面目으로 公權力 내지 公法領域을 점차로 縮少하려는

古典의 市民法思想에 의하여 公害問題에 있어서도 私法的 救濟를 第1次로, 그것이 곤란 또는 不可能한 경우 公法立法을 考慮하려는 것이었다. 4)

(B) 公法的 救濟의 脆弱性에 의하여

公害의 公法的 救濟規制는 前述한 것처럼 實質的 公害規制의 內容(公害門, 市民參與權, 公害)을 갖춘 것이어야 한다. 行政은 公共正義의 代理人으로서 公共秩序의 維持와 福利增進에 이바지할 任務를 가진다. 公共正義의 實踐은 人間의 生存權, 즉 生命의 保障과 健康한 生活을 確保시키는 것을 第一의 義務로 하고 있음은 否認할 수 없다. 生命과 健康한 生活은 直結된 意味를 가지므로 生命을 유지하려면 生活環境 내지 生活安定을 保全 造成하여야 한다. 지금은 廢止된 公害防止法(1971年) 第1條의 目的에서 「... 保健衛生上의 危害와 生活環境의 被害를 防止하여 國民保健의 向上과 適正한 生活環境을 造成함을 目的으로 한다」라고 規定한 것은 바로 이러한 意味이다. 요컨대 生活環境(生活安定)의 造成을 目的으로 한다는 것이다. 그와는 반대로 行政의 福利增進의 任務는 經濟發展의 增進을 意味하므로 자연 公害惹起性이 增大되어 生活環境의 保全이라는 課題와 經濟發展의 調和를 기하기 위하여 公害의 公法的 救濟가 탄생되는 것이다. 5) 經濟發展에 의하여 健康한 生活確保와 필요한 環境造成의 경우도 있겠으나 그렇지 못한 경우가 必然的으로 많을 것이다. 보통 健全한 生活環境의 유지와 經濟發展의 關係는 相互矛盾 對立된다. 그러므로 公法的 救濟規制의 內容은 그 調和點을 發見하려 하고 또한 그것을 任務로 하고 있는데 그러한 配慮가 私法보다 優勢하는 限 私法的 救濟에 比하여 항상 脆弱性을 免하지 못한다. 그러므로 우리 經濟의 飛躍的 發展, 즉 1961년의 83 달러에서 76년에는 700 달러로 上昇한 神話의 創造에도 不拘하고 公害의 公法的 救濟規則은 公害防止法(1971. 1. 23. 法 第2305號), 公害防止法 施行令(1971. 8. 14. 大 統 令 第5951號) 등은 그 內容의 不備는 물론 運營조차 하지 못한 채 環境保全法(1977. 12. 31. 法律 第3078號)의 公布로 廢止되었고, 同 環境保全法은 1977年 第4次 經濟開發의 出航과 함께 出發한 것이나 그것을 公害對策의 公法的 救濟規則이라는 側面에서 보면 實質的

4) 河合義和, 「公害法制の展開とその法的課題」上掲ジュリスト.

5) 松原治郎, 「公害行政の課題と問題點」上掲 p. 216.

公害行政救濟의 內容에 適合하지 못하고(전국 오염물질 배출사업장 1만6천1백16개소가 영
(이하)에 1987년 7월 14일 제 78호 조선포보 78.7.14.), 그 危害의 測定基準조차 現
 實과 符合하지 못하며 市民參與權의 길이 전혀 마련되어 있지 아니한 것
 이다. 이와 같은 理由는 公法的 救濟의 脆弱性을 意味하고 公害로 인한 生
 活妨害侵害의 救濟手段은 私法的 救濟에 依存할 수밖에 없는 실정이다.

그리고 실사 公法的 救濟規則이 存在한다 하여도 損害協議가 원만하지
 못하면 最後의 保疊는 역시 私法的 救濟에 의할 수밖에 없다. 특히 우리
 나라 環境保全法은 그 目的 第1條에서 「保健衛生上の 危害防止」라고 指
 摘함으로써 公害防止와 그 理念에 있어 현저한 거리를 나타내고 있는 실
 정이다. 그리고 同 環境保全法상의 公害의 公法的 規制가 반드시 具體的인
 個個權利侵害로서 司法的 請求를 할 수 있다고 斷定할 수 없다. 말하자면
 그러한 衛生環境의 保護規制가 具體的 權利와 判異하기 때문에 公法的 救
 濟의 脆弱性은 더욱 크기 때문에 이러한 점에서도 私法的 救濟의 役割은
 더욱 期待된다.

(3) 私法的 救濟의 役割

지금까지 私法的 救濟가 公法的 救濟보다 優先하고 또한 公害救濟의 基
 本理論은 私人的 生活利益과 衡量됨으로써 私法的 救濟理論이 결국 基本
 理論이 된다는 것을 알았다. 私法的 救濟優先論은 近代法理論(公法은 最少限
 限度에서 所屬한다.)과 公益代辯者로서의 公法自體의 欠缺에 由來된 것이다. 이러한 公
 害行政規制는 私法的 救濟가 도저히 勘當할 수 없는 高度의 技術性과 被害
 의 重大性이 있는 경우 公法規制가 바람직하고 環境保全法은 이러한 점을
 豫期한 立法이다. 반대로 經濟開發과 公害는 分離될 수 없는 것이므로
 公法規制는 스스로 公害와 接近되어 私法的 救濟가 制限되지 않으면 아니
 된다. 前者의 경우는 環境保全 生活安定을 위하여 私法的 救濟의 擴大를, 後
 者의 경우 80年代 重化學工業의 發展과 開發經濟의 育成을 위하여 私法的
 救濟의 縮少·制限을 期하여야 한다. 이처럼 私法的 救濟役割은 彈力的으로
 解釋하는 것이 필요하다는 것이다. 그러기 위하여는 公害에 관한 民法 제
 217조의 「受忍限度」의 指標가 어떻게 정해지는 것인가에 의하여 左右된다.

II. 公害의 類型과 民法規定

(1) 私法的 救濟에서 본 對象類型

公害의 類型은 아주 多樣하지만 環境保全法을 중심하여 民法 제217조 이웃 土地 使用妨害와 이웃 居住者의 生活妨害=公害(Immission)와 比較하여 본다.⁶⁾ 環境保全法의 內容은 대체로 두 가지 特徵을 든다.

첫째는 汚染物質의 범위로서 大氣汚染, 水質汚染, 土壤汚染, 騒音, 振動 또는 惡臭 등 소위 不可量物質(Imponderabilien)에 해당한다는 것이다.

둘째는 그 侵害 정도에 관하여 保健衛生上의 危害와 環境의 適正한 保全이라는 事實에까지 擴大되어 있다. 環境保全에 관한 事項은 相關關係의 내용으로는 散在되어 있음을 注意할 필요가 있다.⁷⁾ 以下 傳統的 區別標準을 중심으로 설명한다.⁸⁾

(A) 廣義의 公害와 狹義의 公害

廣義의 公害는 自然環境과 사람의 日常生活과 密接한 關係가 있는 財産, 動·植物의 生育에 필요한 生活環境등의 兩者는 물론(環境保全法), 大氣汚染(臭, 惡臭, 有害), 水質·土壤汚染, 騒音, 振動 등으로 사람의 생활 침해, 즉 保健衛生上의 危害를 포함한다. 狹義의 公害는 後者에 속하는 것으로(環境保全法), 民法 제217조 類型과 같다. 後者의 特徵은 私法上 公害類型을 중심으로 하고 私法的 內容이 되어 있다.

(B) 産業公害·都市公害·權力(政治)公害

公害의 發生源에 의한 區別이다. 産業公害는 産業의 生産過程에서 생기는 公害(예:自動車, 排氣가스), 都市公害는 國家 또는 地方團體의 開發에 따른 公害(都市 住民의 消費過程에서 생기는 것, 自動車, 排氣가스, 交通 混雜, 쓰레기 汚物, 河川汚染 등)이며 權力公害는 警察, 司法, 行政, 軍事 등 國家權力의 行使로 생기는 公害(예:其他公害)를 의미한다. 産業 都市公害는 國家賠償 내지 企業賠償制度의 발달로 私法的 救濟가 점차로 가능하지만 역시 公益性에 의하여 受忍限度의 擴大 또는 救濟의 制限이 따

6) 環境保全法 제1조.

7) 東孝行, 公害訴訟의理論과實務, 1971, p.169.

8) 東孝行, 上揭書, p.46 以下.

른다. 權力公害(政治公害)는 政治 責任의 문제로 國家의 內政 外交 責任의 문제가 된다. 주로 私法的 救濟는 불가능하다.

(C) 氣相公害·液相公害·地盤公害

公害誘發因子가 波及되는 媒體의 樣相에 따라 區別된다.⁹⁾ 氣相公害는 大氣汚染, 騒音 등을 말하고, 液相公害는 熱氣體·液體 등을, 地盤公害는 地盤의 振動·沈下 등의 事實을 意味하는 것인데, 環境保全法 제 1조의 侵害類型을 말한다. 民法 제 217조 所定の 公害例示 역시 同一한 侵害類型이다. 이 區別은 留止請求(妨害排除請求權)에 있어 妨害事實 損害賠償請求에 있어 因果關係의 立證의 基準이 된다. 특히 公害誘發因子에 관한 因果關係의 立證은 高度의 技術을 요하기 때문에 그러한 因果關係의 立證이 困難한 경우에는 公法的 救濟로서 政策的 配慮가 요구된다.¹⁰⁾

(D) 單純當事者公害·多數事業者公害·特定 不特定 當事者公害

公害의 私法的 救濟適狀은 보통 單純當事者간에 있어 발생한 경우이다. 어느 쪽이든 多數當事者인 경우에는 不法行爲賠償請求·留止請求의 적용에는 難點이 있고,¹¹⁾ 반면 行政的 規制에 적합하다. 그러나, 多數當事者關係의 문제는 共同不法行爲理論 集合임미시온(Summierte Immission)¹²⁾ 理論의 導入으로 私法的 救濟適狀으로 修正시킬 수 있다고 본다. 그리고 留止請求權의 制限에 갈음하여 補償請求의 擴大適用도 이러한 修正理論의 뒷받침이 된다.¹³⁾

公害의 當事者가 不特定인 경우에도 當事者確定이 곤란하다는 理由로서 公法的 規制가 적합하다는 주장을 한다.¹⁴⁾ 그러한 경우에는 公害檢査의 出入權 公害發生源의 調査가 監督官廳에 依賴할 수밖에 없기 때문이다. 不特定한 當事者關係의 公害는 異論 없이 私法的 救濟가 排除된다.

(E) 私的 公害·公的 公害¹⁵⁾

9) 西原道雄, 「公害の種類と態様」 公害對策 I, 有斐閣, 1969, p.5 以下.

10) 上 同.

11) 徐燦珪, 前掲論文, p.23 以下.

12) 東孝行, 「ドイツにおける集合イミッシオン論と我國の公害論」, 司法研修所論集 1970. Kleindienst, Der Privatrechtliche Immissionschutz nach § 906 BGB, 1964, S.56.

13) 上 同.

14) 徐燦珪, 前掲論文, p.23.

15) 伊藤正己, 英米法概論 II, 1960, p.472 以下.

보통 뉴산스를 私의 뉴산스(private nuisance)와 公的 뉴산스(public or common nuisance)로 分類하는 것이 英美法系의 傳統의 方法이다. 私의 뉴산스는 私人에게 影響을 미치는 뉴산스이다. 그런데 公的 뉴산스는 臣民 公衆에 影響을 미치는 뉴산스로서 「國王의 臣民一般에 대한 威害」에 해당된다. 例를 들면, 公的 河川·橋道 등을 妨害 또는 騒音·煤煙·振動 등으로 一般 公衆의 利用 健康을 害하는 것이다. 公的 뉴산스는 英國에 있어 法務長官 (Attorney-General)에 의하여 留止命令이 申請된다. 또한 公的 뉴산스는 輕罪(misdemeanour)로 訴追된다. 이처럼 公法的 救濟를 받게 된다. 私의 뉴산스는 뉴산스 不法行爲訴訟에 의하여 損害를 청구하게 되고, 公的 私的의 뉴산스 區別 標準은 被害者, 被害規模의 程度에 의하여 具體的으로 정할 수밖에 없다. 그러나, 公的 뉴산스 속에 私的 뉴산스가 있을 수 있고 公私의 區別은 民法上 公害와 전혀 關係 없는 실로 애매한 區別로서 不當하다.

(2) 우리 民法上의 公害類型

(A) 民法 제217조 所定

民法은 相隣關係規定(217^조條)의 내용으로 제217조에서 生活妨害의 禁止規定을 두고 있다. 제217조는 1항에서

「土地所有者는 煤煙, 熱氣體, 液體, 音響, 振動 其他 이와 類似한 것으로 이웃 土地의 使用을 妨害하거나 이웃 居住者의 生活에 苦痛을 주지 아니하도록 適當한 措施를 할 義務가 있다.」

하고, 2項에서

「이웃 居住者는 前項의 事態가 이웃 土地의 通常의 用途에 適當한 것인 때에는 이를 認容할 義務가 있다.」

라고 규정한다. 이를 分說하면 다음과 같다.

a) 「일정」한 「임피시온」은 禁止한다. 禁止의 대상이 되는 것은 煤煙·熱氣體·液體·音響·振動 등을 비롯하여 그 밖에는 이와 「類似한 것」으로 먼지·불꽃·蒸氣·재·廣告照明의 反射線 등을 들고 있다.¹⁶⁾ 그것들이 大氣속에서 放散되어 임피시온을 초래하게 하는 것이다.

16) 郭潤直, 物權法 p.281; 金曾漢, 物權法上 p.122; 金容漢, 物權法 269; 金基善, 物權法 p.230; 金顯泰, 物權法 p.207; 張庚鶴, 物權法 p.450.

그리고 「이에 類似한 것」은 多數說¹⁷⁾은 「不可量物」이라고 하고 少數說¹⁸⁾은 「一定한 土地와 土地의 不可回避의 干涉」이라고 한다. ¹⁹⁾ 獨逸에 있어 有體的 侵害(Immissionen)과 不可量物 侵害(Immission von Imponderabilien)으로 區別하고 있다. ²⁰⁾ 우리가 생각하는 것은 「有體物 以外 感知할 수 있는 內容의 媒介에 의하여 傳達되어 이웃 土地의 使用을 干涉하는 全部」²¹⁾를 의미한다.

b) 土地와의 歸屬性이 있어야 한다. 土地使用法에 해당된 것이므로 그 다른 土地의 使用을 干涉하거나 이웃 居住者의 生活에 苦痛을 주는 有害한 것이다.²²⁾ 그 苦痛의 與否는 客觀的으로 平均人이 感知할 수 있으면 가능하다. 이러한 場所의 關係는 相對的이다.

c) 禁止되는 것은 「土地의 通常의 用途에 相當한 程度」를 넘는 경우이다. 즉, 「承認限度」를 넘어야 한다.

d) 다른 土地의 干涉(Einwirkung)은 어떤 土地에서 「적극적」으로 放散되어야 한다. 그러므로 日照通風을 妨礙 기타 장애물로 막는 것은 「소극적」인 것으로 제 217조 所定의 內容이 못된다는 傳統的 立場이 있다.²²⁾

(B) 環境權과 民法適用

環境權은 憲法上 社會的·基本的 人權의 內容으로 承認되고 있다. 즉 「모든 市民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다」라는 憲法 제30조에서 모든 國民이 良好하고 快適한 環境을 享受할 權利가 포함되어 있는 것으로 보고 있다.²³⁾ 環境保全法 第1條(目的)에서 生活權(保健衛生上의 利益)과 環境權으로 大別하고 前者는 民法 제217조 所定의 公害(Immission)와 同一한 內容이다. 後者는 環境權이라는 것인데 民法의 具體的 權利, 主觀的

17) Motive에서 使用된 用語.

金曾漢 上同.

18) 郭潤直, 前揭書 p.281.

19) Westermann, Sachenrechts, 1973, § 63 II 1(b).

20) V § 1, Baur, Sachenrecht, 3 Aufl., 1966, § 25 IV; Lent-Schwab, Sachenrecht, 9 Aufl., 1962 § 26 II 1.

21) Staudinger-Seufert, BGB-Komm., Bd. II 9Aufl., 1960 Bem 6V § 906 BGB.

22) 郭潤直, 前揭書 p.281 同旨. 그러나 環境權의 問題로서는 別個이며 不法行爲의 구성에는 影響을 받지 아니한다고 본다.

金基洙, 「日照權의 侵害와 私의 保護」, 考試研究(연습) 1976, 5, p.146.

23) 鄭萬朝, 「環境權에 관한 考察」, 法曹 27권(1978, 4號) p.35.

權利가 아니고 規範的 意味을 가진다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 私法上 環境權을 인정함에 있어 或者는 모든 人間의 共有財産으로 보고 地域住民의 平等한 共有라고 指摘한다.²⁵⁾ 環境說은 環境의 破壞라는 事實만 있으면 留止請求權과 賠償請求權이 가능하다고 한다. 이것이 環境權說의 長點이요 同時에 短點이기도 하다. 環境侵害에 대한 救濟는 地域住民全體 누구라도 청구가 가능할 것이다. 그런데 이러한 環境權은 私法的 直接效力이라고 하기는 아직 요원한 理論이다. 環境權이 民法上 根據가 되는 것은 아주 적은 分野에 걸쳐서만 규정하고 있는 것을 알 수 있다. 例를 들면 自然排水 受忍權⁽²²¹⁾, 疏通工事權⁽²²²⁾, 豫防工事權⁽²²³⁾, 餘水排水權⁽²²⁶⁾, 流水用工作物 使用權⁽²²⁷⁾, 樹枝木根除去權⁽²⁴⁰⁾, 건축규제⁽²⁴²⁾ 등이다.

그리고 環境權에 의하면 日照 通風權은 私權의 內容이 된다.²⁶⁾ 環境權을 共有財産權이라는 理由에서 私法上 內容으로 보는 見解도 있으나²⁷⁾ 美國學界 역시 否認하는 것이다.²⁸⁾

(3) 公害類型的 展望

우리가 指摘하고 싶은 것은 公害의 類型에 의하여 私法的·公法的 救濟의 區別이 可能할 것인가의 문제이다. 私法的 救濟에서 본 對象類型(Ⅱ(1)에서 說明)은 傳統的 分類方式이나 그 名稱의 如何를 불문하고 무엇을 私法的 保護의 對象으로 정할 것인가의 問題는 立法政策의 課題라고 보겠다. 産業·都市公害 등 類型의 多樣에도 불구하고 國家賠償制度가 確立된 경우에는 私法的 救濟를 擴大할 것이다. 反面 公益優先의 理論이 支配되는 경우에는 私法的 救濟는 制限될 것이다(留止請求만을 금하고 賠償請求는 가능한 경우도 있다). 그러므로 多數當事者의 公害, 私的·公的 nuisance의 區別,²⁹⁾ 環境保全法上의 公害類型 등에 있어 서로 行政規制의 標準에는 적합할 것이나 私法的 保護를 위한 分

24) 韓泰淵, 憲法學, 1974, p.244 以下.

25) 谷口知平, 「環境法と環境權」 民商法雜誌, 78卷, p.360 以下.

26) 東孝行, 前掲書, pp.167~170.

27) *Ibid.*, p.226.

28) 鄭萬朝, 前掲論文, p.41. 「Michigan 環境保護法을 起草한 J.Sax教授는 私權으로서 環境權을 創說하는 것이 아니다」라고 指摘함.

29) 谷口知平, 「環境法と環境權」 前掲 民商法雜誌, pp.354 以上 p.359.

類로는 適合하지 못한다. 확실히 高度의 技術과 地域的 屬性이 전혀 關係 없는 公害는 私法的 救濟의 可能性이 저다는 것 뿐이다. 더우기 「蓋然性」만으로 因果關係論³⁰⁾이 轉換되고 共同不法行爲論, 集合입미시온論 등의 導入으로 公害의 私法的 救濟의 難點인 當事者の 多衆이라는 理由는 해소 되는 것이다.

公害類型은 私法的 救濟論에서 보면 民法 제217조의 적용에 있다. 民法上 公害에 대한 私法的 救濟는 「公害限界論」과 「不可避性」에 의하여 더욱 制限을 받고 있다. 그런데 環境權의 인정을 企圖하는 경우, 民法 제217조 所定の 制約 없이 相隣權의 내용으로서 物權의 效力을 그대로 適用하게 되는 것인데 私的 保護의 均衡을 위하여 檢討될 문제이다.

Ⅲ. 私法的 救濟論의 方向

(1) 二元主義의 내용

(A) 民法上 公害에 대한 私權의 保護制度는 대체로 세 가지이다. 즉, 物權의 排除請求權⁽²¹⁴⁾, 損害賠償請求權⁽⁷⁵⁰⁾, 그리고 例外的이나마 私力救濟(不法行爲免責要件은 761, 占有防衛는 209조) 등이다. ³¹⁾ 그러나, 대체로 私法制度上 留止請求權과 賠償請求權의 두 가지를 들 수 있다. 公害를 近隣生活者간의 土地利用의 衝突로 보는 경우에는 相隣關係로 提起되고, 公害를 近隣土地에 대한 侵害 내지 近隣者의 生活妨害로 보는 경우 權利侵害의 問題로 提起된다. 前者의 性格은 所有權의 문제이므로 物權의 請求權으로 公害救濟를 期하자는 것이고 後者의 性格은 不法行爲法理에 의하여 公害救濟를 期하자는 것이다. 이와 같은 두 가지의 方法은 形式論理的 意味에 있어서는 差異가 있으나 實際面에 있어서는 請求權의 要件은 受忍限度에 의하여 「構成되기 때문에 그 適用結果가 같게 된다. 「違法性=受忍限度의 超越」이라는 표준은 加害者와 被害者의 私益衡量에 의하는 것이고 具體的으로 賠償請求에 있어서도 故意過失은 不要하고 違法性(客觀的)만 있으면 족하게 된다. 兩者의 差

30) 郭潤直, 前掲書 p.283.

31) 金基洙, 民法總則(演習客觀式), 考試研究 1976, p.6.

異는 私法的 救濟의 方法論에 불과하다. 다만 留止請求는 被害의 甚度가 크기 때문에 抑制하고 賠償請求를 장려하는 傾向이 있다.

(B) 留止請求는 公害가 발생하고 있든가 발생할 것으로 豫測되는 경우 그 排除 또는 豫防을 請求하는 것이 바로 現在 또는 將來의 措置에 해당된다. 이런 점에 있어 過去의 事後的 措置인 損害賠償請求權과 다르다. 그리고 그러한 措置는 民法 제217조 제1항에서 指摘되는 妨害發生의 防止措置에 관한 相隣的 義務인 「適當한 措置」를 취하여야 한다는 것과 區別하고 있음이 通說이다.³²⁾ 그러므로 제217조 제1항의 「適當한 措置」는 결국 私法的 救濟인 留止請求, 賠償請求의 前提로서 그것과는 別途로 妨害(公害)者의 任意的 設置義務로 理解하고 있다. 즉, 公害救濟의 強制的 履行請求 以前の 措置狀態라고 指摘된다. 公害의 留止請求는 만일 強制的 履行請求가 法院에 의하여 宣告되어도 구체적인 強制執行의 段階에 있어서는 역시 停止決定은 대체로 回避되어 適當한 措置(操業改善命令—環境保全法_{17조}, 操業制限—同法 제21조)·相互利益이 調和 制限되는 傾向이 있다.³³⁾ 여하튼 留止請求權은 物權의 排除請求와는 다르게 그 請求의 事前措置, 그 請求의 宣告 以後에 있어서도 여러 가지 制限을 받고 그 내용 역시 物權의 排除請求와는 다르게 中止·停止·排除·豫防 등까지 具體的으로 포함되어 있다. 그러므로 그 用語도 學者마다 다르다. 예를 들면 혹은 物權的 請求權,³⁴⁾ 혹은 妨害排除請求, 혹은 豫防排除請求權,³⁵⁾ 혹은 留止請求權³⁶⁾ 혹은 停止請求權, 中止請求權 등으로 混用하고 있는 것이다. 이러한 점을 보아도 民法 제214조의 物權의 排除請求權과 區別함을 알 수 있다.

(C) 不法行爲規定에 의한 公害救濟의 構成에 있어서는 그 要件인 故意 過失은 彈力的 解釋에 의하여 不必要하게 된다는 점은 前述하였다. 즉, 公

32) 鄭權燮, 「環境汚染과 私法上 救濟」法과 環境, 韓國法學教授會, 1977, p.136; 郭潤直, 前掲書, p.282.

33) 公害의 豫防的, 排除의 性格을 가진 中止請求가 인정된 경우에도 強制執行問題가 남아 있다. 이 強制執行을 決定하는 단계에 있어 積極的 不作爲 決定(廢止, 撤去 등)은 비도록 一定行爲를 요청한다(改善命令, 移轉, 制限 등).

34) 郭潤直, 前掲書 p.282.

35) 金曾漢, 前掲書 p.124; 金容漢, 前掲書 p.270; 張庚鶴, 前掲書 p.454.

36) 權龍雨, 前掲論文 p.170.

37) 徐燦珪, 前掲論文 p.21; 具然昌, 「公害의 私法的 救濟」考試界 1978.4, p.44.

害를 生活妨害로 인한 損害가 생긴다고 보는 경우 不法行爲의 構成要件인 違法性·責任性(故意·過失)은 受忍限度의 하나의 要素로 보게 된다.³⁷⁾ 民法 제750조의 要件인 過失과 違法性을 구별하지 아니하고 이들 두 가지를 結合하여 受忍判斷의 내용으로 보는 新受忍限度論을 日本의 判例·學說과 우리 學說 역시 이를 인정하고 있다.³⁸⁾ 다만 不法行爲法的 構成에 의하여 公害 救濟를 하는 경우, 過去의 損害에 대한 填補는 가능하지만 現在의 侵害中止 또는 將來의 妨害 豫防 등 留止請求가 理論上 不可能하다는 難點이 있다. 賠償請求以外 物權的 留止請求를 다시 添加하여야 私法的 救濟를 完全히 다할 수 있다는 것이 된다. 말하자면 두 가지 方法(二元論)의 救濟請求가 필요하다는 것이다. 이것은 物權的 留止請求를 하는 경우에도 不法行爲로 인한 損害賠償請求權이 消滅되지 않는다는 것이다. 그러므로 역시 두 가지 方法(二元論)의 救濟請求가 필요하다고 본다. 過去의 侵害에 대한 賠償만으로 充分하지 아니한 경우, 혹은 物權的 留止請求만으로 過去의 賠償填補를 回復받지 못하는 경우 前者에 있어서는 다시 留止請求를 後者に 있어서는 賠償請求를 요청하게 된다고 보는 것이 傳統的 通說이다.³⁹⁾ 民法上 占有物妨害除去請求權에 있어서도 別途로 損害賠償請求를 인정할 수 있다는 것이라는 규정(205조^{1항})에서 根據를 둔다. 결국 兩請求權이 併立된다는 것이고 한 쪽의 消滅로 다른 쪽의 소멸을 당연히 초래하지 않는다는 理論이다. 그런데 이러한 併立論, 즉 二元論은 다음 理由로 批判을 받는다.

첫째, 兩請求權의 併立을 인정하는 것은 各自라는 別途의 請求權의 要件을 具備할 것을 요청하기 때문이다. 이러한 점에 관하여 前述한 것처럼 構成要件의 差異는 受忍限度論의 構成에 의하여 解消된다고 보는 경우 그 區別의 實益이 없다.⁴⁰⁾

둘째, 兩請求權의 併立을 인정하는 것은 一方의 訴를 提起하여도 다시 他方の 訴를 提起하고 雙方 別途 또는 雙方 同時에 訴를 提起할 수 있다는

37) 金顯泰, 前掲論文 p.41.

38) シュリスト 前掲論文, 郭潤直, 上掲書.

39) 金容漢, 前掲書 p.80. 上註 38과 同一.

40) 伊藤高義, 「差止請求權」, 現代損害賠償法講座, 5卷 p.396.

清水兼男, 公害差止の不法行爲法的構成, シュリスト 78卷 p.384 以下.

것이다. 이렇게 從來의 訴訟理論은 兩者가 訴訟物을 달리하므로 物權의 留止請求權의 敗訴와는 關係없이 不法行爲의 損害賠償請求權을 行使한다. 이처럼 別途請求를 인정하는 것은 새로운 訴訟物理論을 別個로 보는 것이고, 單一의 訴訟物로 인정하는 것은 新訴訟物의 理論이다. 公害紛爭의 回性觀點에서 訴訟費用의 節約性에 의하여 兩者의 訴訟物을 同一하게 보자는 것이다.

세째, 公害訴訟에 있어 留止請求와 損害賠償請求는 異質의인 것이 아니고 私法의 救濟의 方法論의 差異에 불과하다. 公害의 加害態樣에 의하여 어느 경우에는 留止請求, 어느 경우에는 損害賠償請求가 인정되는 것이다. 어느 것이나 同一하게 受忍限度를 벗어난 경우에 侵害行爲의 種類·程度, 社會的 損失의 種類와 程度 등의 衡量考慮에 의하여 정한다.

네째, 公害訴訟은 現在까지 侵害行爲가 계속하여 있고 앞으로 繼續될 경우 一連의 1回的 訴에 의하여 留止請求의 내용인 公害中止와 賠償請求는 어느 一方의 辨濟에 의하여 다른 請求權은 만족을 얻는 範圍내에 있어 消滅한다고 본다. 그러므로 留止請求의 發生所在와 賠償請求의 發生所在는 항상 같은 경우가 많은 것으로 兩請求權을 一體化하는 것이 訴訟經濟上 또는 被害者의 救濟上 適合할 것이다.

다섯째, 최근 賠償理論에 의하여 侵害排除(留止請求)까지 청구할 수 있게 하려는 一元論의 驅使가 學說·判例上 활발하다. 公害의 留止請求에 관한 不法行爲의 構成을 期하려는 立場이다.⁴¹⁾

여섯째, 公害訴訟은 그 判斷의 基準은 受忍限度論에 의하여 判定된다. 그러므로 受忍限度內에 있는 경우는 賠償·留止請求의 문제가 提起되지 않는 것이나 그 限度를 若干이라도 超過하였다면 受忍限度 내의 妨害事實에까지 責任을 받는 결과가 된다. 그러므로 相隣關係의 내용에 의한 所有權制限은 法定對等者間 문제로서 利害調節인 補償을 인정하는 態度와 같이 賠償理論을 적용하는 것이 바람직하다. 다만 相隣關係의 내용으로 처리될 수 없는 範圍의 侵害는 相隣關係와는 다른 別途의 物權的·債權的 請求가 가능하다. 다만 公害에 관한 제217조의 적용에 의한 受忍限度의

41) 清水兼男, 上揭論文.

基準與否가 論難되는 事實은 그 訴訟物에 있어 留止의 賠償一元論을 찾는 것이 바람직하다.

(D) 公害의 私法的 救濟는 公害發生 뒤 혹은 前이라도 時間的 餘裕가 있는 경우 그 實效性이 있으나 그러한 救濟手段을 강구할 수 없는 急迫事情이 있는 경우에는 不得已 自力救濟手段에 의할 수밖에 없다(민법_{209조}). 42) 이러한 自力救濟가 許容되는 범위 내에서 違法性은 阻却되고 受忍限度가 超越된 것으로 본다. 주로 住民抗議 등 政治的 救濟에 利用된다. 그런데 이 自力救濟의 내용은 公害에 대한 防衛排除를 주된 내용으로 하지만 제 217조가 적용되는 범위 내에서 適當한 措置를 내용으로 할 것이다. 그러한 措置는 主務官廳의 利害調節이 무엇보다 바람직하기 때문에 公害의 防衛·排除·補償 등을 同一한 對象으로 하여 一元的으로 調節할 것이다.

(2) 私法的 救濟論의 方向 ——相隣法精神의 發見——

(A) 二元主義의 結合

公害의 留止請求는 「物權의 完全支配力」의 回復이 아니고(214) 「適當한 措置」의 回復을 理念으로 한다. 그러므로 前述한 것처럼 留止請求權은 實際 賠償請求로 變更되는 傾向에 있다(舊民法 제909조, 補償制度 인정). 現行民法 제217조의 해석에 있어서도 不法行爲法理의 構成要件인 責任性과 因果關係論은 無過失責任論, 蓋然性에 의한 推定으로 없어지고 受忍限度만 문제가 된다. 결국 留止請求의 내용도 補償理論으로 代替 내지 轉換하려는 것이고 賠償理論 역시 留止請求의 내용을 포함시켜야 된다는 一元的 意識의 接近은 이 兩者를 하나로 묶으려는 規範秩序가 根底에 있기 때문이라고 하겠다. 그 根底에 있는 共同規範原理는 무엇인가? 그것은 相隣關係法理에 의하여 互壞하는 것이고 利益과 損害를 平等한 私法的 原理로서 補償하며 調節과 補償을 同時에 期하는 것이다.

(B) 立法例와 方向

大陸法主義는 獨逸民法(906), 瑞西民法(548)의 態度를 말한다. 이들은 所有權에 基한 妨害抑除請求權의 制限으로서 相隣關係의 內容으로 公害에

42) ジュリスト, 「公害豫防法と五つの觀點」對談論, 1973, No.549號 pp.162~163.

대한 規制를 하고 있다. 英美法主義는 nuisance(nuisance)의 不法行爲法理에 의하여 公害의 私法的 救濟를 인정하고 있다. 이 以外에도 折衷主義는 留止請求權은 物權의 法理에서 인정하고 賠償請求는 不法行爲 등 法理에 의하고 있다. 43) 대체로 日本의 경우가 折衷主義에 속하나 최근 이러한 理論을 修正하여 不法行爲法理에 의하여 留止請求權을 인정하려는 立場이 있다. 44) 獨逸民法처럼 不法行爲의 賠償을 原狀回復主義로 보는 경우 不法行爲에 의한 留止請求는 자연히 가능하게 된다. 留止와 原狀回復은 區別할 필요가 없다. 45) (우리나라는 不法行爲의 賠償은 金錢賠償主義이므로, 留止請求가 不可能하다는 理論이 成立되었다.)

留止請求權과 原狀回復請求權(賠償請求)을 一體로 하는 경우, 兩者의 機能的 分擔, 適用領域의 峻別上 困難한 문제가 있겠으나 人的 請求權으로서 不法行爲請求權과 物的 請求權으로서 留止請求權의 競合問題가 提起되어 큰 문제가 없다. 46) 그런데 私法的 救濟의 法理論構成에 관하여 相隣關係法에 根據를 두고 있는데도 불구하고 日本立場에 追從하여 留止請求權의 範圍를 物權侵害의 面에서 不法行爲法理의 人的 關係와 전혀 別個의 것으로 競合問題의 餘地가 없는 것으로 理解하고 있다. 47) 最近 우리 學界에 있어서도 相隣關係法理로 獨逸民法과 같이 私法的 救濟를 다하여야 한다는 학설이 있다. 48)

43) 具然昌, 前掲論文, 考試界, 1978. 4.

44) 清水兼男, 前掲論文, p.375 以下.

45) 伊藤高義, 前掲論文, pp.408~9. 現在의 侵害와 過去의 損害는 連結된 一體이므로 명확하게 區別할 수 없는 경우도 있다.

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*, p. 409.

48) 相隣關係法的 構成을 企圖하는 見解: ①金顯泰, 公害와 그 法律的 救濟策, 法政, 1970年 10月 11日 합병호 p.42. 「中止請求와 賠償請求의 根據는 第217條에 있다고 하고 그 적용은 土地所有(居住者)라는 것을 前提로 限定한다. 그러므로 大氣汚染은 217조를 배제하고 217조의 적용은 公害發生場所와 被害者의 居住地를 고려해서만 내세울 수 있다는 것이다」라고 설명한다. 金顯泰教授의 論旨는 相隣關係法理가 中止請求, 賠償請求中止가 있었는데도 加害者가 응하지 않는 中止에 갈음하는 補償請求(民法 216조Ⅱ, 219조Ⅱ, 230조Ⅰ 단등 將來의 公害)에 대한 根據가 된다고 明示한 듯하다 다만 補償請求의 理論構成에 있어 不法行爲法的 理論을 擴大해석하자는 점(예 家屋, 土地의 不法占據에 있어 明度請求를 하는 데 明度하기까지 將來의 損害賠償 請求權을 인정한 事例)에서 다른 하나의 不法行爲法的 理論을 提示하고 있다.

② 鄭權燮, 「環境汚染과 私法上救濟」 韓國法學教授會, pp.149~150.

「相隣關係規定과 物權의 請求權의 範圍에서 그 論據를 查도록 하는 것이 타당한 일이다」라고 指摘한다. 그런데 相隣關係法은 所有權의 內容에 관한 것으로 서로 別個의 論據를 가지는 것이 아니고 항상 제205조는 補充의 地位로 본다고 해석하여야 할 것이다.

IV. 私法的 救濟의 相隣關係法的 構成

(1) 相隣關係法과 公害

(A) 우리 民法은 임의시온에 相當하는 公害에 關하여 相隣關係의 內容으로 규정하여 近代產業에 의한 生活妨害와 認容性을 중심한 私法的 救濟體系를 定立하고 있다. 民法典의 相隣關係規定(제216조~제244조)의 對象이 되고 있는 生活關係는 아주 密接한 相隣の 「生活關係를 의미한다. 相隣關係는 所有權의 絶對的 支配權을 制限하여 他方의 土地所有權의 有效 원만한 行爲를 排除하지 않게 하는 私法上 制限에서부터 出發한다. 49) 그러므로 相隣關係의 內容은 民法이 인정한 隣接地相互間의 物權的 支配權의 制限規定인 것이다. 그러므로 이러한 점에서 物權의 請求權은 制限받게 된다. 이러한 物權的 效力의 制限은 當事者의 意見에 의한 地役權과는 다른 法定權利行使의 制限 규정인 것이다. 따라서 그 權利實行에 있어 一定 受忍限度의 有·無 標準은 前提되지만 다른 責任要件이 不要함은 當然하다.

相隣關係의 內容은 初期 「土地所有權의 利用調節」이라는 事項에서 産業時代에 와서는 「生活利益妨害(居住權)에 대한 回避困難性(認容性)」의 事項에까지 또 다른 한편에는 用水利用調節의 相隣關係의 事項(民法 제231조~233조)에까지 擴張되고 있는 실정이다.

③ 崔枋, 「公害事件에 있어 因果關係의 立證」, 司法行政 1974, 2月號 p.87.

「...우리 民法제217조와 같은 規定이 없는 日本에는 不法行爲로 理解하지만 獨逸, 瑞西에서는 公害를 相隣關係의 문제로서 파악하고 있다. 相隣關係로 취급하게 되면 故意, 過失 또는 違法性은 문제가 되지 않는다는 利點은 있다」라고 指適한다. 이것은 不法行爲에 基한 損害賠償請求에 있어 相隣關係法理를 주장한 적절한 表現이다.

* 公害에 關한 留止請求權은 相隣關係法理로 賠償請求權은 不法行爲法理로 構成하려는 見解: ① 張庚鶴, 「公害事件判例」 法과 公害 韓國法學教授會編 1974, p. 203.

「損害賠償責任을 인정하려면은 역시 不法行爲問題로 다루어야 할 것이 아닌가 한다」라고 指適한다.

② 具然昌, 前揭 考試界 論文, pp.44~48.

③ 權龍雨, 「公害의 豫防 및 排除請求」, 前揭 法과 公害, p.160, p.166, p.177.

④ 李正雨, 「公害에 대한 私法的 救濟, 法學院」, 1973.12 제11권 1호 p.75 以下.

49) Heinrich Mitteis, Deuches Privatrecht ein Studienbuch, Neubearbeitet von Heinz Liebrich, 1950, S.25, S.72.

公害紛爭에 관한 私法的 救濟에 있어 相隣法的 基本精神인 互讓精神을 具體化시킨다는 것은 物權의 請求權의 制限——忍容義務——補償金(平等關係의 對價處理) 등의 連結關係가 成立한다. 物權的 請求權으로 私法的 保護를 기한다. 그러므로 權利者인 點과 被害의 事實만으로 이 청구가 가능하고 不法行爲要件은 不要하다. 이것은 被害回避困難性이라 公害의 特徵의 反映이다. 獨逸民法의 경우 제 906조에서 公害相當의 임미시은 規定이 있지만 社會經濟의 발전에 알맞는 해결을 위하여 相隣法的 基本原則이 되는 相隣의 共同體關係의 理論을 展開하는 同時 留止請求의 制限을 위하여 많은 單行法(建設聲音에 대한 保護法(1965)
航空機의 聲音抑制(1971)) 등이 發布 施行되었다. 戰時 非常體制에 있어 國家的으로 產業育成이 萎縮되지 아니하고 生活妨害, 즉 프라이버시의 法的 安定性이 調和있게 유지하는 役割은 相隣法精神에 의한다. 그러므로 우리 나라 公害의 不可回避性은 더욱 緊要하고 同時에 公害의 危險性도 너무나 방대하다. 「忍容限度」의 判斷은 相隣關係精神에 의하여야 한다.

(B) 公害의 生活妨害는 相隣關係에서 보면 土地所有權·利用權의 侵害이 겠으나 實質的으로는 居住者의 生活享有權이 肉體的·精神的 自由와 保全(217조) 등, 人格權의 侵害도 포함되어 있다.⁵⁰⁾ 이것을 人格權의 侵害라고 한다면 生活妨害의 受忍與否以外는 經濟法則에 立脚하여 決定을 하여야 한다. 民法上 相隣權의 內容 속에 公害, 즉 임미시은의 內容을 規定한 本質論에 관하여 다음 두 가지 問題가 提起된다.

첫째, 民法 제217조는 土地隣接으로 인한 土地 物權의 侵害救濟에 관한 物權的 請求權을 적용할 것이나 被害者는 不法行爲의 損害賠償을 청구할 수 없는가? 있다면 제217조와 제750조의 關係는? 不法行爲의 賠償問題는 別個의 것으로 제750조에 의한 法理가 適用된다는 것인가? 아니면 不法行爲法理 속에 物權的 留止請求權까지 包攝된 것으로 보느냐? 혹은 物權的 留止請求權 속에 賠償請求까지 包攝된 것으로 보느냐? 民法의 解釋上 하나의 法律關係에 대하여 留止請求權은 제217조, 賠償請求는 제750조의 各自法理를 적용한다는 것은 非合理的이고 判斷의 均衡을 유지하기 어렵다. 그러므로 公害留止請求와 損害賠償請求를 分離하는 法理適用을 排

50) 谷口知平, 損害賠償法概說, p.286.

除하자는 것이다. 이것을 뒷받침하는 理論은 沿革的인 것과 學說的인 論據에서 補強된다. 古代 게르만법에 있어 相隣權은 耕作權으로부터 獨立된 通用權이며 그 取得名義는 土地所有者가 아닌 住民資格이었다. 51) 住民의 住居權을 意味한다. 로마법에 있어서 相隣權은 所有權의 內在的 限界로서 住居權의 要求라고 하였다. 52) 그렇다면 獨逸法上 相隣權은 住居權의 具現 要求로 理解되고 大陸法系의 繼受에 의하여 우리 民法도 同一한 性質을 가지고 있다고 본다. 住居權으로 理解하는 경우 所有權說처럼 地表區域의 調節에 限定된 것이 아니고 住居生活權의 人格的 利益과의 調節에 관한 것임을 알 수 있다.

그리고 相隣權에 관한 紛爭發生의 法域은 土地利用調節로부터 現在는 建築·通行·用水 등의 領域에까지, 다시 音響·振動 등에까지 相隣權의 侵害는 多樣하다. 그것은 警察行政 등의 對策만으로는 期待하기 困難하므로 個人的·法的 救濟의 必要性이 擴大되어 간다. 그러므로 隣地利用侵害와 隣地生活, 住居權侵害를 포함한 相隣權問題가 現代에 와서 요청된다. 生活安定의 侵害는 財產的·精神的 侵害로서 人格的 利益侵害로 처리함으로써 法的 保護가 더욱 確實하게 된다. 그러므로 相隣權의 性質에 있어서 土地와의 調和, 人格權과의 調節精神이 同時에 포함되어 있다고 본다. 53)

그리고 後述하겠으나(임미시온과 人格權說) 독일의 「한스 포르케르」⁵⁴⁾는 임미시온論은 物權의 保護以外 人格保護도 같이 期하고 있다는 것이다. 總體의으로 보면 人格的 保護가 부족하지만 임미시온에 의한 身體, 健康, 精神的 不可侵까지 保護를 기하고 있다. 瑞西의 마히히=하이호즈 등에 있어서도 法制上 兩者가 區別됨에도 불구하고 留止請求로써 人格侵害賠償이 가능하다고 한다. 그러므로 이 학설에 의하면 相隣權, 임미시온 法理에 의하여 權利保護는 留止請求, 賠償請求가 包括되어 있다는 것이다.

51) 村教三, 法學新報, 41卷, 3號, p.39.

52) 東孝行, 上掲書, p.170 以下.

53) 相隣關係法理는 他에 대한 侵害에 限定되지 아니하고 人格的 侵害까지 擴大된다는 것이다.

54) Forkel, Meier-Hayoz 등의 主張.

瑞西民法 28조 債務法 49조에 의하여 人格權의 救濟權이 임미시온領域에서 인정한다. 즉 人格權侵害의 救濟方法으로 留止請求權을 인정한다. 그러므로 加一層 一元의으로 關聯된다. 東孝行, 前掲書, pp.122 以下는 留止請求權과 補償請求의 一元化를 期한다.

둘째, 公害의 留止와 損害賠償의 關係에 있어 從來의 分離適用을 解消하여야 한다. 즉, 留止請求는 將來 被害의 抑制, 즉 侵害原因의 中止 除去를 目的으로 하고 損害賠償은 過去의 侵害行爲에 의하여 발생한 損害의 事後的 處理, 즉 廣義로 原狀回復을 目的으로 한다는 法制的·傳統的 偏見에서 兩者가 엄격히 區別되었다. 55) 이것은 將來 生길 損害에 대한 防止와 過去에 生길 損害에 대한 填補를 對比하고 前者에는 物權·人格權·環境權 등 物權法理로서 救濟하고 後者는 不法行爲에 의한 救濟만을 뜻한다고 보았다. 그런데 留止請求를 통하여 不法行爲法論인 賠償請求를 할 수 없을 것이고 不法行爲를 통하여 留止請求는 금지하자는 것이나 公害問題 救濟는 相隣關係 內容인 留止請求만으로써 公害賠償에 까지 填補할 수 있을 것인가? 결론적으로 하나의 公害의 留止請求만으로써 私法的 救濟(停止, 補償 등)의 法的 構成이 가능 하다고 보는 것을 妥當하다고 보아야 한다.

(2) 生活妨害賠償의 法的 構成

公害紛爭의 解決을 위하여 留止請求權은 公害의 豫防, 除去를 중심하여 작용한다. 그러므로 留止請求權의 相對方(加害者)은 그 留止請求力으로서 甚大한 損害를 본다. 그 請求權의 認容에 制限을 加하고 그 代身 無過失賠償請求權(補償原則)을 인정하는 方向에서 처리된다(國旨 憲法 Ⅱ § 906). 이것은 留止請求權을 통하여 過去의 填補를 기하는 賠償法理의 作用을 하게 된다. 이 補償의 경우도 「忍容限界」가 넘어야 한다. 留止請求가 여러 가지 制限됨은 그만큼 賠償의 權力的 救濟機能도 減退한다는 것을 말한다.

이렇게 一元主義로 처리할 때 留止請求權속에 있는 賠償請求權의 위치가 문제 된다. 즉, 賠償請求權의 根據를 규명하여야 한다.

公害의 賠償請求의 法的 根據로서 不法行爲法論, 人格論, 環境權論 등은 公害의 留止請求의 法的 根據로서 이해되었다. 物權的 請求權은 物의 所有權을 根幹으로 하여 物權의 排他的 效力에 의하여 物權의 원만한 支配가 妨害되고, 妨害될 우려가 있는 경우, 그 原因如何를 不問하고 또한 그 行

55) 清水兼男, 「公害差止의 不法行爲法的 構成」, 民法雜誌 78권 (臨時 增刊號(1)) p.313; 澤井裕, 公害差止의 法理 p.110 以下.

爲者の故意, 過失을 不問하고 妨害排除 등 留止請求를 할 수 있다는 것이다. 人格權論은 物權에 같은 人格權의 概念으로 環境權論 역시 環境權의 概念을 物權에 같은하는 (權利)客體로 본 것이다. 物權客體의 내용을 擴大한 學說이다. 모두 이들 權利에 새로운 排他的 權利를 인정함으로써 物權的 請求權說과 同一한 立場에 있다. 그런데 제217조 所定の 公害侵害에 대한 留止請求는 可能하지만 從來의 不法行爲理論에 따르면 賠償問題는 別個의 것이고, 또한 그것은 物權의 效力要件과 다르게 취급하므로 반드시 제750조의 構成要件인 責任性, 違法性, 因果關係性 등 要件이 具備되어야 한다고 주장된 것으로 이렇게 留止請求와 賠償請求는 別個의 法的 構成을 인정하고 있었다. 그 理由로써 留止請求의 效果는 公害의 妨害排除에 대한 請求로 限定된 것이고 過去의 損害에 대한 填補는 賠償法理에 의하여야만 한다는 낡은 생각을 固守하기 때문이다.

장래의 損害, 過去의 損害로 區別한다는 것은 連續된 同一性을 가진 生活妨害의 救濟에 不合理하다는 것이다. 그리고 民法은 物權의 效力과 不法行爲의 效力을 엄격하게 區別하고 있으면서 物權의 效力의 內容으로 賠償請求를 함께 규정하고 있다. 이것은 別個의 法理로 보는 法制와 通說 判例에도 不拘하고 物權의 效力에 의한 一元主義로 돌아가는 形式的 根據가 될 수 있을 것이다.

말하자면 제204조의 占有回收, 214조 所有妨害豫防請求의 損害賠償擔保, 그리고 相隣關係의 內容은 제218조(水道施設權), 제219조(周圍土地通行權) 등에 損害賠償請求權을 규정하고 있다. 특히 주목할 것은 獨逸民法 제906조 II後但에서 「土地의 收益을 過度하게 侵害 하는 경우 土地利用者로부터 金錢에 의한 補償을 청구할 수 있다」라고 規定하고 있다. 이들은 留止請求權이 결코 無限定 豫防만을 감당하는 것이 아니고 損害賠償請求權·補償請求權을 감당하는, 즉 賠償理論으로 보기 때문이다.

우리 民法上 제207조의 相隣精神解釋에 있어서도 社會 經濟的 發展을 고려하여 公害에 대한 留止請求權이 否認되는 경우 被害者에게 아무런 補償을 하지 않는 것은 不當하다. 그러므로 留止請求에 같은하는 補償請求를 인정하는 것인데 이것은 留止請求權의 要件에 責任性의 要件을 要하

지 않는 것처럼 無過失賠償請求의 性格을 가지고 있다.

이로써 物權的 效力은 損害賠償理論과 一元化되는 現象의 面이 있다. 이러한 補償請求를 인정하는 根據로서 相隣關係法理 특히 相隣の 共同體關係에 立脚한 것이다. 56)

民法 제217조의 해석 역시 相隣の 共同體關係의 理論을 導入 相隣者相互 間에 信義則 相隣關係法 등을 類推하여 一定한 義務를 부과하여 共同體關係를 유지시켜야 할 것인데 그 義務 중 積極的 作爲義務, 無過失賠償義務, 賠償受領義務와 被害防止 및 回避義務 등 相隣法 一般原則이 支配되고 이 로써 物權의 留止請求의 내용 속에 賠償請求가 포함된다고 볼 수 있는 一元論이 성립된다.

公害의 私法的 構成은 相隣精神의 具現이 중요한 課題라고 볼 때 다음과 같은 法理論의 발전을 期約할 수 있을 것이다.

(3) 相隣關係法理의 展望

(A) 임미시온論과 人格權論의 結合

종래 「公害」라는 用語에 相應하는 民法上 「生活妨害」(Immission)에 대한 救濟는 留止請求權과 不法行爲로 인한 損害賠償請求權이라는 二元作用에 의하여 담당할 수 있다고 보았다. 그런데 최근 「매스 미디어」에 의한 「프라이버시」의 侵害, 肖像權의 侵害 등을 公害의 現象으로 인정함으로써 그러한 侵害는 財産·物에 대한 侵害라고 把握하기보다 人格權의 要素가 더욱 큰 것이라고 인식하여 法的 保護를 期하자는 데 公害救濟의 人格論이 擡頭된 것이다.

公害救濟에 관하여 人格論을 關聯시키는 것은 獨逸法學界에 있어서 同一하게 承認되고 있다. 前述한 것처럼 獨逸은 公害의 私法的 救濟를 相隣關係에 규정하고 있다.(BGB. §906).

56) 東孝行, 前掲書 p.63;

Klausning, Immissionsrecht und Industrialisierung JW, 1937 S.68. 이 理論은 나치스 經濟産業의 增大를 위한 相隣共同體關係는 加害者와 被害土地所有者간에 拘束力이 있고 경우에 따라서는 加害者에게 期待可能的 豫防措置를, 또는 그 損害의 填補를 命하고 他方으로 被害者는 그 受領한 賠償金을 가지고 損失이 增大되지 아니하도록 使用할 義務가 있다는 理論이다. 나치스 時代以後 이 理論은 判例學說上 많은 支持를 받았다.

獨逸民法 제906조는

「① 土地의 所有者는 가스·蒸氣·臭氣·煙氣·騒音·振動의 侵入 및 다른 土地로부터 오는 이와 類似한 作用이 자기의 土地의 利用을 侵害하지 아니하거나 또는 그 侵害가 本質的인 것이 아닌 때에는 이를 금할 수 없다.」② 「本質的 侵害가 土地의 土地慣例上의 利用으로 인하여 招來되며 이러한 種類의 利用者에게 經濟上 期待할 수 있는 措置에 의하여 그 侵害를 阻止할 수 없는 때에도 또한 같다. 所有者가 前段의 規定에 의하여 그러한 作用을 受忍하여야 하는 경우에 그 作用이 자기의 土地의 通常의 利用 또는 收益을 過度하게 侵害하는 때에는 所有者는 그 다른 土地의 利用者로부터 金錢에 의한 相當한 補償을 請求할 수 있다.

등을 규정하고 있다. 이것은 임미시온에 대한 物權的 保護를 취하고 있음을 알 수 있다. 그런 物權的 保護를 취하고 있는 임미시온論은 人格權論과 전혀 別個의 體系로 인식하여 왔던 것이다. 그런데 이러한 임미시온論에 대하여 人格論을 導入할 必要성과 可能性을 주장하게 되었다. 그것은 1968년 「한즈 포르게르」의 理論이다.⁵⁷⁾ 그의 理論을 좀더 검토하면 「임미시온」論은 土地所有權 以外에는 人格保護를 多少는 直接 實現하고 있겠으나 總體的으로 보면 人格保護로는 不足하다는 點, 그리고 임미시온에 의한 侵害는 生命, 身體, 健康 以外에도 精神의 不可侵性, 行動의 自由, 感情에까지 미치기 때문에 임미시온의 保護에 있어 충분히 留意하여야 된다는 점과 또한 이와 같은 人格保護問題는 獨逸民法 제906조의 解釋論으로 可能하다고 보았다. 즉, 觀念的 Immission 論에 의하면 이와 같은 侵害는 포함할 수 없다고 보겠으나 그렇지 아니하고 獨逸民法 제906조 所定의 「類似한 干涉作用」에 포함될 것이라고 한다. 그런데 「포르게르」는 제906조 所定의 「類似한 干涉」에 대한 해석만으로는 人格의 期待를 할 수 없다고 보았다. 그것은 Immission 保護라는 土地法理論의 擴大만으로는 人格의 利益保護에까지 그 作用을 감당시키기에는 難點이 있다고 보고 그러기 위해서는 從來 別個系列로 취급한 一般의 人格論은 이 Immission 保護分野에 導入하지 않으면 안된다는 것이다. 그러므로 物權者 以外의 사람(即 通行人 등)에까지 직접 保護를 부여할 수 있다는 것이다.

57) Hans Forkel, Immissionsschutz und persönliche Keitrecht, 1968.

이상과 같이 人格權論은 Immission 論의 「類似한 干涉」에 포함시켜 새로운 發展된 人格權論이 添加된 Immission 論의 展開는 公害의 私法的 救濟에 있어 다음 세 가지 課題를 解決하게 한다.

첫째는 民法上 人格權을 인정하여야 된다는 것이다. 獨逸民法에 있어서는 民法 제12조에서 姓名權, 名譽權, 生活上 秘密, 私文書, 經濟的 自由 등 一定한 保護를 받는 對象이라고 解釋되고 있다. 뿐만 아니라 西獨憲法 제1·2조의 人格的 自由宣言, 民法 제823조, 제1004조의 不法行爲規定에 基한 妨害排除請求權 등등을 根據로 하여 人格權을 一般的으로 인정하고 있는 것이다. 이와 같은 人格權論은 우리 憲法 제8·9조(基本的人權의 保障과 自由平等權의 宣言), 民法 제214조, 제750조(新設된 所有權에 基한 妨害排除請求權, 不法行爲責任) 등에 의하여서도 그 인정을 期待할 수 있는 것이다. 우리 나라에서 人格權을 形成할 수 있다는 點은 舊民法時代와는 전혀 다른 상황에 있기 때문에 그 理論의 進展은 매우 論理的이다.⁵⁸⁾

둘째는 이상과 같은 Immission 理論에 人格權을 承認하는 경우 人格權의 侵害에 대하여 無過失에 있어서도 回復的·豫防的 不作爲의 訴를 인정할 수 있다는 學說이 支持를 받게 된다. 두말할 것 없이 物權的 效力, 즉 相隣關係法的 根據가 支配되는 現象이다. 「포르게르」가 주장한 人格權論과 Immission 論의 連結은 바로 여기에 있다고 본다.

58) 舊民法에 있어서는 Immission 규정 이 없었고 또한 214조의 所有物妨害排除請求權의 규정 이 없었던 것이다. 다만 相隣關係의 규정 속에 간접적으로 약간 提示한 데 불과하다. 218조(水道施設權), 219조(周圍土地通行權), 225조(차마물에 대한 施設義務), 243조(遮面施設義務) 등에서 볼 수 있을 뿐이다. 그러므로 주로 占有權, 所有權에 의한 公害의 留止請求만이 문제되었다.

이러한 狀態에서 다만 日本判例은 人格權論의 展開에 꾸준히 노력하여 왔던 것을 알 수 있다. 例 名古屋地判 昭 42.9.39 「居住者의 工場騒音에 대한 住居의 平穩을 干涉한 事例에 대하여 判示用語는 生活享受權侵害라고 인정하여 差止請求를 인정함.」 그 以外 「居住權」, 「生活環境權」에 의한 留止請求의 可能性을 인정하고(高岡管法昭 45.0.1 새 벽에 치는 梵鐘의 音響으로 인하여 受驗工夫 등 生活妨害에 대한 假處分申請差止請求事例에 대한 것) 그리고 人格說과 같은 趣旨의 立場에서 留止請求權을 忍容한 경우도 있었다(橫浜地判 昭 46.2.8.)

建築으로 인하여 日照·通風이 阻害되는 경우 原告는 一次로 所有權, 제2次로 人格權에 基한 假處分申請(差止請求)을 한 事例에 관하여 最近日本判例은 人格權說에 準하는 見解가 많은 傾向에 있다.

Meier-Hayoz, "Technische Entwicklung und Fortbildung des privatrechtlichen Immissionschutz", Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter, 1961 S.35ff(東孝行, 上 揭書 p.125, p.155).

세째로 Immission 論과 人格權論의 連結에 의하여 人格的 利益이 侵害되는 幅이 넓어졌다는 것이다. 從來는 所有權者의 物權的 保護에 있기 때문에 그 保護는 物權者만을 豫定한 것이다.

그렇지 않은 경우 物權者以外의 者에게까지 保護의 必要性을 擴張하는 結果가 된다.

(B) 相隣關係法論과 日照·通風妨害

a) 우리 民法 제217조의 浸入시온 禁止規定에 관하여 日照·通風の 妨害까지 포함할 것인가의 문제가 있다. 우리 民法 제217條는 獨逸民法과 같이 Immission 규정을 두고 있는데 이 규정은 相隣關係의 精神에 準한 支配權의 확보를 調節하는 것으로 Immission 型態가 積極的 侵害만을 限定規定하고 있다. 그러므로 消極的 侵害인 日照·通風の 妨害는 相隣者의 生活 妨害로 인정받을 수 없는 것이라고 해석하고 있다.⁵⁹⁾ 즉, 말하자면 日照·通風に 의한 隣地의 妨害는 消極的 侵害로서 相隣關係의 內容이 될 수 없다는 것이다.

b) 우리 判例의 立場 역시 否認한다. 즉,

「日光·通風이 妨害된다 할지라도 高층건물의 축조만이 허가되는 상업지대인 垵地 위에 當국의 許可를 받아 건축하였으며 이는 通常의 用途에 正當한 것이라 할 것이므로...이를 忍容할 義務가 있다 할 것인즉 被告는 原告의 相隣關係上의 權利를 侵害하였다고 볼 수 없다.」

라고 判示하였다.⁶⁰⁾ 日照·通風の 妨害가 人格的 利益을 侵害한다는 理由로 損害賠償請求를 한 事例인 것이다.(건축으로 이웃 日光·通風을 막아 感風; 判例에 判혀 生活安定을 妨礙한다는 것.) 그러나, 日照·通風の 妨害는 相隣關係上 忍容할 限度를 초과하지 아니하였으므로 不法行爲에 의한 損害賠償을 否認한 判示이다. 이 判示에서 違法性的의 標準은 忍容限度에 두고 있다는 점에서 相隣關係法理를 적용하였던 것이고 從來의 不法行爲의 一般要件을 적용한 것은 아니다.

c) 日照·通風妨害의 私法的 救濟에 관한 法理構成에 관하여 人格的 利益을 侵害한 것으로 구성하는 것이 人格說이다.⁶¹⁾

59) 郭潤直, 前掲書 p.281.

60) 서울 高法 民事 71.7.23. 71 나 835; 張庚鶴, 前掲, pp.203~207.

61) 東孝行, 前掲書 p.155 以下.

62) 東孝行, 上掲書 p.162 以下.

人格說은 日照·通風阻害는 快適한 生活利益이라는 人格的 利益의 侵害라고 하고 그 理由로서 留止·賠償 등 請求를 承認한 것이다. 그러므로 所說에 의하면 消極的 侵害는 物權侵害라고는 할 수 없으므로 日照·通風の 侵害에 대한 物權的 留止請求는 不可能하다.⁶²⁾ 그러나, 그것을 구제하기 위하여 人格的 利益의 侵害로 보는 경우, 物權侵害論을 빌리지 아니하고도 留止請求權이 가능하다고 본다.

물론 우리 나라와 달리 消極的 物權侵害에 대한 物權의 保護에 관하여 近時 獨逸, 瑞西 등에서 인정하고 있는 實情에 있다. 좀더 구체적으로 보면 獨逸民法은 相隣의 共同體關係理論에 의하여, 瑞西民法은 解釋上 承認하는 것인데 人格說을 빌리지 아니하고 物權說로서 인정하고 있다. 이들 見解는 物權은 본래 物權 自體의 보호 뿐 아니라 그 物의 利用利益까지 보호하여야 하므로 日照·通風の 妨害는 物의 利用侵害라고 인정하는 것이다.

그런데 不法行爲說에 의하면 日照·通風妨害의 留止請求의 法的 根據에 관한 理論構成은 不備하고 不足하다.⁶³⁾ 다만 相隣關係法理의 인정을 통하여 留止請求權의 理論構成에도 도움이 된다.

(C) 相隣關係法理와 環境權

a) 公害가 人間의 生活環境을 파괴하고 있는 것은 사실이다. 公害의 종래 인식은 이러한 生活環境보다 사람의 生命, 身體, 財産 등의 侵害現象만을 置重하는 傾向에 있었다. 그러나, 公害現象 自體가 대규모화됨으로써 人格的 利益·財産的 利益의 侵害를 어떻게 事前에 豫防할 수 있을까 라는 문제에 직면하였다. 人格的·財産的 利益侵害의 前段階로서 결국 人間의 生活環境의 破壞를 防止하고⁶⁴⁾ 나아가서 人格的·財産的 利益侵害를 막는 방법이라고 보았다. 다시 말하자면 「對症療法에서 豫防法으로」, 「回顧로부터 展望으로」 바뀐 理論이 生活環境權·環境權의 문제이다.

b) 環境權은 私法上 權利로 是認하지 않으면 生活環境의 妨害를 받는 경우에도 구제될 수 없는 것이었으나 이를 인정함으로써 우선 救濟받을 가능성이 부여된 것이다. 私法的 救濟로서 留止請求와 賠償請求가 있는데

63) 湖海一雄, 「日照通風その他住宅環境に對する侵害と差止請求の性格およびその可否」 神戸法學雜誌 20卷 2號 p.333.

64) 具然昌, 「環境對策立法上の 問題點」 法과 環境, 韓國法學教授會, p.282.

環境權承認은 이와 같은 救濟手段을 有效適切하게 行使하도록 하기 위한 것이다. 環境破壞를 전부 物權의 내용에 포함시킨다고 본다면 실로 物權保護는 그 내용이 아주 複雜하다는 弊端도 있겠으나 從來의 人格說, 物權說에서 問題된 「受忍限度論」은 不必要하게 되고 環境權의 侵害만으로 留止請求가 가능하다. 그리고 不法行爲說에서 問題된 責任性의 立證을 요하지 않게 된다. 다만 環境侵害가 있었다는 사실에 대한 因果關係의 立證만 있으면 빠짐없이 보장된다는 長點을 가지고 있다.⁶⁵⁾ 그러나, 前述한 것처럼 II (1)에서 環境保全法 所定の 內容과 이번 宣布된 自然保護憲章의 內容은 너무나 相대하다. 「自然保護憲章」⁶⁶⁾이 指摘한 것처럼 자연을 사랑함은 모든 國民의 道德的 行爲規範이라고 지적하고 있다. 그러므로 物權의 內容에 의하여 부과되는 의무와 區別하여야 하나 그 구별이 힘들다.⁶⁷⁾ 뿐만 아니라 自然環境對象으로 지적된 모든 것, 즉 아름다운 景觀과 文化的·學術的 價値있는 모든 資源全部⁶⁸⁾에까지 그 侵害를 物權的 侵害로 보는 것은 실정에 符合되지 않는 것이고 私法上 環境權承認의 難點이다.

c) 그런데 이러한 環境權에 관하여 私法의 解釋論으로 導入시킬 實質的·形式的 方法이 가능한 것인가?

첫째 環境權을 地域住民의 共有에 속하여 그 共有者 중 1人의 環境獨占은 留止請求가 가능하다는 것이다. 이 理論은 契約論에 접근되어 共有內部關係의 설명이 불가능한 단점이 있다.

둘째로 環境權 自體를 實質的 相隣關係의 內容으로 保護하는 方法이다. 相隣權은 「한스 후르게르」의 理論을 導入할 것 없이 古代부터 住居權의 顯視的 要求가 포함되어 있다고 보고 있다.⁶⁹⁾ 私生活의 場所의 中心인 住居의 保護는 刑法(319以下條), 民法(243 遮面施設義務, 216조 隣地通行權, 226)에 있어서도 規定되어 있다. 오늘날 社會의 機械文明의 발달과 個人의 「프라이버시」의 보장도 必要不可缺한 것이므로 個人의 住居生活의 安定은 倫理的인 것에 그

65) 前掲書, p.164~168.

66) 自然保護憲章, 1978. 10. 6 宣布, 同憲章 선언항목 2 참조.

67) 東孝行, 前掲書 p.226.

大阪辯護士會環境權研究會의 環境權確立에 관한 理論을 批判한 것임.

68) 東孝行, 前掲書 p.170.

69) 有泉, 現代損害賠償法講座, 5卷, p.406.

치지 아니하고 法的 救濟를 요청하고 있다. 그 私法的 救濟를 위하여는 環境權을 人格의 利益의 內容으로써 인정하고 住居라는 點에서 場所的 土地法과 結合시켜 相隣權의 內容으로 論理構成이 가능할 것이다. 말하자면 相隣規定의 內容 속에 環境權을 導入保護하는 方法과 제217조의 公害, 즉 生活妨害의 內容 속에 環境權을 인정하는 方法이 있다. 어느 방법을 취하든 방대한 環境內容(生活環境과 自然環境, 各種 行政內容)을 私法上 環境權으로 救濟하기 위해서는 그것을 어떻게 相隣關係의 內容 또는 生活妨害의 內容으로 定立하는가의 標準에 달려 있다.