

# 環境汚染 被害의 救濟

## — 損害賠償請求와 留止請求 —

洪 天 龍\*

### 〈目 次〉

- |                                |                            |
|--------------------------------|----------------------------|
| I. 서설                          | 5. 因果關係                    |
| II. 損害賠償의 請求                   | 6. 판례의 태도                  |
| 1. 머리말                         | III. 留止請求                  |
| 2. 環境汚染被害의 損害賠償의<br>成立要件       | 1. 留止請求의 의의                |
| 3. 故意·過失                       | 2. 留止請求에 있어서의 忍容限度<br>의 判斷 |
| 4. 客觀的 責任要件으로서의<br>違法性 (忍容限度論) | 3. 留止의 方法                  |
|                                | IV. 맺음말                    |

## I. 서 설

環境汚染으로 인한 피해는 단순한 이웃의 생활방해가 아니라 인류사회 전반에 걸친 중대한 생존의 문제로까지 진전되고 있다. 종래에는 이웃으로 부터 나오는 매연·액체·음향·진동 따위에 의한 고통의 정도는 단순한 생활방해에 대한 분쟁으로서 생각하였던 것이나 공업화에 따라 공장으로부터 배출되는 폐수나 연기에 유독화물질이 함유되어 방출됨으로써 이로 인한 피해의 범위는 이웃 토지에 그치는 것이 아니라 상당히 광범한 지역으로 확산되고 있어 이로 인한

\*慶南大 法大 教授·法博

## 6 環境法研究(第14卷)

분쟁은 상린적 분쟁을 초월한 주민과 기업간의 분쟁으로 심화되고 있는 것이다.<sup>1)</sup>

여기에서 환경오염으로 인한 피해를 토지소유권의 확장이나 제한문제로서 다루는 相隣關係로서 다루지 않고 不法行爲로서 다루어야 하는 이유를 찾을 수 있는 것이다.

환경오염으로 인하여 피해를 입은 피해주민으로서는 그 피해의 구제수단으로서 i) 직접 가해기업에 진정하거나, 대화로 타협할 수도 있고 ii) 관계행정기관에 피해 발생을 호소하고 해결을 구할 진정, 그리고 iii) 제도상의 방법으로는 앞서 살펴본 환경피해분쟁조정법에 의한 환경분쟁위원회에 조정을 신청할 수도 있다.<sup>2)</sup> 끝으로 iv) 환경오염피해구제의 최후의 보루는 법원에서의 제소이다. 이는 민사소송에 의한 것으로서 가해기업을 상대로 하여 損害賠償請求나 留止請求 등을 하는 것이 가장 확실한 구제수단이 될 것이다.

그러나 여기에는 몇가지 문제점이 있는 것이다.

첫째, 소송(불법행위)에 있어서는 원고인 피해자가 환경오염과 손해와의 사이에 인과관계를 입증하여야 하는데, 이에 관한 전문적인 지식이 없는 피해자로서는 환경오염과 같은 심히 곤란한 인과관계를 입증을 한다는 것이 어렵다는 것이다.

---

1) 울산공업단지는 제1차경제개발 5개년계획 추진시 중공업입국정책의 일환으로 1962년 1월에 특정공업지역으로 지정고시 되었고, 온산공업단지는 1974년부터 비철금속 및 석유화학공업단지로 조정되었다. 그러나 온산, 울산공단은 계획적으로 개발을 하지 않고 입주업체 임의로 임야 또는 농경지 등 용지매입이 용이한 지역을 중심으로 입지를 선정하여 산발적으로 공장을 건설하였던 바, 부락과 공장이 혼재하여 공해분쟁이 빈발하였다. 그동안 1967년부터 1989년까지 주민들을 농수산물 등에 대한 피해 보상비로 78억원을 받고는 있으나 근본적인 대책이 요구됨에 따라 환경처에서 1983년 12월부터 1984년 11월까지 “울산·온산공단 공해피해주민이주대책을 위한 조사연구사업”을 실시하였으며, 이를 바탕으로 1985년 9월 환경보전위원회에서 울산·온산공단지역 주민을 이주키로 결정하였다. 환경백서, 환경처 1991, 299면.

2) 환경조정위원회에 의한 조정실적은 미미한데 이는 조정의 신청이나 조정결과의 승인여부를 당사자가 전적으로 좌우할 수 있는 임의조정인데다 피해자가 산업체 배수오염물질로 인해 피해를 입었다는 과학적이고 명확한 증거를 제시하기가 어렵기 때문이고 조정자들의 전문성이 결여나 조정여건의 미비점 등으로 조정이 신속히 이루어지지 못하는 것도 調整制度의 문제점으로 지적된바 있다. “環境紛爭各級調整委 有名無實”保健法律, 1986. 7. 67면

둘째로, 환경오염으로 인한 공해소송에 있어서는 오염원의 조사, 오염의 경로 및 피해의 평가 등에 있어서 법원의 자력이 미칠 수 없는 고도의 전문적 지식을 요하는 결과, 우선 원고측이 부담하여야 할 비용이 너무 많이 들고, 소송의 복잡성으로 인하여 시일 또한 장기화<sup>3)</sup>되어 경제적으로 약한 피해자로서는 감당하기 어려움이 있는 것이다.

세째, 이상에서와 같은 이유에서 보더라도 환경오염피해가 있었다고 해서 쉽사리 提訴를 할 수 없을 뿐아니라 그것도 사후적 해결이 보통이다. 물론 유지 청구의 소송은 사전예방이 될 수 있으나, 인용한도의 판단에 있어서 留止의 認容에 인색한 경향을 보이고 있음을 부인할 수 없다.

네째로, 또한 소송의 성질상 제소한 원고에 대한 개별적 구제에 불과하고, 근본적이고 전체적인 해결책이 되지 못한다는 점 등을 들 수 있다.

여기에 본고에서는 연구의 범위를 環境汚染으로 인한 피해의 구제를 위에서 지적한 현행법상의 문제점과 관련하여 i) 사후적 구제로서의 손해배상청구권과 ii) 사전적 예방책인 留止請求를 중심으로 한정하였다.

## II. 損害賠償의 請求

### 1. 머리말

環境汚染으로 인한 손해배상청구는 이미 발생한 피해에 대한 피해자의 사후적

---

3) 공해소송의 경우 2년만에 겨우 1심이 끝난 광양만은 原告와 被告가 공히 재항소했으나 11월 28일 현재 9개월이 넘었는데도 아직 抗訴審의 期日조차 잡히지 않은 상태이다. 또한 지난 72년 鎭海化學의 公害로 김 양식장을 망친 어민들이 損害賠償請求訴訟을 제기하였으나 14년만인 지난 10월 최종 訴判決을 받았다. 그러나 강자인 피고측이 고의적으로 지연작전을 펴으로써 재판비용을 감당하지 못하여 도중에 포기하는 경우와, 오래 끄는 소송속에 피해어민 2명이 자살한 사건은 충격적인 것이었다.

그러므로 생존권이 걸린 소송이니 만큼 특별한 제도를 마련해서라도 권리의 구제를 신속히 하여야 할 것이다. “공해소송 너무 오래 걸린다.”

- 피고측 고의적 지연작전 등 문제-題下의 記事, 韓國日報 1986년 11월 7일자 11면.

구제의 수단이다. 불법행위(민법 750조)에 의한 손해배상청구로서 오염발생원 인자에게 배상책임을 지게 하는 것은 비록 사후적인 구제이기는 하지만 피해자의 구제수단으로서 가장 적절하고 보편적인 방법인 것이다. 그러면 어떠한 경우에 오염발생원인자에게 손해배상을 청구할 수 있는 것인가. 이는 요건의 문제이다.

민법 제750조는 故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 타인에게 피해를 가한 자는 피해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

다음에서는 공해로 인한 피해의 구제와 관련되는 故意·過失, 違法行爲, 因果關係 등에 관하여 살펴 보기로 한다.

## 2. 環境汚染被害의 損害賠償의 成立要件

### (1) 環境汚染被害와 過失責任主義

민법은 불법행위책임이 발생하기 위한 원칙적 요건으로서 타인에게 피해를 준 것이 고의·과실로 인한 것임을 들고 있어(민법 제750조) 이른바 과실책임주의를 취하였다.

원칙적으로는 원래 과실이라고 하는 주관적 사정의 유무를 묻지 아니하고 행위와 피해와의 사이에 인과관계가 있으면 배상의무를 지우는 원인주의 내지는 결과책임주의의 단계가 있었는데 이를 극복하여 근대법에서는 손해배상책임은 피해에 의하여서가 아니라 과실에 의하여 발생한다는 과실책임주의를 취하였다.

즉 고의나 과실이 없으면 책임이 없다는 사상은 19세기에 확립된 자유주의적인 세계관에 의하여 개인의 개성의 자유로운 신장과 각인의 사회적 활동의 자유를 보장함으로써 개인의 경제적 활동의 자유도 보장하게 되었다. 그리하여 계약자유 원칙(법률행위자유 원칙)이 개인의 자유로운 활동을 적극적인 면에서 신장하여 왔다면 과실책임의 원칙은 그것을 이면에서 소극적으로 보장해주는 것이다. 이와 같이 과실책임주의가 개인의 사회적 활동 특히 경제적 활동을 활발히 하여 결과적으로 사회 전체의 발전에 지대한 기여를 하였음을 부정할 수 없다.

그러나 근대사회에 있어서 과학기술이 발달함에 따라 광고업 기타 각종의

사업활동에서 위험성에 따르는 기계나 설비를 사용하는 데서 예상하지 못한 사고나 피해가 발생하게 되었다.

즉 첫째, 철도, 자동차, 항공기 등의 고속교통기관의 발달이고 둘째, 광업, 전기, 원자력사업 등 위험한 설비를 가진 기업의 발달이 그것이다.

이러한 기업은 종래에는 없었던 새로운 위험성을 수반할 기업활동에 의하여 이익을 얻게되며 그 이익은 타인에게 필연적으로 어느 정도까지 피해를 주면서 얻어진다는 점을 생각한다면 그 수익중에서 타인에게 준 피해를 배상하는 것이 타당할 것이다.

이와 같은 위험발생의 가능성을 내포하고 있는 기업은<sup>4)</sup> 과실의 유무에 불구하고 사업 과정에서 타인에게 가한 피해에 대하여 배상책임을 져야한다는 것은 오늘날 경제구조상 당연한 것이다.

환경오염피해 역시 가해자(기업)로서도 예견할 수 없었던 상황에서 발생하는 경우가 많다. 또한 공장의 폐수처리 등 당시의 기술적, 경제적 조건하에서는 최선의 조치를 강구하였음에도 불구하고 돌발적, 집단적으로 발생하는 경우도 있는 것이다. 더구나 수질오염에 의한 어업피해와 같은 대량·집단적 피해의 유형에 대하여는 전통적 과실책임의 원칙으로서는 피해자의 구제나 손해의 공평한 분담은 실현할 수 없게 되었다.

여기에 환경오염피해(공해)나 제조물책임 등 새로운 문제에 수반하여 손해의 원인을 주는 자에게 배상책임을 인정하여야 한다는 요청에 따라 과실책임주의의 비판과 더불어 무과실책임론의 정립이 중요한 과제로 되고 있는 것이다.

## (2) 環境汚染被害의 無過失責任主義

앞에서 살펴본 바 있는 과실책임주의는 과실을 불이익의 배분기준으로 하여 그 자체 중에 과실이라는 책임의 범위를 한정하는 개념을 포함하고 있는데(과실 없으면 책임 없다)에 대하여 무과실책임의 개념은 그 자체로서 단순히 과실이

4) 無過失責任論은 企業活動에서 불가피하게 생기는 사고의 피해자를 널리 구제하기 위한 기업의 책임에 관한 이론이라고 한다. 加藤一郎, 野村好弘, “事故責任” 企業責任(經營法學全集), 1968, 11面.

없어도 책임을 과한다는 것을 표시하였을 뿐, 적극적인 책임한정요소를 포함하고 있지 않다는 데 문제점이 있다.

그러나 환경정책기본법 제31조 제1항에서는 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하도록 하였다. 이는 환경오염으로 인한 생명·신체 및 재산상의 피해에 대하여 일반적으로 무과실책임을 인정함으로써 민법 제750조의 불법행위책임을 확대시킨 점이 특징이다. 따라서 생명·신체 및 재산상의 환경오염피해에 관하여 무과실책임의 원칙을 입법에 의하여 정립한 것이라고 하겠다.

#### (가) 理論的 根據

무과실책임의 이론적 근거로서 주장되는 학설로는 첫째, 報償責任說로서 “이익이 있는 곳에 피해도 돌아 가야 한다”는 원리로서 이익을 얻는 과정에서 타인에게 준 피해를 배상해야 한다는 것이고, 둘째는 危險責任說로서 “위험물을 관리하는 자는 여기에서 생긴 손해를 배상하여야 한다”는 것으로 관리자의 고도의 주의의무를 인정하고 있다. 셋째는 原因責任說로서 “물적 설비등에 의하여 손해의 원인을 창출한 자는 거기서 생긴 손해를 배상하여야 한다”는 것과, 넷째로 公平責任說은 “손해를 가해자 또는 피해자 어느 일방에게만 부담시키는 것이 아니라 구체적인 사정에 따라 양자 사이에 공평하게 부담시킨다”는 것이다.<sup>5)</sup>

#### (나) 法的 根據

법적 근거로서 민법상에서는 책임무능력자의 감독자의 책임(민법 제755조), 사용자의 배상책임(민법 제757조), 공작물 등의 점유자·소유자의 책임(민법 제758조), 동물점유자의 책임(민법 제759조)등이고 특별법으로는 광업법 제91조, 환경정책기본법 제31조, 자동차손해배상보장법 제3조, 원자력손해배상보장법 제3조, 수산업법 제82조 등이다.

5) 岡松參太郎, 無過失損害賠償責任論(東京:有斐閣), 1953, 394面.

그러나 무과실책임의 근거로서 어느 하나만이 타당할 수는 없으나 오늘날 기업이 영리를 앞세우는 현실에 비추어 볼 때 대체로 보상책임설과 위험책임설에서 그 근거를 찾는 것이 유력하다고 한다.

### 3. 故意・過失

#### (1) 고의(Intent)<sup>6)</sup>

故意라 함은 위법한 것으로 평가되는 사실이 발생한 것을 인식하면서 감히 이를 행하는 심리상태를 말한다. 즉 일정한 결과의 발생을 인식할 것으로 충분하고(관념주의), 일정한 결과의 발생을 의욕할 것을 필요로 하지않는다(의사주의). 그리고 객관적으로 위법으로 평가되는 사실이 발생할 것을 인식하면 되는 것이지 위법의 인식은 필요없다고 한다(통설). 그리고 일정한 결과가 발생할지도 모른다고 하는 것을 인식하면서 감히 행위를 할 때에는 미필적 고의로서 이것도 고의가 된다고 한다.<sup>7)</sup>

고의에 있어서의 인식은 위법한 사실의 발생을 인식하였으며 손해의 발생까지를 인식하지 않았다고 하더라도 고의가 있는 것으로 된다.

가령 대기오염을 들어, 기업이나 공공시설에 의한 환경오염에 있어서 고의의 내용을 분석하여 본다면 i) 오염물질의 생성, ii) 대기중예의 배출, iii) 타인의 신체·재산 등 존재영역에의 위물질의 도달, iv) 그 작용에 의한 타인의 피해 발생, 위 i), ii), iii), iv) 전부에 관한 가능성의 인식 및 결과의 용인으로 된다.

iv) 의 인식의 대상으로 되는 피해를 구체적인 질병의 내용이나 재산훼손의態樣이 아니라 각종의 피침해이익에 대한 불합리한 이변의 발생, 증대의 추상적인 인식의 용인으로 족하고, 예컨대 「인축의 건강에 유해하다」 「식물에 악영향을 준다」 「생활상에 괴로움이 있다」는 정도로도 족하고, 어떠한 피해의 선택적인 인식·용인으로도 되는 것으로 새기고 있다. 따라서 오염물질의 작용의 기구에 관한 인식·용인은 필요없는 것이다. 또 iii) 의 타인은 특정인일 필요는 없고 도달경로 인식은 필요로 하지 않는다. 따라서 시설의 동편의 주민의 인식·용인하여 배출하였는데 결과적으로 서편주민에게 피해를 발생케하였다면 고의가

6) 아연제련소가 배출한 중금속 및 유황산화물에 의한 대기·토양오염, 수질오염에 대하여 기업의 고의책임을 긍정하고 농작물의 감수피해 등의 배상을 명한 사례(安中公害訴訟), 前橋地裁, 소 57. 3. 30 판결, 裁定 13호 6항, 判時1034호 3항, 判夕 469호 58항.

7) 金曾漢, 安二瀧, 債權各論, 傳英社 754면.

되는 것이다. i) 의 오염물질은 구체적인 종류, 명칭 및 화학구조의 인식은 필요없고 iv) 의 피해에 대응할 유해물질임을 인식하면 된다.<sup>8)</sup>

(2) 과실(Negligence)

과실이라 함은 “자기의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생할 것을 인식할 수 있는데도 불구하고 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고 행위를 한 심리상태”라 한다.<sup>9)</sup>

그런데 환경오염으로 인한 피해의 사법적 구제에서 문제가 되는 것은 과실의 경우이다. 과실에 있어서 결과발생의 인식내용은 앞서 고의의 경우에서 말한 i) 내지 iv) 의 가능성이다. 다만 과실에서는 iv)의 불인식, ii), iii) , iv)의 불인식, 전부의 불인식 등 네가지의 모습이 있는데 그 어느 것이나 부주의에 의한 것이면 과실로 된다.

환경오염으로 인한 손해배상책임을 부담시키기 위한 책임요소로서의 과실에 관한 학설은 객관적 과실설, 주관적 과실설, 구성요건설 등으로 나누어 지고 있다.

(가) 客觀的 過失說

불법행위에 있어서의 과실은 抽象的 輕過失이며 자기의 재산에 있어서와 동일한 주의(민법 제695조, 제922조, 제1022조)를 게을리 한 구체적 過失이 문제 되는 경우는 거의 없다.

抽象的 輕過失은 주의의무를 게을리 하는 것으로서, 그 주의의무의 기준이 되는 것은 일반인·보통인·합리인(reasonable man)의 주의 정도이지만 행위자의 직업이나 지위와 사건의 환경 등을 고려하여 거기에서 기대되는 정도의 주의-선량한 관리자의 주의-를 할 의무라고 한다.<sup>10)</sup>

이 밖에도 그 사고로부터 생기는 위험의 대소 내지 被侵害이익의 대소에 의하여

8) 中川善之助, 兼子一, 公害, 昭和 50. 10. 青林書院新社, 151 面.

9) 郭潤直, 債權各論, 630면. 金曾漢, 安二瀧, 전게서, 博英社 754면: 이에 대하여 金亨培교수는 歸責의 근거를 심리상태가 아니라 과실의 개념이 객관화 또는 유형화함으로써 유책성의 성격이 약화되고 있다고 하여 고의나 과실을 하나의 종류로 이해하는 것이 적절하다는 견해가 있다. 金亨培, 債權總論(상), 日新社, 1984. 184-183면.

10) 大判 1947. 12. 30, 4280민상 45; 大判 67. 7. 28, 6; 大判 79. 12. 26, 7 다 1843.



주의의무의 정도가 변하게 되어 예컨대 생명·인체에 직접 어떤 피해를 줄 위험이 큰 의사·운송사업·식품제조판매업자<sup>11)</sup> 등은 고도의 주의의무를 가진다고 할 것이다.<sup>12)</sup>

대법원의 판례는 “불법행위에 의한 손해배상의무의 전제가 되는 과실의 유무와 그 과실의 경중에 관한 표준은 그 개인에게 관한 구체적 사정에 의하여 결정되는 것이 아니고 일반적인 보통인으로서 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 해야 한다.”고 하여 위 학설상 객관적 과실설과 견해를 같이 하고 있다.

(나) 主權的 過失說

이 설을 주장한 Sieber에 의하면 注意(Sorgfalt) 자체는 행위자의 개인적 관계에 의하여 정하여지는 것이 아니라 사회생활에 있어서 필요한 객관적 척도(objektiver Maßstab)에 의하여 결정된다.<sup>13)</sup> 그러나 이와 같은 객관적으로 필요한 주의를 게을리한 데 책임을 질 것인가의 여부는 당해 행위자의 개인적 관계에 의하여 정하여진다고 한다. 즉 주관적 유책성은 객관적 척도에 의하여 측정되는 것이 아니라 과실은 객관적으로 사회생활상 필요한 주의를 행위자 개인적 능력에 의하여 지킬 수 있음에도 이를 게을리한 데 있다고 한다. 우리나라에서는 이 설을 주장하는 견해는 찾아 볼 수 없고, 일본에 있어서는 최근에 石田穰 교수에 의하면 과실은 불법행위규범이 방지하려고 한 손해의 발생을 행위자가 인식할 수 있었음에도 불구하고 이를 인식하지 못하거나 또는 인식하였음에도 불구하고 이를 인용하지 아니하고 이 규범에 위반하는 행위를 하는 것이라고 하였다. 그

11) 서울시 국민학교 급식병 사건(업무상 過失死傷 인정, 대법, 1978. 9. 26 선고, 78도 2082) - 이 사건은 한국식품공업주식회사의 급식병이 부패되어 이를 먹은 서울시내 52개 국민학교 37,800명이 집단 식중독되어 구토 설사하여 980명이 입원치료한 대사건이다. 이로 인한 민사사건은 없고 이에 관련된 형사사건의 판결이 있다.

12) 福岡地 小倉支判, 昭53(1978)6. 3. 10 判決 “... 식품에 의하여 피해를 주지 아니하도록 극히 高度의 安全性을 확보한 注意義務를 부담하여야 할 것이며 이는 條理上으로도 당연하다”고 하였다.

澤井裕, 食品・藥品公害と製造物責任( I ), 法律時報 50卷 5號(東京, 日本評論社), 1978, 19面 : 이에 관한 상세한 내용은 拙著, 消費者被害救済論, 78面 이하 참조

13) Sieber, Plank's Kommentar zum BGB, II, Hälfte, 1, 4. Aufl., 1914, S. 221f.

러므로 행위자가 어떤 손해를 인식, 인용하고 혹은 인식가능함에도 불구하고 인식하지 못하고 일정한 행위에 의하여 타인에게 손해를 발생케하였다 하더라도 불법행위법이 그 손해의 발생을 방지하도록 한 것이 아닌 한 행위자에게 고의, 과실이 있다고 할 수 없게 된다.

이 주관적 과실설의 근거는 이른바 유책성원칙(Verschuldensprinzip)에 있다.

독일민법이 유책성원칙을 손해배상법의 기본원칙으로서 하고 있는 것은 통설인 객관적 과실설도 인정하는 바이지만<sup>14)</sup> 행위자는 유책한 행위에 대해서만 책임을 부담하는 것이며, 이 경우 행위자에게 개인적으로(persönlich) 비난되는 용태를 「유책」이라고 하는 것이다.

한편 Nipperdey에 의하면 행위자에게 과실책임이 귀속되는 것은 그의 지적, 개별적 능력(persönliche, individuelle Fähigkeit)에 비추어 사회생활상 필요로 하는 주의의 태만으로 인한 손해를 피할 수 있을 경우에 한 한다고 한다.<sup>15)</sup>

이에 대하여 von Caemmerer도 Nipperdey와 마찬가지로 과실을 인정하기 위해서는 행위자가 상황에 있어서 법적으로 요구되는 객관적 주의의무를 그의 개인적 능력에 의하여 인식할 수 있고 또 성취할 수 있는 경우이어야 한다고 한다.<sup>16)</sup>

#### (다) 構成要件說

이 설을 주장할 Wietholter에 의하면 독일법 제276조 1항의 2문은 과실의 개념을 규정한 것이라고 하고 이 과실의 개념은 위법성요소도 아니고 유책성요소도 아니며 거래상 요구되는 주의를 게을리함으로써 타인에게 피해를 발생시킨 불법(Unrecht)에 대하여 배상의무를 부담시키는 구성요건요소라고 한

14) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des BGB, Bd. II, 1958, 15. Aufl., S. 61 ; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S. 194ff. ; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., 1964, S. 119 ; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht. Bd. I, I § 19 ; Fikentscher, Das Schuldrecht, 1965, S. 259.

15) Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I., Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Schriften, 1968, S. 1320.

16) von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, Hundert Jahre Deutsches Rechtslebens, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. 2. 1960, in ; Gesammelte Schriften, 1968, S. 545f.

다.

이와 같은 주의의무에 대한 위반(주의의무의 한계)이 과실로서 인정되는 것은 첫째, 결과(피해)의 발생 혹은 그 가능성을 예견할 수 있었는데 예견하지 못하였다(그래서 필요한 방지 수단을 취하지 못하였다)는 경우이며, 둘째, 발생할 결과가 위법임을 인식하였어야 했는데 인식하지 못하였기 때문에 결과발생의 방지수단을 강구하지 못한 경우, 세째, 결과의 발생 또는 그 가능성은 예견하였지만 적절한 방지수단을 취하지 못한 때 등 실로 다양하다할 것이다.

#### 4. 客觀的 責任要件으로서의 違法性(忍容限度論)

##### (1) 違法性<sup>17)</sup>의 의미

민법 제750조는 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 준 자는…」이라고 규정하여 위법성을 불법행위의 객관적 성립요건으로 하고 있다.<sup>18)</sup>

프랑스 민법 제1382조는 faute(잘못, 과실)라는 포괄적인 개념만을 사용하여 faute가 있는 자에게 불법행위에 의한 배상책임을 지우고 있으나 faute에는 주관적 측면에서의 과실뿐만 아니라 객관적 측면으로서의 의무위반도 포함하고 있다.

이에 반하여 독일 민법은 불법행위의 객관적 요건으로서 권리침해(동법 제832조 1항)외에 보호법규위반(동조 2항), 선량한 풍속위반(동법 제826조)을 들고 있고, 스위스 채무법에서는 위법성(동법 제41조 제1항)과 선량한 풍속위반(동법 제41조 제2항)을 요구하고 있고, 일본에서는 구민법에 있어서와 같이 제709조에서 객관적 요건으로서 권리침해를 들고 있다.

17) 위법성 개념을 구성하는 實益을 다음 네 가지로 요약하고 있다. ① 결과를 행위와 분리함으로써 權利概念의 독자적인 發達을 촉진한다는 것이고(公害·藥害等), ② 違法行爲와 法的 實益과의 衡量을 꾀한다.

③ 不法行爲法이 裁判規範外의 行爲規範을 創造하는 作用, ④ 違法性은 損害賠償을 결정하는 중요한 지침이 된다는 것을 들고 있다. 後藤孝典, 人格權の研究(日本:一粒社), 1979.

18) 違法性의 要件은, 損害賠償請求의 경우는 물론 留止請求의 경우도 필요하다. 다만 違法段階說을 취하기 때문에 損害賠償과 留止請求의 違法性을 달리 취급하는 것이 보통이다.

이러한 생각은 결국 법률상 보호할 가치가 있는 이익을<sup>19)</sup> 침해하면 불법행위 책임이 생기는 것으로 하여야 한다는 것이 되며 이는 권리침해가 아니라 위법성이<sup>20)</sup> 불법행위의 객관적 성립요건이라고 하여야 한다는 것이 된다. 여기서 권리침해는 위법성의 가장 대표적인 것에 지나지 않게 된다. 그리고 이 위법성의 유무에 관하여는 피침해이익의 성질과 피해행위의 상태와의 상관관계로부터 구체적으로 판단하려고 하는 경향으로 되어있다.

그런데 최근 공해사건에 있어서는 이른바 忍容限度論(受忍限度論)이 등장하여 위법성판단에<sup>21)</sup> 관하여 중요한 역할을 하고 있다. 나아가서 위법성을 과실의 개념과 관련시켜 일원적으로 파악하려는 新忍容限度論까지 등장하고 있다.

(2) 違法性(= 忍容限度論(受忍限度)의 超越)

忍容限度는 가해자측의 사정과 피해자의 사정 및 지역성 등 기타의 사정을 비교교량하여 손해가 일반인, 합리인으로 하여금 통상 인용할 수 있는 한도를 말하며 이러한 한도를 넘어서 피해가 있는 경우에 위법성 또는 과실이 인정된다고 한다.<sup>22)</sup> 그리고 인용한도의 구체적인 판단요소로서는 피침해이익의 성질과 피해의 중대성, 가해의 모순과 이에 대한 사회적 평가,<sup>23)</sup> 당해장소의 지역성, 손해회피의

19) 1986, 2, 27 서울民事地方法院은 公有水面에서 免許없이 어패류등을 채취하는 어민들에게 어업권을 인정하여, 광양제철소로 하여금 어장을 잃고 피해를 입은 어민들에게 14億원의 배상판결을 내렸다. - 東亞日報, 1986년 2월 28일자 7면, "광양만 어민에게 14억 배상판결"이라는 題下的 기사- 생계위한 무허 어패류채취 어업권 인정.

20) 한편 違法性을 不法行爲의 成立要件으로 하는 立法으로 不正競争防止法 제4조, 國家賠償法 제2조등이 있다.

21) 名古屋地裁判, 昭37, 3, 20, 下民13, 3, 481; 태풍으로 붕괴된 堤防復舊工事때문에 오염된 養魚池의 使用不能을 이유로 하여 損害賠償을 請求한 사건에서 "... 堤防工事는 인명·재산의 보호와 아울러 國土保全을 위하여 긴급한 築行爲는 公益을 위한 行위로서 適法성이 없다"고 하였다.

22) 서울高法, 1973. 9. 6. 71나 1620. 損害賠償請求事件에서도 忍容限度論에 입각함을 알 수 있다. "公害와 立法性", 法과 公害, 121-128면.

23) 加害者의 사업이 公共事業일 경우라면 留止請求의 경우에 중요한 意義를 가지나 損害賠償請求에는 영향이 없다고 할 것이다.

가능성과<sup>24)</sup>가해자의 손해회피를 위한 조치,<sup>25)</sup>가해자의 공법상의 규제기준준수의 유무,<sup>26)</sup>토지이용의 선후관계<sup>27)</sup>등의 사정<sup>28)</sup>을 들고 있다. 이에 대하여 新忍容限度論은 당초 忍容限度論에서는 불법행위의 성립요건으로서 고의·과실과 위법성을 판단기준으로 한 이론적 입장을 지양하고 고의·과실과 위법성을 일원적으로 파악하되 그판단은 忍容限度論에 의하여 결정한다는 이론, 다시 말하면 인용한도를 넘었다(공해피해가 심각하면)고 하는 경우에는 과실이 인정되고 동시에 위법성이 있게되어 인용한도라는 하나의 기준에 의하여 과실과 위법성을 일원적으로 파악하게 되는 것이다.<sup>29)</sup>

(3) 學說의 개관

忍容限度論에 관한 학설은 대략 다음과 같이 나누어지고 있다.

(가) 行爲態樣論 이 설은 손해라는 결과로부터 행위의 불법성을 판단하는 종래의 이론을 떠나서 행위 자체에 의하여 불법성을 판단할 것이라고 하며, 이러한 입장에서 객관적인 주의의무를 책임요소로부터 위법요소에 포함시킬 것을 주장하는 설이다.

- 24) 상당한 준비를 하였다면 손해를 회피 또는 豫防할 수 있었던 경우라면 過失相計로서 損害賠償은 감소될 것임.
- 25) 또한 어민이 비록 어업권의 주체는 아닌 경우라도 종래 실제로 적법한 魚에 의하여 생필하여 오다 피해를 입었다면 가해자는 損害賠償을 하여야 할 것이다. 野村好弘外, 公害における漁業賠償と 損害賠償に関する研究, 日本水質保護協會, 12.
- 26) 行政上の 圍束規定이 있는 경우에 이에 위반하면 違法性이 인정된다. 佐賀地判, 昭32, 7, 29, 下民集 8권 7호 1335면.
- 27) 英美法에서 소위 危險에서의 接近(coming to the nuisance)의 문제이다. 이러한 경우에 後人住者에게 高度의 忍容을 요구하여 留地請求나 賠償청구를 拒否하려 하고 있는 것이 일반적인 생각이다. 李勇雨, 전계논문, 100면.
- 28) 李勇雨, 「公害의 違法性」, 사법논집, 법원행정처, 1979, 100면.  
이러한 사람들은 경우에 따라서 對比的 성격을 가지고 있으며 이른바 利益較量(본래는 當事者の 실질적 이익관계 내지 利用關係를 비교한다는 의미였으나 여기서는 널리 要素를 고려하여 法的判斷을 하여야 한다는 것이다.) 내지 相互調整의 原理(the principle of mutual adjustment)에 의한 相互權利의 調整을 도모하여야 한다는 것이다. 木宮高, 전게서, 147면.
- 29) 四宮和澤, “相隣關係論に関する一考察”, 民法學の歴史と課題, 東京大出版會 1982, 263-278면.

(나) 防止義務違反說 이 설은 결과발생의 예방을 위하여 일정한 방지설비를 하여야 할 의무에 위반하였을 경우 그 방지의무위반을 과실로 보는 견해이다.<sup>30)</sup> 이 설은 기업활동을 하면서 상당한 방지설비만 설치하면 비록 공해를 발생시키더라도 과실이 없게 되므로 기업이 책임을 지는 영역을 너무 좁게 한정한다는 비판을 받고 있다. 우리 판례는 이러한 입장을 취하고 있는 것 같다.<sup>31)</sup>

(다) 豫見可能性說 이 설은 손해의 발생에 대하여 예견가능성이 있으면 부작위를 포함한 손해회피조치를 취함으로써 손해의 발생을 방지할 수 있는 것이므로 결국 예견가능성이 과실의 중심적 내용이 된다는 것이다. 그리고 예견가능성의 여부는 전문적인 지식을 표준으로 하여 판단하여야 한다는 것이다. 이 설이 통설이라 할 수 있다.<sup>32)</sup>

(라) 新忍容限度論 당초 忍容限度論은 불법행위의 요건으로서 고의·과실과 위법성의 판단기준으로 하여 왔으나 이 新忍容限度論은 이와 같은 이원론적 입장을 지양하고 고의·과실과 위법성을 일원론적으로 파악하여 그 판단을 忍容限度論에 의하여 결정한다는 이론이다. 즉 종래의 과실개념에 관한 새로운 과실의 개념으로서 과실을 “인용한도를 넘은 침해를 가져오지 않도록 조치할 의무(작위·부작위를 포함)에 위반하는 것”이라고 말한다. 따라서 피해자가 입은 손해의 종류와 가해행위의 태양·손해의 회피조치 등 가해자측의 제요인을 비교교량하여 손해가 인용한도를 넘었다고 인정되는 경우에는 예견가능성에 관계없이 과실이 인정되고<sup>33)</sup> 동시에 위법성도 있게 되어 ‘인용한도’라는 하나의 기준에 의하여 과실과 위법성을 일원적으로 파악하게 되는 것이다.

이 설은 결국 인용한도를 넘는(환경오염피해가 심각하면) 침해가 있으면 가해자에게 고의·과실이 없는 경우에도 불법행위상의 책임을 지게 되므로 그 안에 있어서는 무과실책임을 지우는 결과가 되어 한층 더 피해자의 보호를 기할 수

30) 일본의 大阪알카리사건(대판 1916. 12. 22, 民 제22집, 247면, 화학공업에 종사하는 회사 기타의 자가 그 목적인 사업으로 인하여 발생할 손해를 예방하기 위해서 위 사업의 성질에 따라서 상당한 설비를 한 이상 그에게 불법행위로 인한 손해배상을 지울 수 없다는 판례)

31) 서울民地判 71. 6. 28, 70가 9974, 기업활동의 자유보장이 농후함.

32) 李勇雨, 전계논문, 103면.

33) 全昌祚, 「公害와 過失·無過失」, 韓國法學教授會, 1974, 160면; 淡路剛久, 「公害における故意過失と違法性」, ジュリスト, 458호, 372면.

있다고 한다.<sup>34)</sup>

(4) 忍容限度의 諸要素

피해자측의 사정으로는 i) 피해의 종류·정도·건강·일상생활의 평은 등이나 인격적 침해·가옥 등의 피해, ii) 침해이익의 공공성·사회적 가치, iii) 피해자에 대한 기대가능성-특수한 사정, iv) 피해자의 과실 등이 고려되어야 할 것이다.

가해자측의 과실로는 i) 가해행위의 모습-가해의 의도 등, ii) 가해행위의 공공성과 사회적 가치, iii) 가해자에 대한 방지조치의 기대가능성, iv) 법령·조약 등 공법상의 기준-건축법·환경정책기본법 등에 의한 기준 등이 될 것이다. 가해자·피해자 쌍방의 사정으로는 i) 토지이용의 先後關係<sup>35)</sup> : 이미 공장이 건립되어 공해가 발생하고 있는 곳에 후일에 입주한 주민은 그 손해를 인식하지 못하고 입주한 경우에는 손해배상을 청구할 수 없거나 적어도 과실상계에 의한 감액이 되는 경우가 많을 것이다. 그러나 선후관계는 피해나 지역성과는 달리 그것만으로는 결정적 판단의 요소는 되지 않을 것이다.

ii) 建物の 必要性和 有用性 : 필요성에서 보면 가해자측의 회피가능성 문제이다. 다른 곳에 부지가 있음에도 불구하고 거기에 건립하였기 때문에 타인에게 손해를 준 경우와, 또한 유용성으로 보면 가해건물의 사회적 가치 내지 유용성에 관한 문제로서 주거지역·준공업지역(혼합지역) 및 아파트 건축행위가 유치청구를 허용하여야 할 정도로 현저히 인용한도를 넘었다고는 인정할 수 없다는 것과 같다.<sup>36)</sup> 건물은 자의적으로 악의가 있는 경우와 불필요한 것이아닌 한 일용

34) 그러나 이 이론에 대해서는 약간의 문제가 지적되고 있다. 즉 ① 忍容限度 내라고 판단되면 故意·過失의 판단은 필요없다는 점, ② 無過失賠償責任을 인정하는 民法 제750조에 反한다는 것, ③ 忍容限度論은 원래 利益較量論의 일종이며 이것은 違法性 판단에까지 확대하여 故意·過失에 미치게 하는 것은 타당하지 않다고 비판이 되고 있다. 田昌道外, 民法學 6, 84면. 또한 忍容限度를 “通常의 合理人이라면 社會共同生活를 영위하는데 당연히 甘受할 限度”라고 정의하고 있는바 이는 被害者에 대하여는 하등의 관계가 없는 加害行爲의 가치를 가지고 그 判斷要素로 함으로써 결국 被害者를 위한 價値判斷과 加害者를 위한 價値判斷을 의도적으로 혼동한 것은 忍容限度 比較衡量論의 치명적인 결점이라고 지적되고 있다. 後藤孝典, 전계서, 130면.

35) 註27참조.

36) 東京地裁, 昭 43. 9. 10 判夕 227호, 89면.

사회적 가치가 있고 유용성이 있다고 추정된다. 그러나 당연한 것으로 이것을 판단요소로서 강조할 필요는 없을 것이다.

iii) 公共性 : 시설의 공공성의 요소가 중요시되는 것은 본래라면 위법한 침해행위에 대한 유지가 가능한 것이지만 공공의 이익을 위하여 행하여지는 것이므로 가해행위의 필요성이 판단요소가 될 것이고 피해의 인용한도를 보다 높게 하는 경향이 있다.<sup>37) 38)</sup>

그러나 환경오염은 한지역 주민 대한 기업의 상대적인 문제가 아니라 지역사회 나아가서는 국가 전체의 정책문제임은 부정할수 없다. 여기에 지역사회 이익, 국가 전체의 문제라 하더라도 결국은 거기에서 생활하는 주민 내지 국민을 초월한 공익은 존재할 수 없는 것이다. 왜냐하면 공익이라고 하는 것은 필경 사익의 총화밖에 되지 않기 때문이다. 그러므로 오늘날 국가나 지방자치 단체가 취하는 환경정책에 대한 시정을 요구하는 시민의 소리나 운동은 실로 중요한 의미를 갖는 것이라고 하겠다. 그러므로 공공시설의 공공성의 척도로서는 첫째, 생산이나 생활의 일반적 조건 혹은 공동사회적 조건일 것, 둘째, 특정한 개인이나 사기업에 점유되거나 이윤을 직접·간접적인 목적으로 하여 운영되는 것이 아니라 모든 국민에게 평등하고 안이하게 이용되거나 사회적으로 공평을 위하여 행하여 지는 것, 셋째, 공공사업 건설, 개조, 관리, 운영에 있어서는 주변 주민의 기본적 인권을 침해하지 아니하고 비록 필수불가결의 시설이라 하더라도 될 수 있는 한 주변 주민의 복지를 증진하는 것, 넷째, 사업의 설치·개선에 관하여는 주민의 동의를 얻어 민주적인 절차를 필요로 하는 것—여기에서 민주적 절차는 사업의 내용이 주민의 지역적인 생활과 관계하는 경우에 단지 동의만이 아니라 주민의 참여 혹은 자주적인 관리 등이 포함되는 것이 바람직하다—등을 들 수 있다.<sup>39)</sup>

37) 東京地判大15・9・30新聞2684호.

38) 쓰레기소각장의 건설에 의한 대기오염, 수질오염, 악취, 소음 등의 피해 발생 우려를 이유로 주민이 신청한 건축공사 등의 유지의 가치분 결정을 피해 발생의 소명이 없었다고 하여 각하한 사례, 大阪地裁, 裁定 31호 登裁豫定, 判夕 605호 108항.

39) 官本憲一, 日本の環境政策(日本: 大月書店), 1987. 108面.



학교·병원 등의 건축은 공공성이 있는 건축이 될 것이다. 판례로는 건축중의 중학교 4층의 일부의 철거가처분신청을 부인하였다.<sup>40)</sup>

iv) 지역성: 발생지역의 토지이용상황·부근환경상황 등이 판단요소가 될 것이고,<sup>41)</sup> 재판의 경향으로서는 피해자가 주거지인가 상업지역인가 공업지인가에 따라 소음허용치가 다를 것이다. 도시계획법 제3조·제7조·제18조·제20조·제21조·제20조의2, 건축법 제32조·제33조·제32조 2항·제33조의2, 건축법시행령 제90조 등에 의하여 지역성은 일조사건에 있어서는 피해의 정도와 아울러 중요한 요건이 될 것이다.<sup>42)</sup>

v) 적법성: 법률의 기준·행정부처의 인·허가의 유무 등이 판단요소가 될 것이며 행정상의 단속법규가 있는 경우에 이를 위반하면 일용 위법성은 인정될 것이고 설사 위반이 없다하더라도 그것만으로는 인용한도내의 것이라고는 말할 수 없을 것이다.<sup>43)</sup>

vi) 회피성: 판단요소로서 기술적·경제적 방지조치의 가부·유무 등이 특히 유지청구사건에 있어서는 고려되어야 할 것이며, 이에 대하여는 피해방지의 가능성이 용이할수록 인용한도는 높게 평가되어야 할 것이다.<sup>44)</sup>

## 5. 因果關係

환경오염으로 인한 피해자인 원고가 불법행위의 성립을 이유로 가해기업을

40) 横浜地判, 昭 46. 2. 8 判時 620호, 28面.

41) 東京控判大 9·5·26 評論 9 民495면.

42) 商業地域內에 있어서 5층빌딩에 의하여 日照가 阻害되었다는 주민들로 부터 建設者들에게 損害賠償請求를 한 사건 - 不法行爲를 構成하기에 충분한 違法性이 인정되지 않는다고 하여 棄却한 判決, 札幌地裁, 昭53. 6. 16 判時 925호, 93面.

43) 공사가 적법하더라도 소음·진동이 적법하지 아니하였다는 사례-소음·진동이 이웃 사람의 생활을 방해한 것이 명백한 이상, 소음·진동의 발생의 불가피한 공사를 행한 자는 상린자의 생활침해에 대하여 책임을 지지 않으면 안된다. 공사자체가 적법하다고 한 것은 공사에 수반하지 않고 발생하는 소음·진동을 적법한 것으로 하는 것은 아니다. 음향을 발생하는 자체가 적법시 되는 경우와 구별하여야 할 것이라고 판시하였다.(東京地判 소 45. 5. 27 判시 605호 74항). 高崎尚志, 建設公害の法律實務(일본; 清償文社), 1981. 183面.

44) 木官高彦, 전게서, 147面.

상대로 민사소송을 제기하는 경우 특히 중요한 문제의 하나가 가해행위와 피해발생과의 인과관계의 유무에 관한 것이다.

이러한 인과관계의 판단은 지역적 인과관계를 전제로 하는 것이지만, 여기에서 자연과학적 인과관계가 아니고 손해의 공평한 분담이라고 하는 의미에 있어서의 이른바 법률적 인과관계<sup>45)</sup>인 것이다.

물론 이러한 인과관계의 존부가 環境汚染으로 인한 공해소송에 있어서 일반적으로 언제나 문제가 되는 것은 아니다. 이를테면 고정적인 소음이나 진동, 일조방해와 같은 상린적 분쟁의 경우에는 가해자가 특정되어 있고 거리도 인접되어 있는 것이 보통이므로 인과관계에 관한 입증 등에는 별다른 문제가 없을 것이다.

그런데 주로 문제가 되는 것은 최근 우리에게 커다란 충격을 안겨준 낙동강 상수원수질 폐놀오염사건 등과 같은 공장폐수로 인한 하천 또는 해양의 수질오염, 매연에 의한 대기오염<sup>46)</sup> 등에 의한 환경오염피해 등 이른바 화학물질에 의한 피해의 경우이다.

더구나 이러한 피해의 경우는 피고 기업의 적법한 기업활동으로 인한 부차적으로 발생하거나와 원인물질이 장기간에 걸쳐 미량으로 배출되어 하천이나 대기등을 매체로하여 그것이 피해자에게 도달하며, 때로는 그간의 자연현상이나 그 이외의 요인이 관계하는 것이 보통이며 또 그 가해자가 복수인 경우도 적지 않은 등의 특이성때문에 특정한 가해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 있는가의 판단이 곤란한 경우가 있는 것이다.

45) Restatement Tort, § 431, 법률상의 인과관계

행위자의 과실행위는 다음의 경우에 타인에게 준 손해의 법률상의 원인이 된다.

(a) 그 행위가 손해를 야기함에 있어 실질적인 요인(a substantial factor)이거나

(b) 그 과실이 손해를 야기할 양태(manner)를 이유로 하여 행위자를 면책할 법리가 존재하지 않을 경우

46) 미군기지에서 발생한 항공기 소음, 배기가스에 의한 대기오염 등을 이유로 한 유지청구의 소는 각하하고, 손해배상청구는 일부 인정한 사례(模田基地夜間飛行禁止 등 請求事件), 東京地裁 八王子支部, 소 56. 7. 13 판결 裁情 10호 1항, 判時 1008호 19항, 判夕 445호 88항.

종래 손해배상법에 있어서의 인과관계는 다음 세가지의 경우를 문제 삼아 왔다. ① 손해배상의 성립요건으로서의 인과관계이며, ② 손해배상의 범위로서의 인과관계(이른바 상당인과관계) 손해의 평가 등이 그것이다.

본고에서 고찰할 대상은 주로 ①의 손해배상의 성립요건으로서의 인과관계가 된다. 그러나 ②의 경우도 전부배상의무이나 일부배상의무인가는 중요한 의의를 갖는 것이므로 환경오염으로 인한 피해라는 현상 특유의 사정에 따라 고찰의 대상으로 할 가치가 있는 경우라면 효과론에서 취급하기로 한다.

### (1) 學說

#### (가) 相當因果關係說

불법행위에 있어서 가해자가 배상하여야 할 손해는 가해행위와 인과관계가 있어야 한다. 인과관계는 두 개의 사실 사이에 있는 원인·결과의 관계로서 원인(채무불이행, 불법행위)이 없었으면 효과를 발생하지 아니하였으리라는 관계를 말한다. 인과관계의 범위에 관하여는 조건설과 상당인과관계설이 있다.

조건설은 결과방생의 원인이 된 모든 사실에 원인이 있다는 데서 자연적 인과관계 즉 무제한설과 같다. 이 설은 위법과 기대가능성을 강조하는 형법에 있어서 인과관계의 범위를 정하는 유력한 학설로 될 수 있을 지언정 공평한 분담을 이상으로 하는 손해배상제도에는 적합하지 않다. 이 설은 철학적이며 법률생활 현상을 규율하기에는 실효성이 없다.<sup>47)</sup> 상당인과관계설은 원인·결과의 관계를 구체적인 사정을 떠나 일반적으로 타당한 경우에 한하여 원인·결과의 관계를 인정하려는 것이다.<sup>48)</sup> 동일한 결과가 발생하는 것이 일반적으로 상당한 경우에 그 조건과 결과와의 사이에 인과관계가 있다고 한다. 우연한 사정이나 특수한 사정은 제외되는 것이지만 상당성의 기준을 어디에 두느냐에 따라 원인행위를 한 자의 주관에 두어야 한다는 주관적 상당인과관계설, 행위자에 의할 것이 아니라 건전한 상식을 가진 일반인에게 두어야 한다는 객관적 상당인과관계설, 당시에

47) 따라서 일정한 制限을 가하는 다음과 같은 說이 있다. ① 個別的 必要條件說(等價說), ② 均衡破壞說, ③ 最後條件說, ④ 最有力條件說 등이 그것이다.

48) 黃迪仁, 現代民法論II. 143면.

건전한 상식을 가진 일반인이 알 수 있었던 사정과 가해자가 특히 알 수 있었던 사정을 아울러 알아두어야 한다는 절충설이 있다.<sup>49)</sup>

절충설이 통설이다. 우리 민법은 손해배상의 범위는 통상의 손해를 한도로 하되 채무자(가해자)가 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해를 배상하여야 한다고 하여 상당인과관계설을 취하고 있다.<sup>50)</sup>

그런데 최근에는 공해문제에 있어서 손해의 범위나 손해의 금전적 평가와 관련하여 상당인과관계설 이외에 새로운 학설이 주장되고 있는데 이를 다음에서 살펴보기로 한다.

#### (나) 保護範圍說 내지 目的規範說

앞에서 살펴본 상당인과관계설은 책임을 한정짓는 기능을 다하지 못하고 있기 때문에 부당하다고 하여 배상책임의 기초가 되는 규범의 보호목적과 보호범위(Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm)이며 따라서 책임의 범위는 구체적 범위의 의미(Sinne)와 중요성(Tragweite)의 분석에 의하여 결정되어야 한다고 주장한다.<sup>51)</sup>

따라서 이 설에 의하면 사실적 인과관계가 있으면 불법행위가 성립한다. 사실적 인과관계의 존부는 원칙으로 「A가 없으면 B도 없다.」(conditio sine qua non 혹은 'but for' test)에 의하여 결정된다.<sup>52)</sup>

그러나 여기에는 예외가 있다. 企業  $Y_1$ 의 배출물질을  $y_1$ ,  $Y_2$ 의 배출물질을  $y_2$ , 원인물질의 최대농도를  $p$ 로하여 이를 초과하는 경우에는 손해가 발생한 경우,  $y_1 > p$ ,  $y_2 > p$ 로서  $y_1 \cdot y_2$ 가 합하여 손해가 발생하고, 또한  $y_1$ 의 행위만에 의해서도 손해가 발생하는 경우에는  $y_1 \cdot y_2$ 어느것에도 인과관계가 있는 것으로 생각하여야 한다는 것이다.

49) 郭潤直, 債權總論, 175면; 金容漢, 債權總論, 205면; 金錫宇, 債權總論, 157면.

50) 大判, 50. 3. 14, 4292 민상 32; 大判 62, 11, 1 62다 588, 大判 81, 4, 14 1480다 2322등

51) E. Rabel, Recht des Warenkaufs I, 1936, SS.495u. 540.

52) 그러나 Green은 'but for' test를 취하지 아니하고 실질적 요인방식("substantial factor" formula)에 의한다(Leon Green, Rationale of proximate cause (1927), p. 137).

사실적 인과관계의 존부의 판단도 價値判斷의 하나인 것이다. 또한 「A가 없었다면 B도 없었다」는 관계를 판단함에 있어서도 과학적 소견을 취하여 탐구하는 경우도 있다고 하는 것을 증명하기도 한다.

사실적 인과관계가 존재하면 이에 불법행위 책임의 성립을 위하여 필수적인 존재의 요건으로서 소구되는 당해 손해에 관하여 사실적 인과관계가 인정되지 않는다면 청구는 부정되는 것이고, 그 한도에 있어서만 배상범위를 한계짓는 기능을 한다고 설명되고 있다.

독일에 있어서와는 달리 완전배상의 원칙을 취하지 않는 우리나라에 있어서는 책임 근거의 인과관계는 위의 관점에서만 법적 의의를 갖는다고 할 것이다. 이에 대하여 사실적 인과관계의 부존재에도 불구하고 불법행위 책임을 부담하여야 할 경우가 있다. 민법 760조에 있어서 주관적 공동관련행위(이른바 객관적 공동관련행위에 대해서도 인과관계를 인정하려는 학설이 유력하게 되고 있다)가 그것이다.<sup>53)</sup>

그리고 배상의 범위(보호범위)에 관하여는 ① 고의를 중심으로 하는 의사적 불법행위에 대하여는 고의(의도한 결과)가 미치는 범위와 사실적 인과관계의 범위의 것, ② 과실인 불법행위에 대하여는 피침해이익에 중대성이나 행위의 위험성 및 사회적 유용성 등을 고려하여 가해자가 그의 발생을 방지하여야 할 의무(손해회피의무)의 범위내의 것으로 한다.<sup>54)</sup> ③ 금전의 평가에 관하여는 법관의 자유재량으로 정하고 피해액에 관하여는 원고의 입증을 필요로 하지 않는 것으로 한다.<sup>55)</sup>

이와 같이 보호목적설은 책임규범에 위반한 가해행위와 손해사이의 관계를 귀책목적에서부터 밝힘과 동시에 피해배상의 범위를 한정하는 문제도 귀책목적에서 설명하려는 것이다.<sup>56)</sup>

53) 平井宜雄, 전거서, 136面 이하. : 加藤了, 公害における因果關係と受忍限度, 人間環境問題研究會編, 有斐閣, 1976. 188-189面.

54) 서울民地, 71, 6, 28, 70가 9974.

55) 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 東京大出版會, 1971, 136面.

56) 金亨培, “過失概念과 不法行爲責任體系”, 民法學의 諸問題, 1980, 520면; 前田達明, 不法行爲歸責論, (日本, 創文社), 1978, 85面.

## (다) 危險性 關聯說

피해배상의 문제를 가해행위의 모습과 관련시켜 가해자가 법의침해를 하는데 필요로 하는 문제, 이른바 귀책근거적 인과관계(haftungsbegründende Kausalität)로부터 야기되는 후속손해(folge Schaden)가 가해자의 책임으로 귀속될 것인가 하는 문제, 이른바 책임충족적 인과관계(haftungsausfüllende Kausalität)로 나누어 후속손해는 제1차 손해에 부가된 위험(Risiko)이 현실화 된 것이라고 한다.<sup>57)</sup>

그러므로 이 후속손해에 대한 배상의무는 그 부가적 위험성관계의 여하에 따라 판단되어야 한다는 것이다. 따라서 어떤 불법행위가 행하여졌다면 제1차 손해가 생기고 다음으로 후속손해가 생기는데, 이들 사이에 위험성관련이 있다면 이것도 포함되지만 후속손해가 일반생활상의 위험(allgemeine Lebensrisiken)에 의하여 발생된, 즉 우연적인 경우나 피해자 자신의 위험한 행위가 개입하고 있는 경우에는 위험성관련이 없다고 할 것이므로 가해자에게 배상책임을 물을 수 없다는 것이며,<sup>58)</sup> 이 후속손해의 배상책임의 한정에 관한 문제가 바로 손해배상의 범위에 관한 문제라 한다. 이를 危險性關係說이라고도 한다.<sup>59)</sup>

생각컨대 우리 민법 제750조의 인과관계에 관하여는 예견가능성을 요건으로 한다면 판단자의 자의적인 판단에 흐르기 쉬워 기준으로서는 타당하지 못한 것이 아닌가 한다.

따라서 예견가능성이론은 배상범위를 한정짓는 기준으로서는 유용하지 못하다고 할 것이다. 그리고 인신손해에 관하여는 상해침해설 내지 가동능력상실설(評價說)을 취하면 금전평가의 문제를 바로 논의하게 된다. 다시말하면 배상의 범위는 사실적 인과관계의 존재를 전제로 하여 개연성·사회적 타당성·사회적

57) 前田達明, “不法行爲法の構造” 民法學の基礎的問題(下) - 於保還歷論文 - 有斐閣, 1976, 184面 이하; 高木外, 民法講義(6), 344面.

58) Hermann Lange에 의하면 일반적 生活危險의 實現인 後續損害는 규범이 保護目的에 속하지 않는다고 하였다. 前田達明, 判例不法行爲者, 青林書院新社, 1978, 85面.

59) 이에 관한 상세한 것은 金亨培, 전제논문, 545면 이하 참조; 石田壤 損害賠償責任法の再編成(東京大出版會), 1980, 480面 이하.

필요성 등을 고려하여 오히려 정책적으로 결정하는 것으로 해석된다고 할 것이다. 또한 人身損害이외의 物的損害, 생업손해 등의 재산손해에 관해서도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다.<sup>60)</sup>

## (2) 인과관계의 입증

변론주의하의 민사소송에 있어서는 권리의 존재를 주장하는 원고에게 그 권리 근거규정(불법행위의 경우에는 행위자의 고의·과실, 위법성, 피해의 발생 및 행위와 결과사이의 인과관계 등)의 요건사실에 대한 입증책임이 있다.

그러므로 환경오염으로 인한 공해소송에 있어서의 인과관계의 입증책임도 물론 피해자인 원고에게 있다. 그러나 相隣的 분쟁의 경우는 가해자도 특정되고 거리적 근접 등의 인과관계는 용이하게 추인되지만 항상적 소음이나 건설공사 등으로 인한 지반침하·일조 등의 공해, 수질오염이나 대기오염 등의 공해에 있어서는 복수의 가해자와 자연현상이 복잡하게 얽혀 있기 때문에 인과관계의 입증은 극히 곤란하다.

이와 같이 입증책임이 심히 곤란한 환경오염으로 인한 피해에 관한 소송에 있어서 까지도 일반 불법행위소송에서와 동일하게 법관이 확신을 가질 수 있는 정도의 확실성 있는 증명을 요구한다면 책임있는 가해자로 하여금 입증이라는 소송기술 때문에 책임을 면하게 하는 반면, 실제 피해를 입은 환경오염으로 인한 피해자는 법적 구제의 길을 막는 불공평한 결과를 가져오게 될 것이다. 여기에 환경오염 피해자측의 입증의 정도를 완화하거나 경감하여야 한다는 요청에 따라 등장한 이론이 개연성설이다.<sup>61)</sup>

60) 종전과는 달리 환경정책기본법 제31조 1항의 무과실책임의 규정은 환경오염으로 인한 생명·신체 뿐만 아니라 재산상의 피해까지도 포함한 것이다.

61) 李宰勳, 判例不法行爲法(V), 4093-4095면, 대법 1984. 6. 12. 81다 558-수질오탁으로 인한 공해소송에서 (1) 피고 공장에서 김의 생육에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고 (2) 그 폐수중의 일부가 해류를 통하여 이 事件 김양식장에 到達하였으며 (3) 그 후 김에 피해가 있었다는 사실이 각 모순없이 증명된 이상 피고 공장의 폐수배출과 양식 김에 병해가 발생함으로 말미암은 손해간의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로 피고가 (1) 공장폐수 중에는 김의 생육에 영향을 끼칠수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며 (2)

(가) 蓋然性說

a) 의의 : 개연성설은 입증책임분배의 기준을 사물의 개연성(Wahrscheinlichkeit)에 두고 이 개연성은 원칙·예외의 고려에 기초를 하고 있다.

개연성이론에 의하면 인과관계의 증명은 개연성 정도의 심증을 형성시키면 족하다라든가 또는 “원고는 인과관계의 존재의 개연성을 증명하면 족하고 피고는 반증으로써 인과관계가 존재하지 아니함을 증명하지 않는 한 책임을 면할수 없다”고 한다.<sup>62)</sup>

이론의 실질적인 근거에 관한 판례나 학자들의 주장하는 바를 종합하여 본다면 다음과 같다.

즉 ① 피해자의 경제적 지위의 열세 ② 피해원인조사에 대한 가해자의 비협조 내지 방해<sup>63)</sup> ③ 공적 조사기구의 미비 ④ 조사기술의 미개발 ⑤ 유해물질의 방산<sup>64)</sup>

원인물질이 들어있다 하더라도 그 해수혼합율이 안전도 범위내에 속한다는 사실을 반증을 들어 인과관계를 부정하지 못하는 한 그 불이익은 피고에게 돌려야 마땅한 것이다라고 판시하였다. ; 德本鎮, “損害賠償における因果關係”企業の不法行爲責任の研究, 一粒社, 1978, 59-66面, 독일에 있어서 鑛害賠償의 因果關係의 立證에 관한 學說, 判例는 鑛業損害의 特殊性에 비추어 因果關係의 立證責任을 완화하므로써 실질적으로는 立證責任의 轉換으로 公평한 鑛害賠償을 실현할 수 있다는 것이다. E, Holländer, die Endschanigung für Berghauschaden, S. 5. 이에 日本의 鑛害賠償에 있어서도 이와 같은 입장을 검토할 필요가 있다는 데서 비롯되었다고 한다 ; Vgl. W. Heinemann, Die Beraugschaden auf Grundlage des prusischen Rechtes, 25. 이에 대하여 鑛業權과 土地所有權과는 相隣關係로 취급하려는 입장도 있다.

- 62) 개연성을 인정한 판례로서 피해자의 입증의 범위를 줄이고, 가해자의 반증의 범위를 확대하자는 개연성설에 입각한 사실인정은 정당하다. -대법원 1974, 12, 10 선고, 72다. 1774 제 3부 판결.
- 63) 입증방해행위를 인정하는 근거에 관하여는 증거조사를 방해하는 행위자체가 그 결과를 두려워하고 있음을 명백히 하는 것이라는 경험칙설과 상대방으로 하여금 입증을 실패케하거나 곤란케 만든 자는 그 결과 입증불능효과에 따른 이익을 받아서는 안된다는 신의칙위반설, 어느 편의 당사자에게 입증을 기대할 수 있는 가를 기준으로 분배되는 것임을 전제로 한 입증자의 상대방의 귀책 사유로 입증자의 입증이 기대할 수 없게 되었을 때 기대불가능을 야기한 자에게 입증책임을 돌려야한다는 기대가능성설, 사실관계의 해명이 불가능하게 됨으로 인한 불이익은 그 원인을 조성한 자에게 돌리는 것이 형평에 맞는다는 설 등이 있다. 盧宗相, 不法行爲訴訟에 있어서의 입증 책임의 전환, 사법론집(대법원행정처)1974, 5집.
- 64) 공장에서 200m 떨어진 곳에 있는 농장의 관상수들이 집중피해를 입었고 공장에서 유해물질이 배출된 이상 그 유해물질이 피해의 직접적인 원인은 아니더라도 나무성장을 저해하는 간접적인 원인이므로 피해를 가속화시켰으므로 손해배상책임이 있다. 1985. 11. 13대판-동 14일자 동아일보.



이라는 가해자의 위법행위 ⑥ 감정·조사에 대한 사회적 정치적 영향의 작용 가능성 ⑦ 가해자 부담의 전가가능성 ⑧ 가해자측의 입증의 용이성<sup>65)</sup> 등이 그것이다.<sup>66)</sup>

b) 蓋然性說의 법적 구성 : 그러나 개연성설의 구체적인 내용이나 법적 구성과 방법에 관하여는 첫째, 증거우월성설이 있다. 이 설은 영미법상의 증거우월(preponderance of evidence)의 개념을 도입하여 공해소송에 적용하려는 입장이다.

이 설은 인과관계 증명의 정도는 사안에 따라 다른 것으로서 형사소송에 있어서는 인권에 관한 것이므로 합리적으로 생각해서 의심의 여지가 없는 정도의 증명(proof beyond a reasonable doubt)이 요구되지만 민사소송에 있어서는 어느 쪽을 승소하게 할 것인가의 문제이므로 합리적으로 고찰하여 증거의 비중이 50%를 넘는 정도의 증명이 있으면 과학적으로도 다른 가능성을 모두 배제할 수 없는 경우에도 사법적 구제를 할 수 있다는 것이다.<sup>67)</sup>

둘째, 事實上의 推定(res ipsa loquitur=thing speak for itself)설은 공해소송에 있어서는 원고가 인과관계에 관한 상당한 개연적 입증을 하면 이로써 그존재에 사실상의 추정을 허용, 피고측이 인과관계의 부존재를 입증하는 경우에 한하여 이를 부정한다는 견해이다.<sup>68)</sup>

65) 기업이 유해물질을 배출하고 그로 인해 현실적으로 손해가 발생한 이상 기술적 경제적으로 훨씬 유리한 입장에 있는 기업측이 가해행위와 손해발생과의 인과관계가 없다는 사실을 입증하지 않는 한 손해배상책임을 져야 한다. 1986. 10. 8 서울고판-동일자 동아일보.

66) 淡路剛久, 公害賠償の研究, 有斐閣, 5面: 損害賠償法講座(5), 104-105面; 具然昌, “公害와 因果關係에 대한 判例의 動向”, 民事法과 環境法の 諸問題(安二瀧博士 華甲紀念), 博英社, 1986, 512면; 李宰勳, 判例不法行爲法(1), 967면.

67) 德本鎮, 전게서, 130面; 吳錫洛, 公害訴訟의 諸問題, 67면; 木官高彦, 전게서, 140面; 加藤一郎, 公害法の生成と展開, 29面, ; 註釋公害法大系(4), 255面이하.

68) J. A. Henderson & R. N. Person, Products Liability the Torts Process, 355면. Byrne v. Boadle, 2H & C 722(Ex. 1803)의 사건에서 Baron Pollock 가 “There are certain cases of which it may be said res ipsa loquitur and this seem one of them. In some cases the Court has held that the more fact of accident having occurred is evidence of negligence…”라고 하여 처음 사용되었고 Scott v. London & St. Katherine Docks Co. 3H & C. 596, 601(Ex. 1865)의 事件에서 裁判長 Erle에 의해 일반화 되었다.

C) 蓋然性說에 대한 비판: 이 이론이 공해로 인한 피해자의 구제를 위한 이론이라고 하지만 i)개연성의 입증만으로도 증명이 된다는 법적 근거가 없을 뿐만 아니라 종래의 이론과 관련하여 소송적 이론구성이 곤란하고, ii) 개연성이라는 개념 자체가 추상적이고 상당한 폭을 갖는 것이기 때문에 도대체 무엇을 어떻게 입증하는 경우에 개연성의 입증에 도달하였다고 할 것인가 하는 명확한 기준을 설정하기가 어렵다는 등의 비판이 가해지고 있다.

이와 같은 개연성이론의 약점을 극복하기 위하여 이제까지 개연성의 입증으로 불리워진 것의 내용을 소송법적으로 분석하려는 이론이 나타나게 되었다.

이를 新蓋然性說이라고 한다.

d) 新蓋然性說: 간접반증론은 위에서와 같은 개연성설의 약점을 소송법상 극복하기 위하여 종래에 막연하게 피해자의 입증책임을 경감하려고 한데 대하여 가해자에게 간접반증책임을 과하여 그 입증책임을 강화하는 동시에 경험칙이 작용하는 경우를 명확히 하며 그 적용범위를 확대하려는 이론이다.<sup>69)</sup>

공해에 관한 인과관계를 유형적으로 보면 피해발생의 원인물질 내지 메카니즘(병인론, 원인론 에 해당하는 사실: A), 피해자 내지 피해지의 도달(오염경로에 해당하는 사실: B), 기업에 있어서의 원인물질의 생성 배출(배출행위에 해당하는 사실: C)의 세 가지 사실로 분해하여 위 A. B. C중 두 가지 사실(경우에 따라서는 그 이외의 간접사실)에 의하여 증명된다면 인과관계는 일단 추정에 의하여 증명도에 달하고 그 후는 피고 기업측에서 세번째의 부존재를 입증함으로써 자기가 원인이자 될 수 없다는 것을 증명(간접반증)하지 않으면 아니 된다고 한다.<sup>70)</sup>

이를 분석하면 원고측이 피해발생의 원인물질(A)을 증명하고 다시 오염경로 즉 원인물질의 오염과정을 더듬어 올라가면 기업의 문전에 도달하는 사실(B)을 증명할 경우에는 기업측은 자기가 오염원이 될 수 없다는 것을 주장·입증(간접반증책임)하지 않는 한 인과관계의 존재가 추정된다.<sup>71)</sup>

69) 吳錫洛, 立證責任, 日新社, 1983, 72면.

70) 상계서, 35면.

71) 新竊地裁, 昭46, 9, 29. 判時 642號 96面.

피고측 기업에서 원인물질이 생성되지 않았든가, 생성되었지만 유출되지 않은 사실(C사실의 부존재)을 증명한 경우는 간접반증에 성공한 것으로 인과관계는 부정된다. 그러나 피고가 사실(C)의 부존재를 증명하지 아니하고 다른 오염원을 증명하였다고 하더라도 그것만으로는 인과관계의 존재가 부정되지 않고 복수원인에 의한 공해문제로 된다.<sup>72)</sup> 다만 사실(C)의 존재와 다른 오염원의 존재가 병존하지 아니한 것까지 증명한다면 피고 기업의 조업과 손해와의 사이에 인과관계는 부정될 것이다.

원고측이 일방적으로 피해발생의 원인물질(사실A)을 증명하고 다른 한편으로는 동종의 원인물질이 피고 기업에서 생성유출되고 있는 사실(C)을 증명하고 다시 피고 기업에서 유출한 원인물질이 피해지역에 도달할 가능성을 증명한 경우에는 피고 기업측에서 자기가 오염원이 될 수 없다는 사정을 주장·입증하지 않는 한(간접반증책임) 인과관계의 존재가 증명된다.

도달가능성에 대한 입증정도로써 대기오염의 경우에는 피고기업과 피해지역 사이의 거리 및 풍향으로 보아 피해지역에의 도달가능성이 있으면 된다.

수질오염의 경우에는 피고 기업으로부터의 원인물질이 상류에서 행하여지고 피해지역이 하류에 있는 정도의 상황으로 족하다.

피고 기업측의 간접반증으로서 피고기업에서 유출된 원인물질이 현실로 피해자 또는 피해지역에 도달하지 않는 사실, 또는 위와 같은 증명이 될 수 없더라도 농도 등에 비추어 자기의 배출물이 피해발생의 원인이 될 수 없다는 것을 증명한 경우에는 원인관계는 부정된다.<sup>73)</sup> 피해기업측이 자기의 배출물 이외의 원인을 적극적으로 주장·입증한 경우에는 원고측이 피고 기업에서 배출된 원인물질이 피해자에게 도달된 사실을 적극적으로 증명하여야 할 것이다. 원인물질의 도달에 관하여 원고측의 증명이 성공한 경우에는 복수원인자의 문제로 된다.

원고측이 피고 기업에서 유해물질이 유출되고(C), 그것이 피해자 또는 피해지역에 도달한 사실(B)을 증명한 경우에는 기업측은 자기가 원인이자 될 수

72) 淡路剛久, 전거서, 35面.

73) 被害에 의해 證明된 사례로서 靜岡地裁, 昭38, 5, 1 訟務月報 9卷5 號575.

없다는 증명(간접반증)을 하지 않는 한 인과관계의 존재가 증명된다.

피고측이 간접반증으로서 원고 질환의 특성 또는 피해발생의 메카니즘으로 보아 기업이 배출한 유해물질과 피해발생의 원인물질이 동일하지 아니하다는 것을 증명하거나 또는 다른 물질이 원인물질인 것을 증명한 때에는 인과관계는 부정된다. 그러나 피고측이 다른 원인물질을 증명한 경우라도 위에서와 같은 증명에 이르지 못한 경우에는 인과관계는 부정되지 아니하고 복수원인의 문제로 될 뿐이다.<sup>74)</sup>

#### (나) 疫學的 因果關係理論

최근 들어 공해소송의 인과관계의 입증수단으로서 역학적 방법을 도입하는 것이 유익한 경우가 있다는 것은 일반적으로 인정되고 있다.

疫學(Epidemiology)이라 함은 병원균 또는 유해물질을 직접 발견하는 것을 목적으로 하지 아니하고 집단현상으로서의 질병의 발생·분포·소장 및 이에 미치는 자연적·사회적 제요인과의 상관관계를 통계적 방법으로 규명함으로써 개연적으로 명백해진 결과에 의하여 질병방지억제의 방법을 발견하려는 학문 분야를 말한다.<sup>75)</sup>

역학적 인과관계의 유무는 보통 다음의 네가지 조건을 충족하느냐에 의하여 판별된다.

즉 i) 그 인자가 발병의 일정기간전에 작용하였을 것이며, ii) 그 인자의 작용하는 정도가 현저할수록 그 질병의 이환율이 높아질 것으로서 이는 곧 양과 효과와의 관계(dose and effect relationship)가 존재할 것이며, iii) 그 인자가 제거되거나 적어질수록 질병의 이환율 또는 정도가 저하한다는 이른바 消去의 原則이 존재하여야 한다는 것이다(예를 들면 오염된 고기를 먹지 않으면 질병에 걸리지 않는 경우와 같이). iv) 인자가 원인으로서 작용하는 병리기서(Mechanism)가 생물학적으로 모순없이 설명되어야 한다는 것이다.<sup>76)</sup>

74) 淡路剛久, 전제서, 38面; 李宰勳, 判例不法行爲(1) 法律文化社, 1982, 969면.

75) 吉田克己, “疫學的因果關係と法的因果關係” JURIST 440, 104, 104面, 安二瀧, 公害의 私法的救濟, 辯護士會(서울; 第一辯護士會 1973). 25-26면; 吳錫洛, 公害訴訟의 諸問題, 70면.

76) 淡路剛久, 公害賠償의 理論(東京: 有斐閣, 1975), 39面.

그러나 이는 반드시 엄밀한 실험과학적 방법에 의해서 명확히 되는 것만을 의미하는 것이 아니라 합리적으로 그 관계를 설명할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 역학적 인과관계이론을 공해소송에도 적용할 수 있다는 것이 이 이론이다.<sup>77)</sup>

그러나 역학적 인과관계는 자연과학에서의 이론이기 때문에 법적 인과관계에 있어서 그대로 받아들일 수는 없는 것이다. 역학적 인과관계에 있어서도 개인과 집단을 동일하게 추정할 수 있느냐 하는 것과 메카니즘과 수량의 입증의 필요 내지 정도의 문제가 된다.

특정한 유해물질에 의하여 질병이 다른 것과의 구별이 현저할 때에는 별다른 문제가 없을 것이다. 그러나 비특이성질환의 경우(예를 들면 피고 공장에서 배출한 아황산가스가 피해자에게 기관지천식을 일으켰다고 하는 것처럼)에는 원고가 주장한 피고 기업이 배출한 피해물질 이외에도 연령·성별·직업·기상·계절 등 여러 가지 인자에 의하여 발병가능성도 있기 때문에 특히 문제가 된다. 이에 대하여 역학은 원래 집단현상의 분석을 통하여 통계적·추계학적 처리에 의한 인과관계의 추계에 불과한 것이므로 “특별한 사정이 있는 한 개인의 인과는 집단의 인과에 따른다”는 견해가 유력하다.<sup>78)</sup>

다음으로 공해로 인한 인과관계를 규명함에 있어서 원고가 주장하는 공해의 원인물질이 피해자에게 도달한 후 어떠한 병리학적 경과를 거쳐서 질환 등 손해를 발생하게 하였는가를 입증할 필요가 있는가의 문제가 된다. 이 점에 관하여는 일반적으로 법적 인과관계를 규명함에 있어서는 책임의 귀속을 명확히 할 수 있는 물질의 특징이 있으면 되는 것이므로 역학적 방법에 의해서 무엇이 원인자인지가 증명된 이상 그것이 피해를 일으키는 메카니즘까지는 필요가 없다<sup>79)</sup>는

77) 吉田克己, 전제논문, 10면. ; 이 설에 대하여 일본의 徳本鎮교수는 독일의 광해배상법에 있어서 Primafacie-Beweis의 법리에 기인한 것이라고 한다. Primafacie-Beweis는 「표견증명」혹은 「일응추정」이라고도 불리우고 영미법에 있어서 과실추정에 관한 res ipsa loquitur에 상당하다고 한다.

78) 澤井裕, 公害の私法研究, 231 面; 疫學的 評價는 집단현상에만 유효한 것이지 개인에 대한 根據는 될 수 없다고 한다.

79) 新美育文, 疫學的手法にする因果關係の證明(上), ジュリスト866호 74面.

것이 지배적<sup>80)</sup> 이라고 할 수 있다.

(다) 기타의 이론

危險領域說(Gefahrenbereichstheorie)이라 함은 한편에 있어서 원고(피해자)가 證明窮乏(Beweisnotstand)에 처해 있는데 다른 한편에 있는 피고(가해자)는 적어도 자기의 책임이 문제로 되는 관계에 있어서 사실관계를 용이하게 해명할 수 있는 입장에 있는 경우 입증책임의 분배에 관한 일반원칙은 수정되어 가해자가 요건사실의 반대사실에 관한 입증책임을 부담한다는 이론이다.<sup>81)</sup>

여기서 “위험영역”이라 함은 피해자에게 발생할 수 있는 손해에 관하여 가해자가 자유로이 처분할 수 있는 법적·사실적 수단을 가지고 일반적으로 지배하는 것이 가능한 사실적 생활영역을 말하며<sup>82)</sup> 가해자의 지배하에 있는 공간적·물적 영역을 뜻한다. BGH는 위험영역을 일괄적·포괄적으로 정하지 아니하고 개별적 사건에 따라 정의하고 있지만 대개의 경우 당사자가 법률적·사실적으로 지배하는 공간적·대립적인 감호영역을 위험영역이라고 한다.<sup>83)</sup>

한편 이 설의 실질적인 근거로는 책임에 관한 규범은 손해의 발생을 예방하는 목적을 가지고 있는 것인 바, 이러한 목적은 가해자로 하여금 위험영역의 事象을 증명하여 책임을 면하게 함으로써 달성될 수 있다는 데 두고 있다. 이 설에

80) 最近疫學的因果關係의判斷基準을發展시켜提示한條件을 다섯 가지로 하고 있다.

① 關聯性의 一致性 (consistency of association) 또는 보편성(Universality of Consistency)

② 關聯性의 強度 (Strength of association)

③ 關聯性의 時系列的 關係(Temporal relationship association)

④ 關聯性의 整合性 (Coherence of association)

⑤ 關聯性의 特異性 (Specificity association)

이러한 條件이 모두充足되면역학적因果關係의存在는肯定되는것이라고 한다. 역학적因果關係의特質은集團現象으로서의疾病에關한原因을 기술하는 것이며 그集團에歸屬하는個人이羅蠱한疾病의原因을 기술하는 것은 아니다.

81) J. Prölss, "Die Beweislast nach gefahrenbereichen Vers R 1964" Note 7, S 83; 洪天龍, 전게서, 55-56면.

82) J. Prölss, "Beweiserleichterungen in Schadensersatz Trozeß, S. 83.

83) 이에 관하는 全昌祚 "危險領域理論과 環境訴訟에의 適用", 民事法과 環境法の 諸問題(安二瀧博士華甲紀念), 博英社, 1986, 646-668면 참조.

관하여는 우리나라에서도 독일의 Pröiss에 따라서 입증책임분배에 관한 법의 흠결을 보충하는 원리로서 적용이 가능하다는 입장에 적극적으로채권침해에 관하여는 이행불능에 관한 규정(민법 제390조 단서)이 형식적으로 준용되나 구체적인 내용은 위험영역이론을 바탕으로 하여 결정되며 나아가서 의료과오, 제조물책임, 공해소송에 있어서도 그대로 적용할 것을 주장하는 견해와<sup>84)</sup> 실정법에 반하는 입증책임의 분배는 법적 안정성을 해칠 우려가 있다고 하여 위험영역이론의 채용에 신중론을 펴는 견해<sup>85)</sup>가 대립되고 있다.

이 설은 우리나라에서도 손해배상청구소송에 있어서 피해자의 입증책임의 분배이론으로서 소개되고 있어 그 귀추가 주목되고 있다.<sup>86)</sup>

한편 일본에서는 위험영역설을 공해소송에 도입함으로써 원인사실이 가해기업의 위험영역내에 있는 경우에는 인과관계를 인정한다는 가능성을 제시하고 있다.<sup>87)</sup> 생각컨대 이 설에 대하여는 독일에서도 아직 위험영역한계의 설정이 곤란함으로 그 증명공핍의 경우에는 일반불법행위에 있어서의 表見證明과 증명방해의 경우 立證責任의 轉換이론에 의하여 구체되어야 한다는 유력한 학설<sup>88)</sup>도

84) 康鳳洙, 입증책임분배에 있어서의 위험영역이론, 민사재판의 제문제 제2권, 313면, ; 또한 전창조교수는 환경소송과 같은 전형적인 현대형 소송에 있어서는 법률요건분류설과 같은 공해를 예상치 못한 입증책임분배기준을 터전으로 하여 다가한 입증책임경감의 방법론을 모색할 것이 아니고 공평의 원리·이익형량·법의 흠결의 보충의 원리에 입각하여 입증책임분배에 관한 새로운 기준인 위험영역이론을 적용하는 것이 바람직하다는 견해를 밝히고있다. 전창조, 전계논문, 667면.

85) 吳錫洛, 입증책임론, 80면.

86) 全昌祚, 전계논문, 668면.

87) 潮海一雄 “訴訟における賠償論(1)”, 判例タイムズ No.311, 29面. 그러나 이에대해서 계약관계에 관해서는 채무불이행에 관한 민법 제415조에 의해서 불완전이행의 一態樣인 적극적으로채권침해에 있어서도 귀책사유(고의, 과실 또는 신의칙상 이것과 동일시되어야 할 사유)의 부존재에 관해서는 채무자가 부담한다고 해석하는 것이 통설이고, 그 한도에서는 위험영역설의 적용의 여지가 없다고 하고, 위험영역설을 제조물책임 등의 불법행위구성에까지 확장하는 것은 과실책임의 성질을 무의미하게 만든다는 점을 들어 비판하고 있다. 村上傳巳, 證明責任の研究, 77면; 石田穰, 證據法の再構成, 139面.

88) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1974, S. 612.

Rosenberg-Schwab는 위험영역의 범위가 애매하며도 계약법에서는 독일민법 제282조, 제285조를 준용할 수 있고 불법행위에 있어서는 표현증명의 원리 및 특수한 경우의 증명책임전환법리(입증방해 등)를 적용할 수 있으나 별도로 위험영역이론을 내세울 필요는 없다고 한다. 다만 Schwab는 제조물책임소송의 경우에만 극히 예외적으로 위험영역의 이론을 적용할 수 있다고 한다. Schwab, Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normen-theorie, S. 518.

주장되고 있는 실정이므로 이를 공해소송에 도입함에 있어서는 그 실효성의 유무 및 현재의 민사소송법 이론과의 충돌 여부에 관한 신중한 검토가 있어야 할 것으로 본다.

#### (라) 環境汚染(公害)의 複數原因者의 責任

오늘날의 산업사회에서는 가해자는 물론이거니와 피해자도 불특정 다수의 경우가 보통이고 설사 가해자가 특정된다하더라도 복수인 경우가 많다. 여기에 책임주체가 많다는 것은 피해자가 이들을 상대로 하기에 어려움이 따르게 되고 가해자측의 내부 구상권 관계도 매우 곤란한 문제가 따르게 된다. 이러한 문제점을 극복하기 위하여 환경오염피해에 대한 복수당사자의 연대책임<sup>89)</sup>을 규정함으로써 환경오염피해에 대한 피해자의 입증책임을 경감시키는 동시에 인과관계에 대한 입증책임을 가해자에게 전환시켜 피해자의 보호를 도모케 하였다. 환경오염으로 인한 피해는 복수의 발생원으로부터 나오는 배출이 경합하여 일어나는 경우가

89) 최근 일본에서 내려져 이른바 공해소송의 신기원으로 주목을 끌고 있는 판결로서 공장지역에서 내뿜는 소위 복합매연은 그 일대 지역주민의 건강을 해치는 요인이므로 각 공장이 연대하여 손해를 배상한 책임이 있다는 판결이 오사카(大阪)민사지법 9부에서 내려져 주목을 끌고 있다. 즉 일본에서도 최초로 공장매연과 차량의 배기가스에 의한 복합대기오염의 법적책임을 묻는 오사카시 니시요도가와(西定川)주민들의 기관지천식 등에 따른 「西定川공해소송」에서 공장들의 불법행위에 의한 가해책임을 인정, 원고승소판결을 내렸다.

사안은 공해병에 시달리는 환자와 가족 117명은 국가와 한신(阪神)고속도로공단, 관서전력 등 10개 기업을 상대로 환경기준을 넘는 오염물질의 배출정지 및 총액 3억 1천 6백만엔의 이르는 손해배상소송을 제기했었다. 이 소송에서 재판부는 재판부는 매연을 뿜는 10개 기업은 니시요도가와區의 오염원이며 원고들에게 건강피해를 초래했다고 판시, 각 기업은 연대하여 3억 5천 7백 42만엔을 배상토록 하였다. 재판부는 국가·공단의 도로관리책임에 대해서는 배기가스에 의한 이산화질소와 질병과의 인과관계를 부인하였고 피고기업들에 대한 매연배출유지청구도 배척하였다.

일본에서 기업결합(콤비네이트)이 아닌 복수의 기업에 대해 오염발생의 공동책임을 인정 한 것은 이번이 처음이다. 이 판결은 오염원이 복잡한 도시형오염의 피해구제에 대해 원고측의 거증책임을 묻지않고 구제의 길을 넓힌 사법판단으로 평가받고 있다. 복합공해 “기업연대배상” 첫 판결(일본) - 「매연으로 주민 63명 기관지천식 앓아 “10개업소 공동책임, 3억엔 지급하라.” 오염원 복잡한 도시형공해피해 구제길 넓혀」라는 제하의 서울신문1991. 3. 31일자 5면기사.



많다. 특히 공업단지에 있어서 공해는 특정의 어느 한 공장으로 인한 것이라기 보다는 여러 공장의 폐수유출로 인한 경우가 보통일 것이다. 이 경우 각 공장마다 환경오염에 기여하는 정도가 다를 것이나 이를 측정하기는 극히 어려운 일이고 또 때에 따라서는 개별적으로 어느 공장이나 모두 법에 정한 배출허용기준을 초과하지 아니하나 그러한 여러공장의 배출이 합해질 때 비로소 배출허용기준을 초과하여 환경오염피해를 일으키는 경우도 있을 것이다.

이러한 경우 누구를 상대를 하여 어느 범위로 청구할 수 있을 것인가가 문제이다.<sup>90)</sup> 이와 관련하여 새로 제정된 환경정책기본법 제3조 2항에서는 사업장등이 2개이상 있는 경우에 어느 사업장등에 의하여 제1항 환경오염으로 인한 피해가 발생한 것인지 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 민법 제760조와 관련하여는 종래부터 다음과 같은 견해가 주장되고 있어 이를 간략하게 설명하기로 한다.

a) 連帶說: 이 설은 복수의 발생원에 의한 공해의 경우에 민법상의 共同不法行爲(제760조)의 규정을 그대로 유추적용하는 견해이다.<sup>91)</sup> 즉 각 기업은 환경오염(수질오염)에 대하여 그 기여한 정도는 어떻게 공동하여 그 상태를 만들었으므로 共同不法行爲에 의한 연대책임을 져야 한다는 견해이다. 따라서 공동불법행위의 규정대로 총배출을 일정한 수준으로 끌어내리는 경우에 있어서도 연대책임적 의무를 부담하고 있으므로 전기업을 상대로하건, 원고가 선택한 특정기업(당초부터 그 특정의 한 기업을 상대로 제소하였다면 그 기업을 상대로)에 대하여 그 전배출량을 한도로 소송을 기소하여 집행하는 것은 자유라는 것이다.

90) 民法 제 760조의 취지는 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 책임의 연대성을 인정하려는 것이다. 그러므로 共同不法行爲責任을 不真正連帶債務라고 새기는 것이 피해자에게 유리하고 제 760조의 취지에도 부합하는 것이라고 할 것이다. 郭潤直, 債權各論, 661면.

91) 川井健, 現代不法行爲法의 研究, 日本評論社, 1978, 285面; 連帶債務는 不真正連帶債務라서 求償權문제는 생기지 않으나 근래에 와서 交通事故에 관한 複數不法行爲者 1인이 全損害賠償을 한 경우에 그 者는 다른 不法行爲者에 대하여 過失의 비율에 따라 일정한 負擔部分에 관하여 求償權을 行使할 수 있다고 한다. 日最高裁 昭41. 11. 18 民集20卷 9호, 1888면; 李宰勳, 전게서, 813면.

b) 分割責任說<sup>92)</sup> : 이 설은 각 기업이 오염에 기여한 정도에 따라 책임을 지운다는 견해이다. 즉 한 기업의 행위로 환경오염을 시켰다면 그 피해에 대하여 전부의 책임을 져야할 것이다. 그러나 복수기업의 행위가 단독으로는 피해가 발생하지 않으나 다른 원인과 결합하여 피해를 발생시킨 경우에는 각 기업의 기여도에 따라 按分하여 각자는 분할책임을 져야한다는 견해이다.<sup>93)</sup>

c) 引入說 : 이 설은 복수발생원의 일부기업만이 제소될 경우에는 그 배출량을 한도로 책임을 지나 다른 발생원을 소송에 끌어들여 그 기여도가 (명백해지면) 입증되면 당연히 자기의 가해행위를 한도로 책임이 감축된다는 견해이다. 분할책임설에서는 기여도가 명백해지면 당연히 책임이 감축되지만 이 설에서는 소송상의 피고가 다른 발생원인 피고를 끌어들이지 않는 한 전책임을 지게 된다. 다시 말하면 일단 다른 발생원을 끌어들여 복수의 피고가 되면 그들 사이에는 상당하는 분만큼 책임을 지게 된다.

이 설에 대하여 일부 연대를 인정한다는 것은 민법 제760조의 존재이유가 없게 되고 가해자에게 책임경감의 주장을 허용하게 되면 소송의 장기화로 피해자보호에 적절하지 않다는 비판이 가해지고 있다.<sup>94)</sup>

#### (마) 공해와 자연재해의 공동원인의 경우의 문제

환경오염(공해)과 함께 한해, 적조, 수온의 강화와 같은 자연재해가 공동원인이 되었을 경우, 그 인과관계의 입증도 어렵겠지만, 설혹 양원인이 공동으로 작용한 것이 인정되었다 할지라도 그 배상액의 결정에 여간 어려움이 크지않다. 세계

92) 아황산가스의 果樹被害에 대하여 분출한 회사가 다수라도 각자 全部責任을 인정한 판례, 大法 1974. 12. 10 宣告, 72다. 1774判決.

93) 野村好弘, 전계 判夕 224號, 51面; 川井健, 전계서, 286面, 그 이유로는 公害와 같은 새로운 法的인 문제에 대하여는 民法 제 719조 (우리 民法 제 760조)에 매일 필요는 없다는 것이다.

94) 川井健, 전계서, 287面.

적으로도 아주 드문 이러한 경우에 관한 우리의 판결이 하나 있으며,<sup>95)</sup> 벌써 두 번째로 이 사건은 대법원에 계류중에 있다.

공해와 자연재해가 공동원인이 된 경우의 배상책임의 범위결정에 관하여는 공동불법행위법리의 유추적용설, 민법 제393조 유추적용설, 자연력제감설 등이 있을 수 있다.<sup>96)</sup> 양당사자의 이익교량적 측면에서 볼 때, 민법 제393조 유추적용설 혹은 자연력제감설이 합리적일 것으로 보인다.

## 6. 판례의 태도

우리나라와 일본에 있어서의 공해의 인과관계에 관하여 논의의 대상이 되어 왔던 몇가지 공해소송사건을 간략하게 살펴보고자 한다.

### (1) 우리나라의 경우

(가) 湖南精油 光陽灣 오염으로 인한 白蛤 養殖場 사건(大判, 77. 4. 12, 76 다 2707, 2708- 파기후 대판80. 3. 25, 78 다 2229, 2230 성립인정)

95) 大判 1985. 11. 12, 84 다카 1968 : 원고주장의 불법행위의 원인사실에 관하여 심리 및 판단을 하지 않은 위법이 있다고 원심을 파기한 사례- 피고 공장의 굴뚝에서 동식물에 유해로운 물질인 아황산가스나 검댕이들이 분출되고 또 위 굴뚝의 동남쪽 약 200미터 위의 지점에 위치한 본건 관상수들에 특히 피해현상이 나타났다면 실사 대기중에 확산된 아황산가스나 검댕이의 농도가 식물의 고사에 직접적인 원인이 되지 아니하였다 하여도 그런 유해물질의 낙하부착이 식물의 생장과정에 장애적인 작용을 한것임을 부인할 수 없는 바이니 위 공해물질의 분출은 위 관상수들이 한파에 의하여 쉽사리 동해를 입게 된 원인관계가 있던 것이 아닌가 하는 의심을 질게 하였다.

기록에 의하면, 원고는 위 관상수의 고사는 한파와 피고공장에서 유해물질을 분출한 것이 공동원인이 되었다는 점도 아울러 주장하고 있는데도 불구하고 원심판결은 고사의 원인이 동해로 인한 것이라고만 판시하였을 뿐 유해물의 분출이 고사의 공동원인이 된 여부에 관하여는 심리를 제대로 하지 아니하고 이에 대한 평가를 아니하였음은 심리미진 및 판단유탈의 비난을 면할 수 없다고 할 것이다. 대법원 민사판례(법전출판사), 1989. 9. 715면.

96) 具然昌, “공해 및 자연적 재해의 공동원인과 배상책임”, 민사판례연구 (IV), 143-160면; 具然昌, “공해와 자연적 재해의 공동원인과 배상책임의 범위, 서울고법 1988. 12. 85 나 4088,” 판례월보(1989년 2월호) 참조; 具然昌, “환경오염의 민사상 책임”, 손해배상의 제문제(황적인박사 회갑기념), 1990, 385~386면.

원고(11명) 등은 전남 광양만 일대에서 백합양식장을 설치하여 백합을 양식하여 왔는데 피고 호남정유(주)가 1968년 12월 7일 광양만 연안인 전남 여천군 삼일면 월래리 해안일대 대지 20만평 위에 정유공장을 설치하여 1969년 6월부터 가동하기 시작한 이후 그 공장으로 부터 배출되는 폐수·폐기물등으로 해수가 오염되어 1970년부터는 백합양식장이 폐장화됨에 따라 이에 원고는 피고회사에 대하여 손해배상을 청구하였던 사안이다.

제1심은 서울 민사지방법원의 판결은 원고중 1명의 청구를 기각하고 나머지 10명에 대하여는 청구를 인정하여 피고로 하여금 총 3억8천만원의 손해배상을 하도록 판결하였다.<sup>97)</sup> 이에 제2심의 서울 고등법원에서는 인과관계의 입증에 관하여 「공해소송에 있어서 인과관계의 입증에 관한 문제는 인과관계의 증명도에 관한 것보다 증명의 주제를 분석하여—어느 정도의 사실입증으로 인과관계의 존재가 입증될 것인가는 하는 증명의 대상에 관한 것으로 파악할 것이 요청된다고 하고—따라서 해수오염에 따른 수산물의 피해가 문제되는 경우 인과관계의 입증으로서도 원고들은 다음의 사실을 입증함으로써 인과관계의 증명은 충분한 것이 된다고 해석함이 상당하다」고 하였다.

즉 i) 피고로부터 오염물질이 생성, 배출되었다는 사실 ii) 배출·오염물질이 해수에 확산되어 원고들의 재산에 도달할 가능성이 있는 사실 iii) 배출·오염물질이 피해에 원인을 주는 성질을 가지고 있으며, 피해를 발생시킬 수 있는 분량이 되는 사실 iv) 결과적으로 피해가 된 사실이라고 판시한 후 피고 공장에서 유출된 유류와 백합양식장의 피해 사이에 인과관계의 존재를 긍정하고 피고의 손해배상책임을 인정하였다.<sup>98)99)</sup> 그런데 이 제2심의 판결에 대하여 대법원은 손해배상액의 산정에 잘못이 있다고 하여 파기환송하였다.

즉 대법원은 1980. 3. 25본건에 대한 원심판결의 성립을 인정하고 다만 원심판결중 원고 이병기의 1967년도 살포한 종패량에 의한 실제 생산량을 인정할만한 증거가 없다면 그 수확시기와 생산량에 대하여 심리 규명하여야 할 것임에도

97) 서울地法, 1975, 2, 7가합 1879 ; 7372합 100697

98) 서울高法, 1976, 11, 1, 75 나 475, 47

99) 大判, 1974, 12, 10, 72 다 1974손해배상 참조.

불구하고 이에 이르지 아니한 채 판단한 것은 위법사유가 된다고 하여 원고 이병기의 패소부분을 파기하였다.<sup>100)</sup>

(나) 京仁에너지 油槽船 原油擴散으로 인한 굴·김養殖場汚染事件(심판 1977, 8. 23. 2부판결)

이 사건은 油槽船인 기선 '이스턴퀵'호(리비아 국적 34,388t)가 피고회사 소유의 점유관리중인 잔교에 접안 도중 잔교와 충돌하여 선체가 손상되어 積荷된 原油 약 2500배럴이 해상에 유출, 확산됨으로써 원고 소유의 굴·김양식장을 오염시켜 손해를 입었다고 주장하여 피고 회사를 상대로 손해배상을 청구한 사안이다.

이에 법원은 피고회사의 본건 손해발생의 원인중에는 피고회사의 이 건 잔교의 설치보존상의 하자로서 ① 잔교의 고무방충재 4개중 2개가 파손된 채 방치되었던 탓으로 방충 내지 완충의 기능을 다할 수 없게 되었고 ② 이 잔교의 사고에 대비한 기름확산방지시설을 하여야 함에도 불구하고 이를 설치하지 아니한 점 등의 하자로 인하여 원고 등의 손해가 발생하였음을 인정하여 피고회사에서 손해배상의 의무가 있다고 판시하였고, 이에 대법원은 피고측의 상고이유를 기각하였다.

이 사건은 민법 제758조의 工作物의 설치 또는 보존의 하자에 대한 책임을 묻는 것이라 할 것이다.

(다) 湖南精油 조양호 침몰과 小網設置 漁業廢棄事件(서울고판, 1977. 12. 15宣告, 74나 1673, 대법 1978. 4. 25 선고)

이 사건은 원고들이 어장을 설치하여 매년 상당한 액수의 漁獲高를 정상적으로 올렸던 것인데 바지선인 조양호가 급유하는 과정에서 침몰하여 적재중인 방카 C유 1400드럼이 海中에 유출되는 등 원유와 각종 유류제품 및 폐유등이 함께 파도를 타고 원고들 어장에 밀려내려와 어망 및 장말을 파손, 유실시키고, 위 漁具에 부착된 기름의 악취와 독성으로 인하여 魚類들의 漁場流入을 차단시켰을 뿐만 아니라, 또 피고공장의 납사('나프타' Naphtha의 誤記로 보임)소각 연돌에서 발사되는 초광제가 어장수면을 비추어, 특히 야간에 물러오는 추광성 어

100)大法, 1980, 3, 25 선고 78 다 2229-2230 제1부 판결.

류들이 자연潮流를 따라 원고들의 어장에 들어오는 것을 차단시켜 어획을 하지 못하게 함으로써 결국 위 漁場을 폐장하게 되었다. 이는 피고회사가 위 공장을 설치 운영함에 있어서 기름, 폐유 등의 유출을 막기 위한 시설 및 초광채의 발사를 막기 위한 시설등을 하지 아니함으로 인한 원고들이 입은 제반 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하여 손해배상을 청구한 사안이다.

이에 법원은 폐유등으로 인한 피해여부를 판단함에 있어 「...다른 급유선들이 배의 흔들림을 막기 위하여 물을 채우고 왔다가 공장 부근에서 버리고 가는 등... 피고의 공장내의 통상 과정에서 유출된 다소의 기름 등이 8Km내지 12Km 떨어진 어장에게까지 영향을 주어 원고들 어장을 폐장시켰다고 볼 수 있는 자료는 삼기 어렵다」고 하여 원고들의 주장을 배척하는 한편 광채로 인한 피해 여부에 대하여도 「...밤에는 피고공장제품출하 부두 앞바다에는 1룩스 정도이나 원고 최상영의 어장 부근에서는 0룩스 정도로 미약한 사실, 멸치·전어 등의 어류는 추광성 어류이기 때문에 동 어류들이 자연조류를 따라 유영하는 것보다 빛을 따라 유영하는 편이 많으므로 그 어군을 끌어들이 정도의 광원은 최소한 수중에서 1500W이상이 되어야 한다는 사실등을 들어 원고들의 이 주장 역시 받아들이지 않는다」고 하여 기각하였다.

대법원 역시 원고들의 상고가 이유없다고 하여 상고를 기각하였다.

(라) 진해화학비료공장의 폐수로 인한 행암만오염사건 (서울민지판, 76. 5. 28 선고, 72가 합221; 74가 합1347판결, 서울고판, 77. 10. 4 76다 1939; 대판, 78. 1 2. 26, 77다 2228 파기환송후, 서울고판, 86. 9. 24 78 다 215)

이 사건은 원고 김종만의 12인은 피고 진해화학주식회사의 비료공장으로부터 약 20Km 떨어진 곳에서 69년 및 70년도에 김양식장을 설치하여 양식관리하던 중 김양식장에 피해가 발생하여 김이 전멸하기에 이르렀다. 이에 원고 등은 김의 생장에 유해한 물질이 포함되어 있는 피고공장의 폐수가 조류를 타고 원고들의 김양식장에 유입됨으로써 이러한 피해가 발생한 것이라고 주장하면서 피고공장을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다.

이에 인과관계의 입증에 관하여 제1심과 제2심에서는 「원고 등이 피고공장 폐수와 본건 손해발생 사이의 인과관계를 그 개연성조차도 입증하지 아니하였

음을 이유로 원고폐소의 판결을 하였다. 이에 원고 등은 불복하여 상고하였던 바 대법원은 「…인과관계의 존부를 입증·판단함에 있어서 증거의 취사선택의 잘못, 심리미진, 이유불비 내지 모순이 있다」고 판시하면서 원판결을 파기하고 환송하였는 바, 이에 환송후의 원심인 서울고등법원에서 원고 승소의 판결을 내렸다.

파기환송후의 입증에 관하여 「공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나 하나의 고려를 자연과학적으로 증명한다는 것은 극히 곤란하거나 불가능한 경우가 대부분이므로…수질오탁으로 인한 공해소송인 이 사건에 있어서 원고들로서는 피고공장에서 김의 생육에 악영향을 미치는 폐수가 배출되고 그 폐수중에 일부가 이 사건어장에 투입, 도달되고 그후에 피해가 있었다는 사실을 모순없이 증명하면 피고공장 폐수의 배출과 원고들이 양식하는 이 사건 어장에 김의 병해가 발생하여 입은 손해와의 사이에 일용 인과관계의 증명이 있다고 보아야 할 것이므로…가해자측에서 그 폐수가 무해하다는 것을 입증하지 못하는 한, 책임을 면할 수 없다」고 판시하였다.

또한 「일반적으로 화학반응의 과정을 이용하여 각종의 생산물을 만들어 내는 공장에서는 공장폐수중에 예상치 않은 위험물이나 무반응 생성물질이 혼입될 가능성이 매우 크고 그 폐수중에 이러한 위험물이 혼입되어 그대로 하천이나 해수중에 배출될 때에는 동물 및 식물의 성장작용에는 물론이고 심지어 인체에 까지 위해를 미칠 것이 쉽게 예상될 수 있으므로 공장폐수를 배출함에 있어서는 위험물질의 혼입여부와 그것이 동식물이나 인체에 미치는 영향등과 관련하여 그 안정성을 확인하고 그 결과 유해한 것으로 판명되거나 그 안전성에 의심이 생길 때에는 최대한의 배출방지조치를 강구하여야 할 주의의무가 있다. 그런데 이러한 위험성에 대한 예견가능성이 높은 폐수를 배출함에 있어서 아무런 위해방지조치도 강구함이 없었다면 최소한 위해방지조치를 기울리 한 과실이 있다 할 것이며, 그로 인하여 원고들에게 손해를 입혔을 때에는 특별한 사정이 없는 한 피고공장의 폐수배출은 위법한 것이다」고 판시하였다.

본 판결은 개연성설의 간접반증이론으로 평가할 수 있으며 위법성 문제에

있어서는 인용한도론에서의 방지의무 위반설에 입각한 것으로 본다.

(2) 일본의 경우

(가) 이따이 이따이(イタイイタイ)病 사건(제1심 當山地判, 昭46, 제2심 名古屋高判 金澤支部, 47. 8. 9 제1부 판결)

이 사건은 피고 회사의 광업소에서 배출된 “카드뮴”이 하천하류로 흘러내려 농작물과 어류, 음용수 등을 오염시켜 원고들이 이를 섭취함으로써 이따이 이따이 병에 이환되었다고 주장하여 피고 회사를 상대로 손해배상을 청구한 사안이다. 이에 대하여 제1, 2심에서는 모두 원고측의 주장을 받아들여 원고들의 승소판결을 내렸다. 이 사건에서 주된 쟁점이 되었던 것은 역시 인과관계의 입증이었다.

이 사건에 있어서는 다른 공해소송에 있어서와는 달리 민법 제709조의 불법 행위에 의하지 아니하고 원고들은 피고회사에 대하여 광업법 제109조에 의한 무과실배상책임을 물어 손해배상을 청구하였다. 따라서 원고들은 오염발생원인 피고회사의 고의·과실에 대한 입증은 필요로 하지 아니하였다. 다만 인과관계의 입증으로서 ① 피고회사가 카드뮴을 하천에 배출하였던 사실의 유무 ② 카드뮴과 이따이 이따이 병과의 관계 ③ 카드뮴이 환자에게 도달한 경로 등을 들었다.<sup>101)</sup>

이에 대하여 제1심판결에서는 인과관계를 인정함에 있어서 臨床病理學的인 所見, 동물적 실험 외에 疫學的 조사·연구 등을 자료로 하여 “이러한 방법에 의하여 카드뮴과 이따이 이따이 병과의 관계가 명백하게 된 이상 병리기서가 분명하지 않더라도 질환의 원인을 확정할 수 없는 것이 아니다”라고 설시하였고, 이에 항소심 판결은 이 점을 좀 더 분명히 하여 “무릇 공해소송에 있어서 인과관계의 부재를 판단함에 있어서는 기업활동에 수반하여 발생하는 대기오염, 수질오염 등에 의한 침해는 공간적으로도 넓고 시간적으로도 길게 떨어져 불특정다수의 범위에 미치는 경우가 많음에 비추어 임상의학이나 병리학의 측면에서의 검토만에 의해서는 인과관계의 해명이 충분히 이루어지지 않는 경우에 있어서도 역학을 활용하여 이른바 역학적 인과관계가 증명될 때에는 원인물질이

101) 淡路剛久, 前掲, 公害賠償の理論, 17면; 野村好弘, 「イタイイタイ病事件」, ジュリスト, No. 65, 1980, 47-78면.



증명된 것으로 보아 법적 인과관계가 존재한다”고 판시하였다.

어떻든 위의 판례에 따르면 특정물질 내지 행위와 특성의 질병 내지 손해와의 인과관계를 심리·판단함에 있어서 병리기서의 세부에 걸친 해명은 요구되는 것이 아닐 뿐만이 아니라 임상적·병리적 측면에 있어서의 완전한 해명도 요구되는 것이 아니라는 결론에 도달한 것이 된다.<sup>102)</sup> 이를 다시 최근의 소송법학의 이론으로서 설명한다면 역학적 입증이 「간접증명」으로 되며 臨床및 病理學에 의한 해명에 의하여 뒤집어지는 것이 「간접반증」이 되는 것으로 생각할 수 있다.<sup>103)</sup> 이 판결에 대하여는 공해소송에 있어서 역학적 인과관계론을 도입한 최초의 판결로도 평가되고 있다.

(나) 新瀉水嗅病사건 (新瀉地判, 昭 46. 9. 29 제1민사판결, 昭42 (D) 제317-319호등-下級民集 22권9. 10 別冊)

이 사건의 원고들은 일본 新瀉縣 阿 賀野川 하류유역의 주민들로서 有機水銀화합물의 중독에서 오는 水嗅患者 내지 有機水銀保有 또는 그로 인하여 사망한 자의 유족들이며 위 중독의 원인은 피고 회사에서 방출한 폐액중에 혼합되어 있는 “아세트알테이트” 합성공정에서 부생된 유기수은화합물에 어류가 오염된 것을 피해자들이 다량 섭취한 결과 유기수은화합물이 인체내에 이행, 축적된 때문이라고 주장하여 피고 회사를 상대로 하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사안이다. 이에 대하여 新瀉地裁는 원고의 주장을 받아들여 원고의 승소판결을 내렸다.

이 소송에 있어서 주요한 쟁점으로는 i) 인과관계의 입증 ii) 기업의 고의 내지 과실에 대한 책임 등이었다. 여기에서 인과관계론에 관하여는 “일반론으로서 화학공해사건에서는 인과관계연쇄의 전부에 관하여 자연과학적 해명을 요구하는 것은 피해자 구제의 길을 막는 결과가 되어 불법행위제도의 근거를 이루고 있는 형평의 견지에서 보아 타당하지 아니하다”고 판시하였다. 그리고 구체적인 인

102) 이 判決에 따라 法理論에 있어서 疫學적 因果關係論을 確立하였다고 말할 수 있다. 吳錫洛, 公害訴訟의 諸問題, 141면.

103) 牛山積, 公害裁判의 展開と法理論, 日本評論社, 1976. 42-48면; 野村好弘, 전계논문, 48면.

과관계의 입증사항으로서 i) 피해질환의 특성과 그원인(병인)물질 ii) 원인물질이 피해자에게 도달하는 경로(오염경로)등의 규명에 관하여는 “情況證據의 集積에 의하여 관계 諸科學과 관련하여 모순없이 설명이 가능한 경우에는 법적 인과관계의 면에서 입증이 있었다고 보아야 할 것이고, 또한 그 정도의 입증이 행하여져 오염원의 출구가 기업의 문전까지 이르게 되면 가해 기업에 있어서 원인물질의 배출(생성, 배출에 이르기까지의 메카니즘)에 관하여는 가해 기업측으로 하여금 자기의 공장이 오염원이 될 수 없다는 것을 입증하지 않는 한 그 존재는 사실상 추정된다.”고 판시하였다.<sup>104)</sup>

이 판결에 대하여는 간접반증이론을 실천할 것이며, 공해피해자의 입증책임을 실질적으로 경감하는 이론의 하나로서 평가되고 있다.

(다) 早川 잉어斃死사건(前橋地判, 昭 46, 3, 23 판시 628호 25면)

이 사건은 일본 群馬縣 新田郡 尾島町에서 早川의 물을 이용하여 양리업을 하는 원고의 잉어가 昭和 35년 6월 4일 등 36년 7월 9일 및 10월 1일 등, 3회에 걸쳐 폐사하였는 바 그 원인이 피고의 도금공장에서 배출된 폐액이 양어장에 유입한 데 있다고 주장하여 손해배상청구의 소를 제기한 사인이다.

이에 법원은 공해에 있어서 인과관계에 관한 입증의 곤란성을 지적하여 이와 같은 소송에 있어서는 일반 불법행위의 소송과는 달리 인과관계에 관한 입증책임을 전환하여 피고측에게 인과관계 부존재의 입증책임을 부담시키는 것도 생각할 수 있으나, 일반인의 인과관계 부존재의 입증책임은 극히 곤란한 것이므로 위에서와 같은 생각은 逆으로 생각하면 피고에 대하여 가혹하지 않을까 한다. 따라서 가장 타당한 해결 방법은 원고로서는 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당한 정도의 가능성이 있다는 것을 입증을 하는 것으로 충분하며, 피고는 이에 反證을 들었을 경우에만 배상을 부인할 할 수 있다고 하였다.

법원은 일반론을 전제로 하여 앞에서의 소환 35년 6월 4일 및 36년 7월 9일의 잉어 폐사에 대한 인과관계의 판단에 있어서, 인과관계 존재에 대한 적극적 사실과

104) 木宮高彦, 公害概論, 47면; 淡路剛久, 전게서, 21면 이하.

소극적 사실을 종합하여 보면 공장의 폐액과 잉어의 폐사와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당한 정도의 가능성이 있다는 입증을 하는 것으로 충분하며, 피고는 이에 대한 반증을 하였을 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 하였다. 그러나 법원판결은 昭和 36년 7월 9일 폐사분 등에 대하여는 본건 공장폐액과의 사이에 인과관계존재의 개연성을 인정할 수 없다고 하여 청구를 기각하였다.<sup>105)</sup>

이 판결에 대하여는 개연성이론을 구체적으로 전개한 판결로 평가되고 있으나, 그 가운데서도 특히 證據優越說에<sup>106)</sup>가깝다고 할 수 있지 않을까 한다.

(라) 四日市 喘息病事件(津地判 四日市支部 昭47. 7. 24판결, 昭42(㉑) 第138號 損害賠償請求事件, 判例時報 672號 30面)

이 사건에서 원고 등은 천식 등 이른바 폐쇄성 폐질환에 이환되어 당국으로부터 공해 질환자의 인정을 받아 병원에 입원한 자이거나 위 병으로 인하여 사망한 자의 상속인이며 사일시의 주민들이고, 피고들은 사일시의 제일콤비나트를 구성하는 석유정제, 화력발전, 석유화학공업 등을 경영하는 6개 회사이다. 원고들은 피고 6개사의 배출물(유황혼합물)에 의한 대기오염이 원고들의 폐질환의 원인이라고 주장하여 共同不法行爲를 이유로 피고들에 대하여 손해배상을 청구한 사안이다.

제 1심인 津地 四日市支部는 피고 6개사간에 이른바 共同關聯性이 존재한다고 하여 共同不法行爲의 성립을 인정하여 원고 승소판결을 내렸으며 피고측의 抗訴포기로 그대로 확정되었다.

인과관계의 입증에 관하여는 “共同不法行爲에 있어서는 피해자측이 가해자 사이에 관련공동성이 있다는 것과 共同不法行爲에 의하여 결과가 발생하였다는 것을 입증하면 된다” 고 판시하였다. 그리고 關聯共同性의 요건으로서 콤비나트를 구성하는 회사상호간에는 「약한 關聯共同性(客觀的 關聯 共同性)」으로 되는 것이며 다시 긴밀한 일체성이 있는 동일계열에 있는 회사 사이와 같이 「강한 相關공동성」이 있는 경우에는 예를 들어 배출물이 소량이었다는 그 자체로서는

105) 損害賠償의 算定에 관해서는 鈴外, 公害にする損害の算定, 新日本出版(株) 197, 22面이하 참조.

106) 淡路剛久, 最近の公害訴訟と私法理論(一), 判夕267호 4面 이하.

결과의 발생과의 인과관계가 인정될 수 없는 회사의 경우라 하더라도 결과에 대한 책임을 면할 수 없다고 하여 결국 피고 6개사 전부에 共同不法行爲責任을 지게 하였다.<sup>107)</sup>

이 판결에 있어서 인과관계의 인정은 3단계의 입증과정을 취하였다고 평가하고 있는데 i) 도달의 인과관계 ii) 역학적 인과관계 나아가 iii) 통계학적 방법을 택한 것 등이 그것이다.

### III. 留止請求

우리나라에 있어서도 환경소송에 있어서 사후구제를 위한 損害賠償請求型으로부터 環境汚染의 미연방지, 쾌적한 생활환경의 유지를 구하는 留止請求型으로 진전을 가져야할 시점에 이르렀다고 해도 과언이 아닐 것이다.

인간은 경제발전의 결과, 기본적인 생활조건(衣食住)이 충족되게 되면 보다 높은 차원의 욕구를 충족시키려고 행동하기 마련이다. 이러한 현상의 하나가 보다 좋은 環境를 구하는 留止請求訴訟이라고 할 수 있을 것이다.<sup>108)</sup>

오늘날 環境·公害 판례의 특색은 소송의 형태, 소송의 대상, 소송의 내용면에서 고찰하여야 할 것이다.

먼저 소송의 형태의 특색으로는 環境汚染(公害)의 未然防止, 쾌적한 환경을 유지하는 유지청구형의 판결을 기대하지 않을 수 없다. 사후구제는 한번 잃은 인간의 생명이나 건강을 회복하지는 못하기 때문이다.

또한 소송형태의 면에 있어서도 손해배상은 물론이거니와 민사상의 가치분 申請, 유지청구, 행정소송법상의 抗訴나 주민소송제도의 도입도 고려되어야 할 것이며 특히 행정소송 등의 활용이 중요하다고 할 것이다.

다음으로 소송대상에 있어서는 종래에는 加害·原因企業을 상대로 하여 환

107) 木宮高彦, 전계서 53면; 加藤雜新, 「四日市ぜんそく事件」, *ジュリスト*, 65호 1980. 19面 이하.

108) 일본의 경우는 이와 같은 새로운 형태의 소송을 「環境住民訴訟」이라고 하여 연구를 진행하고 있다고 한다.

경주민주노동조합을 도입한다면 사기업보다는 오히려 국가나 지방자치단체를 상대로 하는 소송이 많을 것이다.

그리고 대상이 된 원인시설이나 행위도 대규모의 公共事業, 시설이 주된 위치를 점하고 있다. 예컨대 空港, 道路, 鐵道, 公有水面埋立, 에너지관리시설, 위생시설 등이 그것이다.

또한 소송내용에 있어서도 다양한 환경이익을 소송상으로 주장하게 될 것이 예측되는 것이다. 환경권에 관한 주장이 될 것이다. 예컨대 역사적, 文化的, 宗教的 價値, 眺望의 利益, 靜穩의 利益 등을 들 수 있다.

그러나 유지청구소송에 있어서는 원인시설행위의 공공성이 중요한 판단요소가 되고 있는 것이다.<sup>109)</sup>

### 1. 留止請求의 의의

留止請求라 함은 피해자가 가해자를 상대로 하여 피해자에게 손해를 주는 행위를 중지할 것을 법원에 청구하는 것을 말하며 일정한 작위 또는 부작위를 청구하는 것을 내용으로 한다.<sup>110)</sup> 작위청구는 말하자면 개선 명령을 구하는 것으로서 방지설비의 설치, 또는 방지시설의 철거 등이 그 주된 것<sup>111)</sup>이다. 그리고 부작위청구는 대체로 금지의 명령을 구하는 것으로서 주로 기계의 운전금지나 시설설치의 금지, 물건폐기의 금지 그리고 악취 우수배출 등에 관한 투기 등의 금지명령 등이다.<sup>112)</sup> 유지청구권이 인용되는 비율이 적은 이유를 구체적으로 보면,

109) 앞의 特集 最近の重要環境・公害判例, 1-2면.

110) 騒音・振動規制法 제15조 개선명령, 제16조 操業停止命令 등, 제17조 시설의 이전명령 등, 제19조 위법시설에 대한 폐쇄조치등, 수질환경보전법 제16조 개선명령, 제17조 조업정지명령 등, 제18조 시설의 이전 등, 제21조 위법시설에 대한 폐쇄조치 등, 대기환경보전법 제16조 개선명령, 제17조 조업정지명령, 제18조 시설의 이전명령 등, 제21조 위법시설에 대한 폐쇄조치등, 제38조 운행차의 개선명령.

111) 예를 들면 採光, 通風 등에 대한 妨害(安濃津裁判, 大15. 8. 10. 新聞2468號, 11면, 인접지의 붕괴위험이 있는 돌담의 所有者에 대한 危險防止의 工事を 命한 事例).

112) 大律地判, 昭37. 9. 26, 評論 9卷上, 民 495면; 東京地裁, 昭43. 9. 10. 判夕 227號 89面.

i) 지역성이나 공공성 내지 유용성을 중시하는 것,<sup>113)</sup> ii) 도시생활상 인내하여야 할 것,<sup>114)</sup> iii) 피고측의 개선조치를 고려한 것<sup>115)</sup> iv) 공법상의 기준치의 범위 내에 있는 것을 사유로 하는 것<sup>116)</sup> 등이다. 특히 유지청구의 경우 이를 인정함으로써 피고자가 얻을 이익과 가해자가 입을 불이익을 비교, 이른바 이익·교량이 되어 손해배상청구의 경우보다 엄격한 판단이 되어진다. 또한 유지청구의 본안소송에 있어서는 소제기시에는 위법한 것이었지만 장기에 걸친 소송과정에서 가해자가 방지조치를 취함으로써 판결시에는 손해가 감소하여 유지청구소송은 기각하더라도 종국적으로는 그 목적을 달성하는 경우도 적지 않을 것이다.<sup>117)</sup> 유지청구권을 인정하는 법적 근거에 관하여는 물권적 청구권설, 인격권설, 환경권설 등 절대권 내지 배타적 지배권의 침해에 대한 청구권이라는 견해와 불법행위설이 있다.

#### (1) 物權의 請求權說(物上請求說)

이 설은 공해를 피해자가 지배하는 토지 또는 건물의 소유권·점유권과 같은 물권 및 물권화한 부동산입차권에 대한 침해로 파악하여 이러한 권리가 유지청구의 기초가 된다고 하는 설이다.<sup>118)</sup>

이 설에 대하여는 법적 안정성이 높다는 장점이 있다고 하나 그 반면에, i) 공해를 물권에 대한 침해로 파악하는 데서 물건을 갖지 않은자-통행인·내객·입원환자·학생 등-는 보호를 받지 못하는 경우가 있을 것이고, ii) 그 실질적인 피해가 건강이나 생활에의 침해인 데도 물적 이익의 측면에 치우친 나머지 인격적 이익의 중요성을 경시하였고, iii) 가해행위와 손해와의 인과관계의 입증에 곤란하다는 단점이 지적되고 있다. 또한 물권적 청구권의 실무상의 문제로서,<sup>119)</sup>

113) 東京控判大, 9. 5. 26 評論 9卷上, 民495面; 東京地裁, 昭43. 9. 10. 判夕 227號 89面.

114) 大律地判, 昭31, 11, 2. 下民集 7卷 11號, 310面.

115) 佐下地判, 昭32, 7, 29, 下民集, 8卷 7號, 1355面.

116) 名古屋高判, 昭43, 5, 23, 下民集, 19卷, 56號, 317面.

117) 木宮高彦, 전계서, 155面.

118) 상계서 115面, 伊藤高義, 損害賠償法講座(5) 395面.

119) 名古屋地裁, 昭47, 10, 19. 判時 638號, 21面, 위 侵害回壁義務를 면할 정도의 것이 아닌 한 加害者에 대하여 일정한 한도의 위 侵害의 留止를 請求할 수 있다고 하였다.

i) 유지청구의 요건(청구요인, 즉 유지청구권의 요건사실)을 인격적 이익의 침해에까지 포함하여 이해할 수 있을 것인가, ii) 과학적, 전문적 지식이 필요하다는 공해의 특징으로부터 유지청구권의 구체적인 내용으로서 어떻게 청구의 취지·주문을 기재할 것인가, iii) 기업의 공공성으로부터 물상청구권이 제한되었을 경우 무과실의 보상청구권이 민법의 해석상 허용될 것인가, iv) 가해자가 복수인 경우 과연 불법행위에 있어서 공동불법행위와 같이 공동물상청구권을 행사할 수 있을 것인가 등의 의문으로 제기되고 있다.<sup>120)</sup>

## (2) 人格權說

環境汚染을 인간생활 자체에 대한 침해, 즉 인격권의 침해라 보아 인격권 또한 물건권과 마찬가지로 하나의 절대권이므로 그 침해에 대한 배제나 예방을 청구할 수 있다는 것으로 보고, 이것이 곧 공해유지청구의 법적 근거가 된다는 설이다. 이 설에 의하면 물건적 청구권설은 ‘인간에 대한 침해’인 공해문제를 정확하게 파악하지 못한 것이라 하여 생활방해의 공해에 관하여는 일조의 인격권 내지 인격적 법익(일조의 복합인격권)의 침해를 배제하기 위한 청구권으로서 유지청구권이 인정된다고 한다.<sup>121)</sup>

공해피해의 특질은 부동산물권이나 이용권이 아니라 인간의 생명·신체·그리고 환경이라고 하는 인격적 이익의 침해이고 불법행위 자체의 효과가 아니라 침해의 위험에 따른 인격권 배타성이 있는 권리 자체에 유래하는 침해예방의 청구권이라고 한다.<sup>122)</sup> 또한 대체로 명예나 privacy의 인격적 이익은 인격권으로서 보호를 받아야 하며 더구나 오늘날에는 공해를 방지함이 없이 인격적 존엄을 지킬 수 없는 것이므로 유지청구를 포함한 인격권의 승인이 불가피하다는 것이다. 헌법 제9조 및 제32조는 인격권에 관한 헌법상의 가치관을 나타낸 것이며 그것은

120) 木宮高彦, 상계서, 155面.

121) 加藤一郎, 公害の生成と展開, 20面; 澤井裕, “差止請求と利益較量”, 法律時報, 1971, 7號, 10面. 人格權에 관한 留止請求權을 인정한 例로서는 大版空港訴訟事件, 大版高裁, 昭50, 11, 27. 判時897 號, 71面.

122) 生活享受權에 관한 生活妨害排除請求權이라고 한 判例, 東京地裁, 昭43, 9, 10, 判夕, 227號, 98面.

민사재판에도 반영되어야 한다는 것이다.<sup>123)</sup>

이 인격권설은 단순인격권설과 물권적 청구권증시설로 나누어지고 있다. i) 단순인격권설이라 함은 최근 침해되고 있는 것은 인간 생활 자체의 것이므로 인간이 쾌적한 생활의 보호나 인체의 건강 등의 보호를 지배권 내지 절대권으로서의 인격권·생활권으로서 파악하여 공해를 이 권리의 침해라고 한다.

ii) 물권적 청구권증시설은 인격권에 기한 유지청구를 부정하지 아니하고 오히려 강조하여야 할 필요가 있고 그 피해를 물권적 청구권이나 점유권 등에 의하여 가능한 한 소송당사자로서는 이를 최대한으로 이용하여야 한다는 설이다. 이 설에 대하여는 인격권이라는 개념에 의할 경우 그 요건이 막연하기 때문에 법적 안정성을 해한다는 비난을 받고 있다.<sup>124)</sup>

### (3) 環境權說

기본적 인권의 일종으로서의 환경권은 좋은 환경을 향수하고 또 이것을 지배할 수 있는 권리이며, 인간이 쾌적한 생활을 누리고 건강이 훼손당하지 않을 권리라고 정의되고 있다.<sup>125)</sup> 환경에는 대기·물·일조·정온·토양·정관등 자연환경 뿐만 아니라 문화적 유산과 사회적 환경(도로, 공원, 공적시설, 의료시설, 전기, 가스, 상·하수도)도 포함된다고 한다.<sup>126)</sup> 환경권은<sup>127)</sup> 배타적인 지배권으로서 침해의 존재-이익의 침해(환경적 침해)-에 인정되어야 하는데 거기에는 가해행위의 사회적 가치(공공성), 손해의 회피성, 선후관계, 행정적 단속의 기준을 준수,

123) Nipperdey는 “人間的 尊嚴과 人格의 자유로운 발전을 目的으로 하는 權利”는 法秩序에 의하여 公權 및 私權으로 보장되고 憲法上的 意味에 있어서의 基本權이며 BGB 832條 1項의 의미로서의 권리라고 하였다. H.C. Nipperdey ; Handbuch der Grundrechte II., S. 19 : 齊騰傳, 人格權의 研究, (日本 : 日粒社), 1979, pp. 520-52 ; BGHZ 13, 334(338).

124) 東京地裁, 소 43. 9. 10 判夕 227호 98面. 生活享受權에 기한 生活妨害排除 權으로 한 예.

125) 權寧星, 憲法學原論(新稿), 520-521面.

126) 丘秉朔, 憲法學, 1980, 776面.

127) 대기오염·환경오염 및 환경권을 이유로 한 화력발전소 건설·조업 등의 유지청구를 인정하지 아니하였던 사례(伊達火力發電所建設留止事件), 札幌地裁, 소 55. 10. 14판결, 裁情 8호 1항, 判時 988호 37항, 判夕 428호 145항.



관청의 허가 등이 참작되어야 한다는 것이다. 유지청구에 관하여는 환경을 파괴하거나 위험이 있으면 지역주민들로 하여금 유지청구를 할 수 있다고 한다.<sup>128)</sup> 그리고 유지청구의 조건으로서는 환경권은 배타적인 권리이기 때문에 가해자의 고의·과실은 문제가 되지 않으며 다만 권리의 내재적인 제한에 의한 이익형량이 문제가 따른다고 한다. 그러나 이 설에 대하여도 첫째, 각 개인의 권리의 대상인 권리의 범위와 지역적 범위가 불명확하고, 둘째, 개인의 피해를 자기의 피해로서 주장할 근거가 없다는 비판을 받고 있다. 따라서 이 설은 환경권으로서의 내용을 명확히 하여야 할 과제를 안고 있다고 할 것이다.<sup>129)</sup>

#### (4) 不法行爲說

이 설은 비권리적 구성으로서 물권이나 절대권의 존재를 요구할 필요는 없고 환경오염의 피해를 생활이익의 침해로 보아 불법행위의 성립을 인정하고 그 효과로서 금전적 배상뿐만 아니라 유지청구도 할 수 있다고 한다.<sup>130)</sup>

그 근거로써 민법상 직접적인 근거는 없으나 명예훼손의 경우 손해 이외에 명예를 회복함에 필요한 적당한 처분을 할 수 있다는 민법 제764조(구민법 제723조)의 규정을 들고 있다.<sup>131)</sup> 그러나 이 설에 대하여는 민법이 불법행위의 효과로서 금전배상을 원칙으로 하고 원상회복을 예외로 하고 있으므로(제394·제764조) 유지청구권을 인정할 실정법적 근거는 되지 않는다는 비판이 있다. 더구나 우리 민법 제217조는 불완전하기는 하지만 유지청구의 실정법적 근거로서 불법행위의

128) 環境權說은 ①그 지역에 있어서 환경의 형성은 環境素材의 權利者인 주민의 합의에 의하여야 하며, ②그 경우에도 인간이 最低限度의 생활을 영위할 수 있는 필요한 조건은 확보되어야 한다는 것을 조건으로 한다. 淡路剛久, 전계 논문, 241面; 大阪辯協研究會, “環境法”, 166面.

129) 쓰레기처리장의 건설을 계획하고 단지를 매입하여 건설공사의 준비중에 있었다면 위 시설이 건설되면 수질 및 대기오염으로 생활기반을 잃게 될 우려가 많다는 주민들의 주장을 받아들여 假處分을 인정한 판례, 廣島 環境衛生 Center 事件, 廣島地裁, 昭46, 5, 20 判時 631號, 24面; 抗訴審, 廣島高裁, 昭48, 2, 14 判時 693號, 27面.

130) 廣島地判, 昭36, 4, 10 判夕119號, 86面; 東京地裁, 昭44, 7, 10 判夕238號, 151面; 東京地裁, 昭43, 9, 10 判夕 227號; 89面.

131) 浜田稔, “不法行爲の效果に關する考察”私法 15號 101面; 大阪地裁, 昭435, 22 判夕225號, 120面.

성립을 전제로 하지 않는 생활이익의 보호를 목적으로 하는 것이므로 유지청구에 있어서 불법행위를 근거로 할 필요는 없지 않을까 생각한다.

이상에서의 제설은 이미 지적인 바와 같이 모두 일장일단이 있으며 일반적인 경향은 물권적 청구권설로의 경향을 나타내고 있으나,<sup>132)</sup> 유지청구의 법적 근거를 굳이 통일할 필요는 없기 때문에 개별적인 사정에 따라 가장 적합한 법적 구성을 택하면 될 것이다.

## 2. 留止請求에 있어서 忍容限度의 判斷

### (1) 留止와 損害賠償

유지가 인정되는 경우는 가해자의 기업활동에 전면적 혹은 부분적 제약이 따르게 되는데 유지가 인정되려면 손해배상의 경우보다 침해의 정도가 큰 것이어야 하느냐에 문제된다.

유지의 내용에 있어서도 조업의 정지에서부터 부분적 개선을 명하는 등 여러가지를 생각할 수 있다. 따라서 유지의 요건을 일률적으로 말할 수는 없을 것이다. 그 결과가 가해자에게는 중대한 것이므로 유지를 인정하기 위해서는 손해배상의 경우에 비하여 강한 위법성을 필요로 할 것이다.<sup>133)</sup>

### (2) 忍容限度判斷의 구체적인 예

어떤 경우에 유지를 인정할 것인가에 관하여는 개개의 경우에 따라 판단할 수 밖에 없으나 다음과 같은 경우에 인정될 것이다.

첫째, 피해자를 해칠 의사가 있었다고 인정되는 경우,<sup>134)</sup>

둘째, 용이하게 개선될 수 있는 경우,<sup>135)</sup>

132) 大塚直, 生活妨害差止に關する基礎的考察, 法學協會雜誌, 103卷 6號, 1986, 1133面.

133) 野田, 「騒音: 振動の判例における・法的論點の推移」, ジュリスト, 390호, 420面.

134) 해칠 의사로서 부지를 선정하는 경우-東京高裁, 昭 38. 9. 11判夕 154호, 60面.

135) 공장의 창을 常時 개방해서는 안 된다고 명하는 경우와 같이, 甲府地判 昭 30. 11. 11 下民法 6권 11호, 2379面.

세제, 생명·신체에 대한 위험이 있는 경우,<sup>136)</sup>

네제, 금전배상으로서는 회복할 수 없는 손해가 생길 우려가 있는 경우<sup>137)</sup>

다섯째, 침해가 중대하고 장기에 걸친 경우<sup>138)</sup> 등이 될 것이다.

### (3) 共同不法行爲와 連帶留止義務

유지청구권의 근거를 불법행위법으로 하는 입장에서는 민법 제760조의 공동 불법행위의 규정이 적용될 것이다.<sup>139)</sup>

동조 제1항은 전단이 각행위자의 사이에 관련공동이 인정되는 경우에 각행위자에게 연대책임을 인정하는 규정이며, 후단은 누가 어느 정도의 원인을 주었는가에 관하여 인과관계가 불분명한 경우의 추정규정이라고 할 수 있을 것이다.

## 3. 留止의 方法

유지청구의 성립을 결정함에 있어서는 가해자의 활동에 의거하고 있는 가해자 및 제3자의 이익을 고려할 필요가 있을 것이다. 따라서 전부적 유지는 중대한 손해가 존재하지 않는 한 인정되어서는 안 될 것이다. 다음에서는 종국적 유지와 중간적 유지로 나누어 살펴보기로 한다.

136) 건설공사에 의한 가옥의 경사 등으로 생명·신체에 대한 위험이 있다고 하여 공사금지의 가처분을 인정한 예. 大阪地決 昭 30. 4. 5 하민법 6권 4호, 631面. 불록제조공장의 소음·진동에 의하여 정서적 영향뿐만 아니라 생활장애(독서와 생활이 방해됨), 신체적 영향(두통, 소화기증상 등)이 존재할 수 있다는 것이 명백하다고 하여 유지청구를 인정. 岐地判 昭 43. 5. 9 하민법 19권, 56호, 232面.

137) 神戸地伊丹地判 昭 45. 2. 5. 최근 들어 일본에서는 건축공사금지의 가처분이 인정되는 사례도 약간 볼 수 있다. 澤井二潮海, 「日照權確立への道程」, 판夕 279호, 7面; 인지여관의 조망을 해치는 여관의 건축을 권리남용이라고 하여 건축속행금지의 가처분을 인정한 예 一前稿地裁 昭 36. 9. 14 下民法 12권 9호, 2268面.

138) 名古屋地裁 昭 47. 10. 19 判時 63호, 21面. . . 위 침해회피의무를 면할 정도의 것이 아닌 한 가해자에 대하여 일정한 한도의 위 침해의 유지를 청구할 수 있다고 하였다.

139) 이는 물론적 청구권설에 의한다 하더라도 同條의 유추적용을 인정할 것이므로 결론에는 차이가 없다.

(1) 終局的 留止

1) 우선 가해자이익의 성질이나 정도가 고려되어야 할 것이다. 물적인 손해보다도 인체나 인격권에 대한 침해의 경우 또는 전부적(조업금지)·일부적 留止 등에는 고려의 차가 있어야 할 것이다. 일부적 留止는 널리 일반적으로 인정됨에 대하여 전부적 유지는 특히 중대한 침해에만 인정된다.

2) 가해자로 하여금 최선의 실제적 방법을 강구하였는지도 살펴보아야 할 것이다. 손해배상의 경우에 있어서는 면책사유가 인정될 경우가 많을 것이다.

3) 가해자의 활동력의 사회적 가치 내지 유용성도 고려되어야 할 요소의 하나라고 생각된다. 사회적 가치가 큰 경우에 유지청구는 인정되어서는 아니 될 것이다.

4) 留止에 의하여 피해자가 입은 불이익도 고려되어야 할 것이다. 유지에 의하여 보호되는 가해자측의 이익과 비교하여 유지에 의하여 피고가 입는 불이익이 압도적으로 클 때에는 유지청구는 부인되어야 할 것이다.

5) 또한 손해배상으로서 충분한 구제가 될 수 없는 경우일 것이 필요할 것이다. 손해배상으로 만족될 수 있는 경우라면 유지청구는 인정되지 않는 것으로 할 것이다. 이 경우는 일반통상인이라면 금전으로 만족할 수 있는가의 여부가 기준이 될 것이다.

(2) 中間的 留止(保全的 가치분)<sup>140)</sup>

원래 보전소송의 절차에서는 권리관계를 확정하는 것이 아니므로 피보전권리의 존부에 관하여도 종국적인 판단을 요구하는 것이 아니다. 그러므로 피보전 권리의 존재는 소명에 의하여 판단하면 족하다(긴급성의 요청에 의한 것). 그리고 민사소송법 제714조 소정의 요건으로는 가치분에 의하여 보전되어야 할 권리를 뜻하는 피보전권리<sup>141)</sup>와 보전명령<sup>142)</sup>에 의하여 보호를 받을 필요성의 소명을

140) 이 制度를 自力救濟制度와의 타협책으로 인정되는 제도라고 할 수 있을 것이다.

141) 日照妨害등을 이유로 8층 賃貸빌딩 건축에 반대한 隣地使用者에게 工事 妨害禁止處分の 申請이 忍容된 사례, 津地伊支判, 昭 48. 6. 20, 判時714號, 216面.

142) 私生活의 隱密性 被害를 이유로 建築工事의 一部 中止를 命한 事例, 大判 79, 11, 13 79다 484(工事禁止 假處分 申請事件); 李石善, 保全訴訟, 日新社, 1981, 43-44面.

하여야 할 것이다.

#### IV. 맺는 말

이상에서 환경오염 등의 공해로 인한 피해의 사법적 구제인 損害賠償請求와 留止請求 등에 관하여 비교적 상세하게 고찰하였다.

원래 공해의 가해자(기업)와 피해자와의 분쟁은 기본적으로는 다른 사적민사분쟁에 있어서와 그 성격을 같이하는 것이므로 양당사자 사이에 합의로서 해결하는 경우가 많은 것이다. 이 경우 피해자로서는 다른 방법에 의한다면 비용이나 입증책임의 곤란 등으로 불리하지만 이것이 합의에 의하여 이루어지고 또 절차가 간편하기 때문에 행하는 것이다. 그러나 피해자는 가해기업이 제시하는 조건의 수락을 강요당하는 경우가 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 가해기업은 합의된 계약을 민사상 손해배상의 책임을 지는 법률상의 계약으로서가 아니라 단순한 도의상의 계약인 것으로 취급하게 되어 형평과 공정성을 기하지 못하는 경우도 있는 것이다.

더구나 환경오염으로 인한 피해의 분쟁이 수적·양적으로 증가하고 있음에도 불구하고 이에 대한 구제책은 미미한 실정이었다. 금년 2월 2일부터 시행되는 환경오염피해분쟁조정법에 의하여 신속하고 공정한 해결이 한층 더 기대되고 있다. 그러나 환경오염으로 인한 피해의 사법적 구제를 위한 손해배상을 청구하기 위해서는 피해자는 일반 불법행위의 요건에 따라 가해기업의 고의·과실, 위법성, 가해행위와 손해와의 인과관계, 손해액 등에 관하여 입증하여야 한다. 이러한 요건사실 등은 환경오염 등의 공해사건에 있어서는 입증의 곤란성 및 피해자 구제라고 하는 측면에서 일반 불법행위의 경우와는 달리 전개되고 있는 것이다. 즉, 일반불법행위로 인한 책임요소로서의 과실에 있어서는 주의의무의 기준이 일반인·보통인·합리인의 주의 정도—선량한 관리자의 주의—이지만 환경오염피해로 인한 손해배상청구에 있어서의 과실은 무과실책임에 접근하는 이론으로서 방지의무위반을 과실로 보는 설과 손해발생에 대하여 예견가능성이 있으면 부작위 등 손해회피조치를 취함으로써 손해를 방지할 수 있다는 예견가

능성을 과실의 중심적 내용(우리판례는 이에 따르고 있다)으로 하고 있다.

그러나 방지의무위반의 경우에 있어서는 기업활동을 하면서 상당한 방지설비만 하면 환경오염을 발생시키더라도 과실이 없게 되므로 기업이 책임을 지는 영역이 너무 한정되어 있고 예견가능성의 경우에 있어서는 범위를 확대 해석하면 가해자의 과실이 인정되어 실제상 무과실책임을 인정하는 결과가 된다고 하나 그 한계가 명확하지 못하다고 할 것이다.

그러므로 피해자가 입은 손해의 종류나 가해행위의 태양, 손해의 회피조치등 가해자측의 제요인을 비교·교량하여 손해가 인용한도를 넘었다고 인정되는 경우에는 가해자에게 고의나 과실이 없는 경우에도 손해배상책임을 지게 되므로 그 한에 있어서는 무과실 책임을 지는 결과가 되어 한층 더 피해자의 보호를 기할 수 있을 것으로 생각한다.

다음으로 불법행위의 객관적 요건으로서의 가해행위의 위법성은 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 것으로서, 환경오염으로 인한 손해배상청구사건에 있어서는 가해자측의 사정과 피해자측의 사정 등을 비교교량하여 손해가 일반인·합리인으로서 통상 인용하여야 할 범위를 넘었다고 인정하는 경우에는 위법성이 있다고 하는 것이 지배적인 것 같다. 위법성의 판단기준으로서의 피침해이익의 종류나 침해행위의 태양과 상관적으로 고찰하여 법률의 이상에 맞도록 하여야 할 것이다.

또한 환경오염으로 인한 손해배상청구에 있어서 곤란한 점은 가해행위와 손해사이의 인과관계의 입증이다.

앞에서 지적한 바와 같이 수질오염이나 대기오염 등의 공해에 있어서는 복수의 가해자와 자연현상이 복잡하게 얽혀있기 때문에 인과관계를 입증할 수 없는 경우가 있다. 여기에 만일 일반불법행위소송에 있어서와 같이 법관이 확신을 가질 수 있는 정도의 확실성 있는 증명을 요구한다면 피해자의 법적 구제의 길을 막는 불공평한 것이 되므로 환경오염피해의 손해배상에 있어서는 피해자의 보호를 위하여 인과관계의 입증의 정도를 완화 내지 경감하는 방향으로 진전되고 있음을 알 수 있다. 이러한 요청에 따라 인과관계의 증명은 개연성 정도의 심증을 형성시키면 족하다든가 또는 원고는 인과관계의 존재의 개연성을 증명하면 족하고

피고는 반증으로서 인과관계가 존재하지 아니함을 증명하지 않는 한 책임을 면할 수 없다는 개연성설이 주장되었는 바 이 역시 일반불법행위에 있어서와 다름없는 정도의 입증을 요구하여 왔기 때문에 실효를 거두지 못하였고 더구나 개연성이라고 하는 개념자체가 추상적이고 상당한 폭을 갖는 것이기 때문에 명확한 기준을 설정하기가 어렵다는 이유에서 개연성설의 이러한 약점을 소송법상 극복하기 위하여서 신개연성설, 역학적 인과관계이론, 위험영역설 등이 새로운 이론으로서 등장되기에 이르렀다.

대법원은 1974년 개연성이론에 대하여 긍정적인 반응을 보여오다가 마침내 1984년 의창군 대 진해화학사건에서 개연성이론의 핵심이 되는 개연성 정도의 입증에 관한 명백한 기준을 제시해 주어 우리나라의 독특한 蓋然性說의 확립을 정착화시키는 기반을 형성한 것은 높이 평가하여야 할 것이다.

그러나 피해자의 입증책임의 부담 경감을 소송법적으로 구체화하기 위하여는 가해자에게 간접반증책임을 과하여 그 입증책임을 감하는 동시에 경험칙이 작용하는 경우를 명백히 하여 그 적용범위를 확대하려는 新蓋然性說의 도입이 바람직한 것으로 본다.

끝으로 환경오염으로 인한 침해가 계속적 침해라는 점에서 현재 환경오염의 피해가 발생하고 있거나 발생한 우려가 있는 장래의 피해구제를 위해서는 留止請求를 인정하여야 할 것인데, 그 법적 근거에 관해서는 물권적 청구권설로 경향을 나타내고 있으나 유지청구의 법적 근거를 굳이 어느 하나에 한정할 필요는 없기 때문에 개별적인 사함에 따라 위 학설중에서 가장 적합한 법적 구성을 택하면 될 것으로 생각한다.

물론 留止請求의 인용에 있어서는 그 피해의 정도가 인용한도를 넘어야 하며 침해행위가 반복성, 계속성이 있어야 하는 것이고 침해행위가 사업활동이라는 허용된 행위에 기인한다는 점을 고려하여야 할 것이다. 또한 留止請求의 인용은 사업의 중지 내지는 제한이라고 하는 결과를 가져와 경제적, 사회적으로 나아가서 지역적으로 중대한 영향을 미치기 때문에 비록 留止請求의 요건을 갖추었다. 할지라도 그 인용에 있어서는 신중을 기하여야 할 것이다. 그러나 환경오염의 공해형 기업이 그 주의의무로서 고도의 주의의무를 게을리 한것이 입증되는

경우는 피해발생의 우려를 구체적으로 입증하기가 곤란한 경우에도 위 주의의무  
개울리한 것을 이유로 留止請求를 인용하여야 할 것으로 본다.

한편, 기업 등이 적조 발생 관련물질을 배출함으로써 적조발생 내지 환경오  
염피해에 간여되었다고 예견되거나 인식할 수 있다면 환경정책기본법 제31조에  
의한 무과실책임은 물론 공동불법행위자로 가해자의 범위를 특정할 수 있을  
것이다. 그리고 도시하수도에 대해서는 국가나 지방자치단체 등에 의한 폐수처  
리종말시설 등의 확충을 규정한 수질환경보전법의 원활한 운영이 절실히 요망  
되고 있다고 하겠다.