

[논 문]

자연환경에 대한 불법행위책임*

- 자연이라는 공적 이익의 침해에 대한 불법행위법으로의
해결을 중심으로 -

윤 태 영**

《차 례》

- | | |
|--------------------------------------|-------------------|
| I. 머리말 | IV. 위법성의 판단 |
| II. 불법행위법상 보호대상으로서의
‘자연’ 또는 ‘자연물’ | V. 환경이익 침해로부터의 구제 |
| III. 자연의 대변자의 피침해이익 | VI. 맺음말 |

I. 머리말

오늘날, “자연의 가치는 그 자체로서 법적으로 보호할 가치 있는 이익인가?” 라고 하는 물음에 대하여 부정하는 사람은 거의 없을 것으로 보인다. 또한 법적으로도 자연의 가치를 보호하기 위한 많은 특별법이 제정되어 있다. 이제 환경보호와 자원개발 사이의 대립 문제는 적어도 공법 영역에서 만큼은 결코 새로운 논쟁거리가 아니다. 다만 그동안의 많은 연구에도 불구하고 그

* 이 논문은 2010년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2010-332-B00497)

** 아주대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

해결에 일반적 기준을 제시하기 어려운 난제라는 점도 잘 알려져 있는 사실이다.

한편 사법의 영역에서는 자연의 가치에 대하여 어떠한 입장을 가지고 있는가 하는 물음에 직면한다면 선뜻 답하기 어려움에 직면한다. 보통 사법 영역에서 자연환경과 관련한 논의는 환경오염으로 인한 피해에 대한 불법행위책임문제나 혹은 상린관계의 문제와 관련된다. 본래 환경침해에 대한 법적 문제는 사법적인 사후구제가 주된 논의 테마였으나 생태계의 전반적인 위기가 진행됨에 따라 환경보호를 위한 공법적 규제문제로 넘어간 것이다. 그런데 그동안 사법 영역에서는 여전히 “피해자에게 어떤 요건 하에 어느 정도 피해를 구제받을 수 있는가”에만 주된 관심을 보여왔을 뿐, “자연이 어떤 권리(가치)를 가지고 있는가”라는 문제나 “어떻게 자연파괴가 계속되지 않도록 요구할 수 있는가”하는 문제에는 관심을 기울이지 않아 왔다.

그러나 산업화에 따른 환경오염과 자연파괴가 심각한 상황에 이르게 되면서 이러한 환경문제에 적절히 대처하기 위해 환경상의 이익을 향유할 수 있는 권리를 소유권이나 점유권과 같은 새로운 구체적인 권리로 인정하여야 한다고 요구하기에 이르렀다. 최근 도롱뇽 사건¹⁾과 같은 잇따른 환경 소송을 보면 ‘자연 그 자체의 보호’ 문제는 더 이상 공법적 문제만이 아니라 사법의 영역에서도 중요한 테마라는 점이 부각된 것을 알 수 있다. 사회 전체의 이익을 저해하는 행위로서 금지되어야 하는 행위를 축출하여, 그 행위로 인한 침해로부터 제반 이익을 효과적으로 보호해야 한다는 취지에 대해서는, 더 이상 공법과 사법의 구분의 집착만을 가지고 그 반대의 명분을 내세울 수 없게 되었다(소위 ‘공사법 준별론’의 극복). 그리고 공공이익을 보호하기 위한 수단 하나로서 사인의 역할을 적극적으로 활용해야 한다는 점은 최근 공익 소송 사건의 증가를 통해서도 반증되고 있다. 물론 공공이익이라는 개념은 폭넓고 다의적인 개념으로서 어디까지 사법의 영역에 포섭되는가를 정하는 것조차 매우 어렵고 모호하다. 다만 공공이익 가운데 환경 문제는 이미 민법학에서 중요한 테마로 대두되고 있으므로, 환경이라는 테마가 이러한 문제를 풀 수

1) 대법원 2006.06.02 자 2004마1148, 2004마1149 결정.

있는 열쇠를 제공하지 않을까 하는 기대감이 있다. 미국 등 환경소송이 활발한 나라의 사례들을 거울삼아 우리나라에서도 많은 환경단체들이 자연을 파괴하는 기업을 상대로 불법행위책임에 기해 공사 중지를 청구하거나 손해배상을 청구할 가능성도 크다.

그러나 우리나라에서의 지금까지 논의는 주로 환경오염 등으로 피해를 입은 경우나 일조권, 조망권 등 자신의 이해관계가 담긴 부분에 대해서만 환경이라는 이름으로 권리를 주장할 뿐, 사법상 “자연의 가치는 그 자체만으로 법적으로 보호할 가치 있는 이익인가?”라는 물음에 어떤 답을 내놓지 못해 왔다. 도롱뇽 사건 이후 사법적 차원에서도 자연 그 자체의 권리성에 대한 논의와 관심이 나타나기 시작했다는 점은 매우 고무적이거나, 당사자 능력 문제에 대한 소송법적 차원에서의 논의와, 외국 판례의 개괄적 소개에만 머무르고 있다. 따라서 본고에서는 사법적 관점에서 자연환경에 침해에 대한 불법행위책임문제, 그 가운데에서도 위법성과 손해배상책임을 중심으로 논해 보고자 한다.

II. 불법행위법상 보호대상으로서의 ‘자연’ 또는 ‘자연물’

1. 자연의 법적 주체성에 대한 판례의 입장

불법행위법상 자연 자체는 특별하게 법률에 의하여 금지되지 않는 한 그 침해행위로부터 일반적으로 보호되는 것은 아니라고 하는 기본 전제를 바탕으로 하고 있다. 또한 공공이익인 물이나 대기와 같은 자연은 누구라도 자유롭게 이용할 수 있는 자유재이므로 사권의 대상이 되지 않는다고 보고 있다. 그런데 자연은 인간의 생존과 밀접하게 관계되어 있을 뿐만 아니라 장래 세대의 사람들에게 생존의 기반이 되므로 그 침해행위를 금지하기 위하여 여러 가지 법적 논리가 개발되어 왔다. 그 가운데에서는 자연 자체도 그 파괴로부터 방위할 수 있는 고유의 권리를 가지고 있다는 이론이 등장하게 되었고, 이

를 바탕으로 자연의 권리 소송도 나오게 되었다.

자연의 권리 소송은 자연물이 직접적인 소송 당사자가 되고 인간이 그에 대한 대변인이 되어, 당사자인 자연이 침해당하고 있는 이익 즉 자연이 가지고 있는 가치의 침해에 대해 판단을 하고 이에 근거한 판결을 요구하는 소송이다.²⁾ 이 소송은 ‘자연의 권리(Rights of Nature)’에 기초하는데, 자연의 권리란 자연보호를 목적으로 한 활동을 법정을 무대로 하여 나온 고려방법의 하나이다.³⁾ 즉 ‘자연의 가치를 직접적으로 승인하고 자연물에 법적 주체로서의 지위를 승인하는 시도’로서 제창된 개념으로서, 인간중심주의로부터 탈피하여 생명·자연 중심주의로의 발상전환이 논리적 배경으로 되어 있다.⁴⁾ 그동안 이러한 소송은 우리나라에서는 생소하였는데 도롱뇽을 원고로 한 소송이 제기되면서 이슈화하게 되었다.

(1) 우리 판례의 입장

도롱뇽 사건에서 대법원은, 원심과 마찬가지로 신청인 도롱뇽의 당사자능력을 인정하지 않았다. 대법원은 재항고 이유를 판단하면서 신청인 도롱뇽의 당사자능력에 대해, “도롱뇽은 천성산 일대에 서식하고 있는 도롱뇽목 도롱뇽과에 속하는 양서류로서 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 이 사건을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다”고 판시하였다. 대법원에서는 당사자능력을 인정하지 않은 근거를 실시하지 않았지만 원심⁵⁾이 밝힌 이유를 보면 다음과 같다. “당사자능력이란 일반적으로 소송당사자가 될 수 있는 소송법상의 능력(자격)을 말하는 것으로서 자기의 이름으로 재판을 청구하거나 또는 소송상의 효과를 받을 수 있는 자격을 말한다. 이러한 당사자 능력은 소송법상의 추상적이고 일반적인 관념이며 소송사건의 성질이나 내용과는 관계없이 일반적으로 정해지는 능력으로서 어떠한 실체에 당사자능력을

2) 양철호, “자연의 권리와 도롱뇽소송”, 본 제19집, 한양대학교 법과대학, 2004, 113면.

3) 자연환경보호와 관련한 판례를 정리한 문헌으로는, 김세규, “우리 판례상에 나타난 자연환경보호에 관한 고찰”, 공법학연구 제7권 제4호, 2006, 335면 이하 참조.

4) Roderick F. Nash, *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*, University of Wisconsin Press, 1989, pp.4.

5) 부산고등법원 2004.11.29. 자 2004라41,2004라42(병합) 결정.

인정할 것이냐의 문제는 민사소송법 입장에서 독자적으로 결정된다. 민사소송법 제51조는 당사자능력(당사자능력)에 관하여 민사소송법에 특별한 규정이 없으면 민법과 그 밖의 법률에 따르도록 정하고 있고, 같은 법 제52조는 대표자나 관리인이 있는 경우 법인 아닌 사단이나 재단에 대하여도 소송상의 당사자능력을 인정하는 특별규정을 두고 있다. 그러나 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자능력을 인정하고 있는 현행법률이 없고, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로 신청인 도롱뇽이 당사자능력이 있다는 신청인 단체의 주장은 이유 없다. 따라서 신청인 ‘도롱뇽’의 이 사건 가처분 신청은 부적법하다.”고 한 것이다. 이러한 대법원의 판단을 비판하는 환경단체들의 주장 속에는 미국의 판결들, 예컨대 하와이 까마귀 사건⁶⁾, 바다오리 사건⁷⁾ 등과 같이 회귀종을 원고로 하여 소송을 제기한 사례를 예로 든다. 여기서 이러한 미국 판례가 나온 배경에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.

(2) 미국 판례의 입장

1) 리딩케이스-모턴(Morton) 판결

법의 세계에서 자연물의 법적 주체성을 인정할 수 있는가에 관한 문제는, 우리나라에서는 최근에야 사건화 되었지만, 미국에서는 일찍이 1970년대 초반 환경운동의 큰 흐름속에서 대두되었다. 이 문제가 최초로 다루어진 케이스는 미국 환경 판례상 리딩케이스로 불리는 모턴(Morton) 판결⁸⁾이다. 이것은 미국의 유서 있는 환경보호단체인 시에라 클럽(Sierra Club)이 국립공원과 생태계보호구역, 삼림보전과 유지에 대하여 특별한 이해를 가진다고 주장하여 확인판결을 구하고, 정부직원에게 대하여 세콰이아 국유림(Sequoia National Forest) 내에 있는 미네랄 킹 협곡(Mineral King Valley)에서의 넓은 스키장 개발을 허가하지 못하도록 하는 금지청구를 한 사건이다. 이 판결은 특히 본 연구의 주제와 관련하여 다음 두 가지 중요한 쟁점을 가지고 있다. 첫째는 법정 다수의견이 환경에 대한 이익은 보호되는 법적 이익이기 때문에 그 현실

6) Hawaiian Crow v. Lujan. 906 F. Supp. 549. (D.Haw. 1991).

7) Marbled Murrelet v. Babbitt 83 F. 3d 1060(9th cir. 1996).

8) Sierra Club v. Morton, Secretary of the Interior, 405 U. S. 727(1972).

적인 침해를 주장하는 자에게 원고적격을 인정해야 한다고 한 점이다. 둘째는 더글러스 판사의 소수의견에서 자연의 권리소송을 가능하게 하는 법이론이 전개된 점이다. 따라서 모턴 판결은 환경원고적격의 확대라고 하는 측면과 자연의 권리소송의 판례법적 기초가 되었다는 측면이라는 두 가지 방향에서 음미해 볼 필요가 있다.

우리 대법원이 도롱뇽 친구들이 환경권이나 자연방위권이라는 헌법상 권리에 의하여 직접 청구권원을 가지지 않는다고 한 데 비하여, 모턴 판결에서는 “심리를 요구한 당사자는 자신의 불이익에 영향받는 것을 나타내는 사실을 주장하여야만 한다고 하는 요건은 행정청의 행위를 사법심사로부터 제외하는 것은 아니고, 사법절차를 통하여 공공의 이익이 보호되는 것을 방해하지 않는다. 그것은 최소한 심리의 결과에 대하여 직접적 이해관계를 가지고 있는 사람의 손에 의해 소송이 수행된다고 하는 것을 확보하려 하는 것에 지나지 않는다.”고 하면서 그 최소한도의 직접적 이익에 대하여 다음과 같이 판단하였다. 즉 “당사자 자신의 환경이익이 현실로 침해되었다고 하기 위해서는 행정청의 행위에 의해 환경이익이 침해된다고 주장되는 지역에 대하여 당해 당사자가 레크리에이션, 학술적, 취미적 등의 아웃도어 목적 때문에 현실적으로 이용하고 있다고 주장하는 것이 필요하고 또한 그것으로 족하다. 그 이상의 다른 행위는 전혀 필요하지 않다.”고 하였다. 즉 이 판결에서 중요한 점은, 환경이익의 ‘현실적 침해’의 요건으로서 환경보호단체가 환경소송을 제기하는 경우에는 단체 자신이나 회원 개인이 환경이익이 침해된다고 주장되는 지역에 대하여, 이것을 레크리에이션이나 학술적·취미적 아웃도어 목적 때문에 현실적으로 이용한다고 주장하면 족하다고 한 것이다.

더 나아가 더글러스 판사는 법정 다수의견에 반대하고 강력한 소수의견을 전개하였다. 이에 의하면 “소송의 진정한 당사자는 미네랄 킹 협곡으로, 시에라클럽은 협곡의 대변자로서 소송을 수행하고 있는데 지나지 않는다. 협곡에게 원고적격을 인정하는 것은 기이한 것은 아니고, 대변자에 지나지 않는 클럽의 원고적격을 문제로 하는 것은 무의미하다”고 한 것이다. 이렇게 하여 자연물을 당사자, 환경단체를 대변자로 하고, 자연물의 이름으로서 소송 수행하는 자연의 권리소송에 대한 의견을 피력하였다.

2) 모턴 판결 이후 미국 판례의 추이

한편 그 뒤에도 이 모턴 판결을 기초로 하여 자연의 권리소송이 다수 제기되었는데, 자연의 권리소송은 더글러스 판사의 획기적 소수의견에 근거를 둔다. 모턴 판결에서 더글러스 판사의 견해는 자연물 자신이 원고로 될 수 있고, 인간을 대변자로 하여 법정에 등장하는 것을 인정해야 한다는 것이었다. 그리고 그 후, 바이램 강 사건(BYRAM RIVER v. VILLAGE OF POST CHESTER)⁹⁾에서는 하천이 원고로 되었고, 팰릴라 사건(PALILA v. HAWAII DEPARTMENT OF LAND AND NATURAL RESOURCES)¹⁰⁾에서는 팰릴라라고 하는 새가 원고로 되었으며, 북미 올빼미 사건(NORTHERN SPOTTED OWL v. Manual LUJAN)¹¹⁾에서는 북미 올빼미가 원고로 표시되어 있다. 또한 하와이 까마귀 사건(Hawaiian Crow v. Lujan)¹²⁾과 바다오리 사건(Marbled Murrelet v. Babbitt)¹³⁾ 등 멸종위기에 처한 동물을 보호하기 위한 소송에서도 까마귀와 바다오리가 원고로 되어 있다.

9) 바이램천은 뉴욕주와 코네티컷주의 일부 경계를 이루는 하천으로서, 바이램천을 오염시키는 오염원을 가진 뉴욕주 지방공공단체 및 하수처리시설의 건설에 1차적 책임을 가지고 있는 단체 등을 상대로 부적절하게 처리된 하수를 하천에 배출하는 것을 금지하는 선언적 구제를 청구한 사건이다(BYRAM RIVER v. VILLAGE OF POST CHESTER, 394 F. Supp. 618 (1975)).

10) 하와이주정부는 하와이 섬에 위치한 팰릴라의 서식지 내에 사냥을 즐기는 사람들을 위하여 많은 수의 야생 염소와 양을 유지시키기로 하는 결정을 하였다. 이에 시에라 클럽 등은 이러한 결정은 팰릴라의 서식지를 파괴할 수 있는 행위로 주정부가 위기종보호법을 위반하였다고 주장하며 자신들과 팰릴라를 원고로 하여 소송을 제기하였다(PALILA v. HAWAII DEPARTMENT OF LAND AND NATURAL RESOURCES, 639 F. 2d 495. (1981)).

11) 올빼미가 원고로 표시되어 있고 공동원고로서 시에라 클럽 등이 제기한 소로서, 올빼미를 멸종위기법상의 위기종으로 지정하지 않고 중요생식지를 지정하지 않은 점에 반발하여 지정할 것을 법원을 통해 소구한 사건이다(NORTHERN SPOTTED OWL v. Manual LUJAN, 758 F. Supp. 621 (1991)).

12) 내무성 장관이 멸종위기종보호법에 따라 하와이 까마귀 알라라 보존 계획을 마련하였는데, 이 계획에 의하면 내무성 장관은 알라라가 멸종되는 것을 막을 수 있는 효과적인 조치들을 시행하도록 되어 있었다. 그런데 일부 사유지의 소유자가 반대하여 이러한 조치들을 취할 수 없자 환경단체 등이, 내무성장관이 사유지 소유자의 반대에 대하여 법적인 조치를 취하지 않은 것은 위기종 보호법을 위반하였다며 내무부장관과 사유지 소유자를 상대로 소송을 제기하였다(Hawaiian Crow (Alala) v. Lujan United States 906 F.Supp. 549 (1991)).

13) 목재회사인 태평양목재가 캘리포니아 롱볼트 카운티에 오래된 삼나무와 미송으로 울창한 440에이커의 숲을 소유하고 있었는데, 이곳은 태평양 해안으로부터 약 22마일 떨어져 있었고 멸종위기종인 대리석 무늬 바다오리가 새끼를 낳고 기르기에 아주 이상적인 곳이었다. 그런데 이 회사가 이 숲의 절반 이상을 벌목할 계획을 세우고 주정부로부터 허가도 받기 이전에 벌목을 하기 시작하자, 환경보호 정보센터와 대리석 무늬 바다오리는 태평양 목재를 상대로 소송을 제기하였다(MARBLED MURRELET v. BABBITT. 111 F.3d 1447 (1997)).

그러나 자연물을 권리주체로 하는 것은 더글러스 판사의 소수의견에 기초하고 있고, 인정될지 여부가 불분명하기 때문에 앞서 언급한 모든 판결에서 단체 및 개인이 공동원고로 참여하고 있다. 바이랩 강 사건에서는 바이랩 강 이외에 3인이 공동원고로 되었는데, 바이랩천 오염방지협회라는 단체, 호우위터라는 개인, 그린위치타운이라는 마을이 그것이다. 팰릴라 사건에서도 시라클럽, 리걸디펜스 아펠런츠라는 단체가 공동원고로, 북미 올빼미 사건에서도 여러 단체가 공동원고로 되어 있다.

자연물이 공동원고가 되어 진행된 위의 소송들에서는 모두 자연물이 원고로 표시되었지만, 실제로는 피고가 원고적격을 다투지 않았기 때문에 그대로 원고로 인정된 것으로 보인다. 실제로 하와이 까마귀 사건과 같이 항소심에서 피고가 '자연물 원고'에 대하여 이의를 제기한 경우에는, 자연물의 이름으로 제기된 부분은 인정되지 않았다. 자연물이 공동원고가 되어 승소할 수 있었던 배경에는, 자연물과 단체를 공동원고로 함으로써 원고적격이라는 문제를 일응 회피할 수 있었다는데 있다. 따라서 미국 판례에서 자연물이 그대로 원고적격으로 인정되고 있고, 이에 대하여 판례가 명백히 밝히고 있다고 단정하기는 어렵다고 생각한다. 법원은 피고측에서 문제삼지 않았기 때문에 자연물의 원고적격 여부에 대하여 굳이 법적 판단을 할 필요가 없었다.

이러한 판결이 나온 배경은 1973년 미국에서 제정된 '멸종위기종보호법(Endangered Species Act)'의 영향이다. 멸종위기종보호법에서는 긴급성이 높은 자연보호소송에 대한 원고적격을 넓게 인정하고, '시민이라면 누구라도(any person)' 법원에 소를 제기할 수 있다고 선언하였다.¹⁴⁾ 여기서 '누구라도'라는 것은 원고적격에 대하여 다투지 않는다는 의미로도 볼 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 그 후 자연보호소송에서는 더글라스 판사의 조언을 받아들이는 형태로 개발계획에 의해 가장 피해를 받는 자연물의 이름을 소송에서 원고로 기재한

14) 멸종위기종보호법(Endangered Species Act) 제1540조(g).

15) 여기서 '누구라도(any person)'에 대해서는 정의규정이 있다(멸종위기종보호법 제1532조(13)). 이 규정에 따르면, 「누구(person)라는 용어는 개인, 단체, 조합, 신탁, 연합체 혹은 기타 모든 사적존재, 연방정부, 모든 주, 지방자치단체, 주의 정치적 하부기관이나 모든 외국정부에 속한 모든 구성원, 피용자, 대리인, 기관이나, 모든 주나 지방자치단체, 주의 하부기관 또는 연방의 관할에 속하는 기타의 모든 독립체(entity)를 의미한다.」고 하고 있다. 여기서 모든 독립체(entity)라는 개념은 매우 막연한 개념이기 때문에 이 개념을 넓게 잡아 해석하면 자연물도 포함될 수 있다고 볼 수도 있다.

다고 하는 흐름이 나타났다. 많은 판결에서 자연물을 원고로 넣은 것은 이러한 흐름의 영향이다. 만약 위의 소송들에서 공동원고로 하지 않고 자연물을 단독원고로 하여 소송을 진행하였다더라면 원고적격을 인정받았을 수 있는가에 대해서는 부정적으로 보인다.

2. 자연물의 법적 당사자성의 가능성

저명한 환경학자인 스톤(Christopher D. Stone)교수는 자연물에도 권리주체성을 인정하고, 권리실현의 법적 매커니즘으로서 가디언십(Guardianship)의 접근방법을 주장하였다.¹⁶⁾ 이것은 자연물에 권리주체성을 인정하고, 환경단체를 자연물의 가디언으로서, ‘자연물의 이름으로’, ‘자연물의 침해에 대하여’, ‘자연물의 이익을 위해’ 대변한다고 하는 법적 구성을 시도한 것이다.¹⁷⁾ ‘가디언’이란 우리법상의 후견인과 가까운데, 영미법에서는 보다 넓은 의미가 있다. 자연물은 법정에서 변론할 수 없다는 견해에 대하여, 그는 그것이 자연물의 권리실현의 소송법적 장애는 아니라고 보았다. 법정에서 변론할 수 없는 것은 유아나 무능력자도 마찬가지라고 보았다. 유아나 무능력자에게 소송후견인이 붙을 수 있는 것과 마찬가지로, 자연물에 소송상의 대변자를 붙이는 것도 가능하다는 것이다. 다음으로 스톤은 권리주체라는 것의, 실체법적 의미를 명확하게 하는 작업도 취하였다. 스톤에 의하면 자연물이 권리주체이기 위해서는 자연물이 그 자신을 위해 소송을 제기할 수 있고, 법원은 법적 구제를 부여하는데 대하여, 자연물 자신에 대한 침해를 고려하여 구제는 자연물 자신의 이익을 위해 구상해야만 한다고 하였다.¹⁸⁾ 침해에 대하여 공적 기관이 다소의 심사를 한다고 하는 것만으로는 불충분하다고 한다.

다만 자연물에 권리를 인정한다고 하더라도, 어떠한 자연물에 법적 당사자성을 부여하는가 하는 점도 궁극적으로 곤란한 기술문제로서 남아 있다. 이에

16) Christopher D. Stone, "Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights For Natural Objects", 45 S. CAL. L. REV. 450 (1972). 이 논문은 너무 유명해져 출판되었는데, 본고에서는 출판분(http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic498371.files/Stone.Trees_Standing.pdf)을 인용한다.

17) Id. at 7 이하 참조.

18) Id. at 11.

대하여 재단법인의 이론을 접합시키려는 견해도 있다.¹⁹⁾ 즉 민법은 재단이라는 일단의 재산에 법인으로서 권리능력을 부여하고 있다. 재단이 법인으로서 권리능력의 주체로서의 법적 지위를 인정하고 있는 것은 제1차적으로 그 실제적 필요성과 역사적 경위에 의한다. 그러나 그 재산의 결말이 일정한 '목적'을 위해 제공되어 있는 것, 즉 목적에 의한 재산의 통합성이 존재하는 것, 한편 사람이 이 재산의 일단을 조직적으로 관리하는 것이 가능한 것도 그 요인으로 되어 있는 것으로 생각된다. 자연물의 법적 주체성은 기술적·관념적인 것이다. 만약 자연물의 일군에 이러한 기술상의 법적 주체로서의 '일정한 기준에 의한 정리'를 관념할 수 있게 된다면, 이론상 자연물의 법적 주체성을 인정하는 것은 가능하게 된다. 예컨대 동식물의 지역개체군 등에 그러한 의미에 있어서의 '정리'를 인정하는 것은 충분히 가능하다는 것이다. 이 중 가장 중요한 기준으로서의 어떠한 자연물에 당사자성을 인정하는 것이 자연보호에 있어서 가장 효과적인가 하는 점이라는 것이다.

자연과괴 행위를 막기 위해서라도 자연에 권리능력을 인정하는 것은 법철학적 관점에서도 우리가 추구할만한 방향이라고 생각한다. 그러나 현행법상 자연 그 자체에 당사자 적격을 인정할 가능성은 없다. 멸종위기보호법에서 '누구라도(any person)'라고 규정하고 있는 미국에서조차도 이러한 person에 동물을 포섭하는 것은 지나친 확대해석이라고 하지 않을 수 없다. 결국 무분별한 자연과괴를 막기 위해서는 자연의 원고적격을 검토할 것이 아니라 시민단체와 같이 자연을 대변하는 자에게 원고적격을 인정할 수 있는가를 검토하여야 한다. 따라서 이하에서는 자연의 대변자에게 어떠한 권리가 인정될 수 있는지 또는 어떠한 이익을 갖는지 살펴보고자 한다.

19) 山村恒年/關根孝道, 『自然の權利』, 信山社, 1996.

Ⅲ. 자연의 대변자의 피침해이익

1. 학설의 입장

(1) 환경권으로서의 이론 구성

환경권은 헌법 제35조 제1항의 ‘건강하고 쾌적한 환경’이라는 부분을 어떻게 이해하는가에 따라, ‘인간다운 환경 속에서 생존할 수 있는 권리’²⁰⁾, ‘오염되거나 불결한 환경으로 말미암아 건강을 훼손당하거나 훼손당할 위험에 놓인 자가 오염되거나 불결한 환경에 대하여 책임이 있는 공권력이나 제3자에 대하여 그 원인을 예방 또는 배제하여 주도록 요구할 수 있는 권리’²¹⁾, ‘건강하고 쾌적한 환경에서 공해 없는 생활을 누릴 수 있는 권리’²²⁾ 등으로 정의되고 있다. 우리들에게는 환경을 지배하여 좋은 환경을 향수할 수 있는 권리(환경권)가 있고, 환경을 오염시켜 우리들의 쾌적한 환경을 방해하거나 방해하려 하는 자에 대해서는 이 권리에 기하여 그 방해를 배제 또는 예방 청구할 수 있다는 이론 구성이 가능하다.²³⁾ 환경권은 권리의 특성상 환경 그 자체가 권리의 대상이 될 수 없으며, 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 그 실효성을 갖게 되는 다른 기본권의 제한을 전제로 하는 기본권이다. 따라서 기본권의 대사인효가 간접적으로 인정되는 특성을 가지므로 사인이 직접 환경권에 기해 다른 자연파괴행위에 대한 금지를 주장하는 것이 이론상 가능할 수 있는 것이다.

20) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2002, 752면.

21) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 703면.

22) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2010, 459면.

23) 이러한 개념은 적어도 환경권에 관하여 구체적 권리설을 전제로 할 경우에 가능하다. 최근의 헌법 학계에서는 환경권을 총합적 기본권으로 보면서도 구체적 권리설을 취하는 견해, 즉 국민개개인 직접 법원에 환경권 즉 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 직접 청구할 수 있다는 견해도 유력하게 주장되고 있다. 즉, “환경파괴에 대한 인권의 대량침해·대량파괴는 기존의 사회권이론 즉 추상적 권리론을 가지는 대용할 수 없음이 명백하다”고 주장하면서, 그 효과적인 대책으로서, “생명권·보건권의 재산권·영업권에 대한 우위론이라는 기본권 해석론이 있고, 사실 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 최고의 헌법적 가치로 보고 또 환경권을 총합적 권리로 해석한다면, 생명권·보건권의 재산권·영업권에 대한 우위성을 충분히 인정할 수 있다”고 한다. 그리고 이러한 구체적 권리설에 입각하면, 환경침해행위의 유지청구, 방해배제, 예방청구 등의 구체적 청구권이 발생할 수 있다(권영성, 전거서, 704면 참조).

환경권론은 환경보전의 중요성을 명확하게 하는 것이라는 점, 그래도 그 경우, 생명·건강이라는 인격적 이익을 넘어 넓게 환경이익을 파악할 수 있는 점, 그 결과 환경법에서는 별도의 것으로 취급되어 온 영역인 자연보호와 공해문제라고 하는 2가지²⁴⁾를 가교할 수 있는 것이라는 점에서 환경법의 이론으로서 매우 중요한 것이라고 한다.²⁵⁾

금지청구를 인정하는 경우에 관해서도, 공해는 생명·건강 등에 중대한 침해를 가져오는 경우가 많은데, 그러한 법익에 구체적 피해가 발생하고 나서 금지를 인정한다면 지나치게 늦게 되는 경우가 많지만, 환경권론에 의하면 설령 아직 주민의 인격적 이익에 피해가 발생하고 있지 않다고 해도 지역의 환경이 악화하면 그 자체가 환경권의 침해로서 금지를 요구할 수 있는 점, 원고 개인에게 발생한 피해만이 아니라 지역주민의 피해의 총체를 환경파괴로서 금지청구 가운데 주장할 수 있다고 하는 장점이 있다고 한다.²⁶⁾

그러나, 환경권이 오늘날 환경법의 기본이념으로서 정착하고 있음에도 불구하고, 민사상의 금지의 근거로서는 이것을 정면으로 인정한 판례는 없다. 즉 판례는, “환경권은 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어 야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접 방해배제청구권을 인정할 수는 없다.”²⁷⁾고 한다. 그것은 환경권에 대해서는 권리로서의 내용이나 외연이 애매하고, 권리자의 범위도 확실하지 않다고 하는 비판이 있기 때문이다. 또한 환경권은 그 대상인 환경이익이 특정한 개인에게 귀속하는 것은 아니고 공공적인 이익이라고 하는 점에서 소유권이나 인격권과 같은 권리와는 성격이 다른 것으로서, 그 의미에서 민사상의 금지의 근거로 될 수 없다는 비판이 있다.

24) 지금까지도 우리나라에서는 자연보호는 사법이 접근하지 못하고, 공해문제만 주로 민법상 수인한 도를 가지고 불법행위 또는 상린관계의 문제로 파악하였다.

25) 최근 일본에서는 이러한 환경권이라는 개념을 주장하면서, “환경권은 인격권의 ‘방과제’로서의 성질을 가진다”고 한다(大塚直, 『環境法』, 有斐閣, 2010, 57면 참조).

26) 吉村良一, “公害環境訴訟における權利論の意義”, 『公害環境訴訟の新たな展開』, 日本評論社, 2012, 66면.

27) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결 등.

(2) 자연방위권으로의 이론 구성

환경권이라는 개념이 지나치게 추상적이고 권리범위가 애매하다고 하는 비판을 극복하기 위하여 환경권을 보다 구체화한 개념으로서 자연방위권이 등장하였다. 인간에게 원칙적인 자연보호의무가 있고, 국가와 사회적 권력의 의무위반행위가 환경문제의 원인이라면 이것을 항상 감시하고, 의무 이행을 사법 수준에서 강제하여 갈 필요가 있다. 환경보호를 주장하는 입장에서는 이러한 권능은 원칙적으로 모든 ‘人’에게 승인될만하기 때문에 이에 자연방위권이라는 권리의 존재를 주장한다.²⁸⁾ 이에 따르면, 자연보호의무는 그 실행성을 확보하기 위한 방위권능을 당연히 요구하고 있다고 이해할만하다고 한다. 나아가 자연방위권은 환경권의 기초적 권리성으로부터 파생하는 저항권적 방위권이라고 파악하는 것도 가능하다고 한다. 환경권은 사권성을 가지게 되어 ‘좋은 환경을 향유하고 이것을 지배할 수 있는 권능’으로 정의되므로, 이 문맥에서 환경권은 금지청구의 근거로 위치지우게 된다. 그리고 환경이란 “단지 대기·물·일조 등의 자연적 환경에 한정”되지 않고, “생활을 둘러싼 도로, 공원 등의 사회적 환경이나 선조로부터 계승되어 온 유적 등의 문화적 환경도 포함”하여, 만인의 공유에 속할만한 재산으로 이해되고 있다.²⁹⁾

그러나 대기·물·일조·통풍·경관 등이라는 환경 소재는 종래 ‘자유재’로서 권리의 대상으로 되는 것은 고려되지 않아왔다. 그리고 사권으로서의 환경권의 논의에 있어서는 집합적 이익인 환경이익의 보호는, 개인적 이익의 보호를 본래의 목적으로 하는 종래의 사법이론의 범위를 넘고 있다고 하는 비판이 가능하다. 또한 환경권의 내용, 즉 환경권의 주체의 범위, 객체의 범위 및 판단기준이 명확하지 않다고 하는 비판이 여기에서도 여전히 제기된다. 이러한 비판을 극복하기 위해 사인이 독점적으로 향수할 수 있는 사적 이익을 목적으로 하는 기존의 고전적 사법상의 권리와는 다른 성질을 가진 권리로서 집합적·공공적 이익에 대한 사법상 권리를 끄집어 낸 후에 그 근거로 되는 민법이론을 정립해 가는 것이 필요하다.

28) 大阪弁護士會環境權研究會, 「環境權」, 日本評論社, 1973, 4면 이하 참조.

29) 大阪弁護士會環境權研究會, 上掲書, 77면 등 참조.

(3) 자연향유권으로서의 이론 구성

자연보호에 대한 사적 권리로서 자연향유권이 주장된 바 있다.³⁰⁾ 자연향유권이란 국민이 생명 또는 인간 또는 생활을 유지하기 위하여 불가결한 자연의 혜택을 향유하는 권리로 정의된다. 이러한 주장이 등장한 배경에는 1980년대 인간의 건강이나 생활에는 직접적 영향이 없지만, 매우 큰 가치를 가진 자연환경 그것의 보전이 과제로 되고, 또한 현재의 세대만이 아니라, 장래 세대를 위해서도 환경을 보전할 필요가 있는 것이 명확하게 되어 온 점에 있다.

이 권리가 환경권론과 다른 점은, 자연을 공공재로 보고 환경공유 법리와 같은 환경이익에 대한 지배권을 상정하지 않고 자연으로부터의 혜택을 받는 권리로서 구성하고 있는 점, 인간은 자연의 일원으로서 자연의 생태계의 균형 가운데 생활하고 있는 것으로서 그러한 자연을 향유할 권리를 가진다는 점, 그러한 자연을 보전하여 다음 세대에 넘겨줄 의무를 부담하고 있다는 점에 있다. 그러나 자연향유권과 환경권을 대립적으로 보는 것은 적절하지 않다. 자연향유권을 자연의 일원으로서의 인간이 양호한 환경을 보유하고 향유할 권리로서의 환경권이라고 할 수 있는 것과 같이, 자연향유권도 포함한 것으로서 환경권을 이해하는 것도 가능하다. 따라서 결국 환경권으로서의 이론구성에 대한 비판이 그대로 이 자연향유권으로서의 이론구성에도 해당된다고 할 수 있다.

2. 자연에 대한 민법상 구체적 권리화

앞에서 살펴본 이론 구성은 모두 사인이 헌법상 규정된 환경권을 직접적으로 사법상의 권리로서 주장하려 하는 데에서 기인하는 한계를 가지고 있다. 이러한 문제점을 극복하기 위해서는 집합적·공공적 이익에 대한 ‘사법상의 권리화’ 또는 ‘보호할 가치 있는 이익’으로서의 이론적 구축을 시도하지 않으면 안된다.

그 하나의 예로 들 수 있는 것으로는, 경관보호이익과 같이 구체화하는 방

30) 山村恒年, 「自然保護の法と戰略」, 有斐閣, 1989, 388면 이하 참조.

법이다. 우리 판례도 경관보호이익을 법적으로 보호할 가치 있는 이익으로 본다. 그러나 굉장히 제한적으로 해석하여 환경권과 마찬가지로 사회통념상 독자적인 이익으로 승인될 것을 요구한다. 즉 “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것인바, 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부로 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이고, 그와 같은 정도에 이르지 못하는 조망이익의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법적인 보호의 대상이 될 수 없다.”³¹⁾고 본다. 이러한 판례의 입장에 따르면 수려한 환경을 가진 국립공원 정도라면 모를까 일반 자연환경에 대해서는 경관보호이익을 인정하기 어려울 것으로 판단된다.

이러한 입장은 일본의 판결에서도 마찬가지였다. 그런데 이와 관련하여 최근 일본에서는 주목할 만한 판결이 나왔는데, 그것은 경관이익의 보호를 주장하며 그 침해에 대한 불법행위법상의 보호를 주장한 사건이었다. 1심은 불법행위책임을 인정하였지만 2심에서는 인정하지 않았고, 결국 일본 최고재판소는 결론적으로는 청구를 기각하였지만, 경관이익이 사법(불법행위법)상의 보호의 대상으로 될 수 있음을 인정한 데에서 종래와는 다른 입장을 보인 것으로 평가할 수 있다.³²⁾ 즉 판결은 “양호한 경관에 접근하는 지역 내에 주거하고 그 혜택을 일상적으로 향수하고 있는 자는 양호한 경관이 가진 객관적 가치의 침해에 대하여 밀접한 이익관계를 가지고 있다고 보아야 하고, 이러한 자가 가지는 양호한 경관의 혜택을 향수하는 이익은 법적 보호에 들만한 것으로 해석하는 것이 상당하다”고 하여 경관이익을 불법행위법상 보호할만한 이익에 위치시킨 판결이다.³³⁾ 이 판결의 내용을 보면, ‘사회통념상 독자적인

31) 대법원 2007.06.28. 선고 2004다54282 판결 등.
 32) 最判 平成18年(2006년) 3月 30日 民集60(3) 948.

이익으로 승인될만하여야 한다’는 조건을 붙이지 않고, 단순히 ‘양호한 경관에 밀접한 이익관계’를 요건으로 하는 점에서 굉장히 전향적인 자세로 평가할 수 있을 것이다.

한편, 최근 일본에서 민법상 실체적 권리로서의 환경권을 구성하는 주장으로서 환경권을 소유권 유사의 권리가 아니라 이용권(환경공동이용권)으로서 구성하려고 하는 주장도 주목할 만하다.³⁴⁾ 이에 따르면 환경권은 어떤 사람에게 환경이익의 향수를 배타적으로 보장하는 권리가 아니고, 환경에 관한 주민의 주체적 관여를 보장하기 위해서는 그것을 민사법상의 권리로서 구성하는 것이 필요하다고 한다. 따라서 환경권이란, “다른 다수의 사람들에 의한 동일한 이용과 공존할 수 있는 내용을 가지고, 또한 공존할 수 있는 방법으로, 각 개인이 특정한 환경을 이용할 수 있는 권리”라고 한다. 이 권리는 다른 사람의 이용과 공존하여야만 하는 점에서 공공적 성격을 가지나, 다른 사람이 환경질서에 반하는 이용을 한 경우에, 그것을 금지하거나 침해에 대한 배상을 요구할 수 있고, 그 의미에서 민사법상의 권리라고 한다. 여기에서는 공공적 성격을 갖는 환경권의 민사법상의 재구성이 시도되고 있고, 환경이익의 공공적 성격을 받아들이면서도 또한 주민이 그 형성 또는 유지에 주체적으로 관련된 권리 또는 이익으로서 환경권을 구상하려는 것이다.

이러한 일본의 최근 판례 및 학설의 입장은 앞에서 언급한 미국판례에서의 시민단체의 원고적격 인정기준인 “레크리에이션, 학술적, 취미적 등의 아웃도어 목적 때문에 현실적으로 이용하고 있다고 주장하는 것이 필요하고 또한 그것으로 족하다”는 입장에 한걸음 다가간 것으로 긍정적으로 평가할만하다.

3. 자연의 침해에 대한 사법적 구제의 법적 근거

환경침해에 대한 사법적 구제의 법적 근거를 어디에서 찾느냐에 대해서는 크게 불법행위설, 상린관계설, 인격권설, 환경권설 등 다양하게 나누어지는

33) 이 판례에 대한 평가와 경관이익 침해에 대한 불법행위책임법리를 자세히 논한 문헌으로는 김민규, “경관이익의 침해와 불법행위책임법의 만남”, 토지법학 제27-2호, 2011, 117면 이하 참조.

34) 中山充, 「環境共同利用權」, 成文堂, 2006, 88면 참조. 이 학설에 대해서는 긍정적으로 평가하는 견해가 많은데 대표적인 것으로는 吉村良一, 「環境法の現代的課題」, 有斐閣, 2011, 175면 참조.

데,³⁵⁾ 우리나라의 통설적 견해 및 판례는 절충설을 취하고 있다. 즉 환경침해로 인한 손해배상청구에 관하여는 불법행위법에 의한 이론구성을 취하고, 방해배제·예방청구는 물권적청구권 내지 상린관계법에 따른 이론구성을 취하고 있다. 이 견해는 손해배상청구권과 방해배제·예방청구권의 각 요건이 서로 다름을 전제로 하고 있다. 즉 손해배상청구는 민법 제750조가 요구하는 불법행위의 일반적 성립요건인 가해자의 고의·과실·위법성과 인과관계를 갖추고 있어야 인정되는데 반하여 민법 제217조에 의하면 수인한도를 넘는 경우에는 위와 같은 요건을 갖추지 않아도 방해배제·예방청구가 가능하다고 본다.

우리 민법은 제217조에서 생활이익의 보호를 위하여 방해배제·예방청구권을 인정하고 있으므로 불법행위에 대한 제750조에 의한 해결을 도모할 필요성이 반감된다. 또한 환경침해분쟁을 상린관계적으로 이론구성하게 되면 침해가 인용의 한도를 넘는 경우 가해자의 고의·과실의 유무를 가리지 않고 책임을 물을 수 있는 무과실책임의 인정근거가 되어 입증곤란의 문제를 피할 수 있게 된다. 그러나 자연환경침해에 대한 보호에 있어서는 제217조에 의한 해결을 기대하기 곤란한 결정적 문제점이 있는데, 제217조는 인접하는 두 토지간의 이용관계의 조정을 위해서만 기능할 수 있다는 점이다. 대부분 자연환경보호를 위해서는 인접토지의 소유자보다는 환경단체 등에 의하여 공익소송이 제기될 가능성이 큰데 이러한 단체에 상린관계를 인정하기 어렵다. 즉 상린개념이 결여되는 경우에는 제217조의 적용이 배제되므로 결국 불법행위법에 의한 해결을 기대할 수밖에 없게 된다.

우리 민법 제750조는 구민법이 타인의 권리침해를 불법행위의 일반적 요건으로 규정하였던 것과 달리 고의·과실과 위법성에 의하여 불법행위책임을 인정하고 있다. 따라서 환경에 대한 이익을 굳이 생명, 신체, 건강, 자유 소유권 등의 절대적 법익으로서의 이론 구성을 시도하지 않아도 불법행위책임을 물을 수 있도록 입법적으로 해결하였다. 그런 점에서 권리침해를 불법행위책임을 요건으로 규정하고 있는 일본³⁶⁾보다도 자연환경에 대한 민법상 이익을

35) 이러한 학설에 대한 자세한 논의는 남현우, “환경침해의 사법상 구제에 관한 법리구성”, 대전지방변호사회지 제4호, 2007, 117면 이하 참조.

주장하여 불법행위책임을 물을 수 있는 여지는 더 크다고 할 수 있다.

우리 판례의 경우에도 이러한 점에 대하여 부정적인 입장인 것으로 파악되지는 않는다. 불법행위책임에 대한 직접적인 판례는 아니지만, 앞에서 언급한 도롱뇽 사건에서도 “신청인 내원사, 미타암, 도롱뇽의 친구들이 환경권에 관한 헌법 제35조 제1항이나 자연방위권 등 헌법상의 권리에 의하여 직접 피신청인에 대하여 고속철도 중 일부 구간의 공사 금지를 청구할 수는 없고 환경정책기본법 등 관계 법령의 규정 역시 그와 같이 구체적인 청구권원을 발생시키는 것으로 해석할 수는 없으므로, 원심이 같은 취지에서 신청인 내원사, 미타암의 신청 중 환경권이나 자연방위권을 피보전권리로 하는 부분 및 신청인 도롱뇽의 친구들의 신청(위 신청인은 천성산을 비롯한 자연환경과 생태계의 보존운동 등을 목적으로 설립된 법인 아닌 사단으로서 헌법상 환경권 또는 자연방위권만을 이 사건 신청의 피보전권리로서 주장하고 있다.)에 대하여는 피보전권리를 인정할 수 없다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 환경권 및 그에 기초한 자연방위권의 권리성, 신청인 도롱뇽의 친구들의 당사자적격이나 위 신청인이 보유하는 법률상 보호되어야 할 가치 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”고 하고 있는데, 위에서 특히 괄호 안에 “헌법상 환경권 또는 자연방위권만을 이 사건 신청의 피보전권리로서 주장하고 있다”고 언급한 점에 주목할만하다. 이 점을 굳이 괄호 안에 언급한 점을 보면, 만약 민사상 다른 이익을 주장하였다면, 피보전권리가 있음이 인정될 수도 있었을 것으로 보인다.

결국 어떤 환경에 대하여 밀접하게 현실적으로 이용하면서 이익을 향수하고 있었다면 환경이익이 있다고 판단할 수 있게 되고 불법행위책임을 물을 수 있는 보호법익으로 인정된다고 할 수 있다. 그렇지만 권리성을 요하지 않는다고 하더라도 모든 환경침해행위가 그대로 위법하다고 평가할 수는 없다. 또한 현대 산업사회에서 환경을 보호할 필요성이 있다는 것을 강조하는 것만

36) 물론 일본에서도 ‘권리침해로부터 위법성으로’ 라는 대명제에 기초하여, 권리침해로 인정되지 않아도 법규위반과 공서양속위반으로부터도 위법성, 따라서 불법행위책임이 인정된다고 한다. 이에 관한 역사적 배경과 상세한 논의에 대해서는, 윤태영, “영업이익의 침해와 위법성”, 민사법학 제30호, 2005, 83면 이하 참조.

으로는 환경침해에 대하여 불법행위책임을 인정하기에 불충분하다. 따라서 보호가 기대되는 환경이라는 법익의 존재구조에 대한 검토에 들어가, 불법행위법상 보호대상으로서의 조건이 이 환경이라는 법익에 갖추어져 있는가를 증명하여야 한다. 이러한 기능을 우리 불법행위법상에서는 ‘위법성’이라는 요건이 담당하고 있다.

IV. 위법성의 판단

1. 위법성의 의의

‘위법성’에 대하여, 종래 우리나라의 통설은 위법행위 내지 위법성의 의미를 일반적·이론적으로 규명함이 없이 위법성의 발현형태를 침해된 이익의 측면과 침해행위의 측면의 두가지 관점에서 개별적 실증적으로 고찰해 왔다. 그래서 피침해이익의 면에서는 각종 재산적 이익(소유권, 제한물권, 광업권, 어업권, 무체재산권, 용수권, 채권, 상호 등)의 침해의 경우와 비재산적 이익(생명, 신체, 자유, 명예 등 각종의 인격적 이익과 가족권)의 침해의 경우로 나누어 위법성을 검토하고 있다. 그리고 침해행위의 측면에 있어서는 형벌법규위반, 단속법규위반, 사회질서위반, 권리남용 등에 비추어 위법성을 검토하고 있다³⁷⁾. 이렇게 종래에는 위법성의 평가를 발생된 침해사실 하나에 착안하여 판단하는 결과불법론이 지배적이었는데, 결과불법론은 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권이나 그 밖의 권리를 침해한 경우 그 침해결과를 야기한 행위가 위법성 조각사유가 없는 한 위법하다고 보는 견해이다.

이에 반하여 근래에는 위법성의 본질을 가해행위에서 찾으려 하는 행위불법론이 유력하다.³⁸⁾ 이 행위불법론은, 위법성의 평가에 있어서는 어떠한 행위

37) 박윤직, 「채권각론」, 2003, 397면 이하; 김기선, 「한국채권법각론」, 1982, 284면 이하; 김석우, 「채권법각론」, 1978, 504면 이하; 김중환·안이준, 「신체권각론(하)」, 1965, 763면 등.

38) 서광민, 「불법행위의 책임귀속구조에 관한 연구」, 고려대박사학위논문, 1987, 29면; 양창수, 독점규제법에서의 손해상책임, 「민법연구」, 제5권, 박영사, 1999, 45면; 정기웅, “불법행위에 있어서 위법

의 결과로서 보호법익의 침해가 있었는가, 그러한 침해는 범규범이 행위자에게 부과한 주의의무를 해태함에 의하여 야기된 것인가의 두 가지 점이 함께 고찰되어야 한다는 견해이다.³⁹⁾ 행위불법론이 설명하는 바에 따르면, 고의로 인한 가해의 경우 마치 가해결과만 발생하면 곧 위법성이 인정되는 것처럼 보이나 실은 보호법익 침해라는 결과 이외에 고의라고 하는 행위자에 대한 비난가능성이 함께 고려된 것이라는 점을 강조한다. 더욱이 현대 불법행위의 대부분을 차지하는 과실불법행위의 경우 보호법익 침해라는 결과보다도 그 결과가 주의의무의 해태로 인하여 야기되었다는 것이 중요한데, 주의의무를 해태했다는 점은 과실인정의 근거임과 동시에 위법성 인정의 근거이기도 하다는 것이다. 주의의무란 법질서에 의하여 가해자에게 부과되었던 행위규범이고 가해자가 그 행위규범에 위반하여 행위하였다는 점이 바로 위법성의 대상이 된다.

다만 결과불법론, 행위불법론 어느 학설을 취하든간에, 양자 모두 침해결과를 야기한 행위에 대한 행위규범의 존재가 전제로 된다. 환경 관련 특별법에서 금지되는 행위를 한 경우에는 위법하다고 판단되기 때문이다. 따라서 먼저 환경이익 침해를 금지하는 행위규범에 대한 검토가 필요하다.

2. 자연의 가치에 관한 행위규범

환경보호는 한 나라만의 문제가 아니라 국제적으로 협력하여야 하는 문제이므로 세계자연유산이나 리오선언 등 원칙적인 규정들 이외에도 다양한 협약이 존재하고 있다. 관련 협약으로는 ‘세계 문화 및 자연유산 보호협약’⁴⁰⁾, ‘람사르조약’⁴¹⁾ ‘워싱턴협약’⁴²⁾ 등이 있는데 이러한 국제조약 중에서도 가장

성 판단-상관관계이론을 중심으로-”, 재산법연구, 제3권 제1호, 한국재산법학회, 1986. 78면 등.

39) 민법주해, 제18권, 채권(11), 209면 이하 참조.

40) ‘세계 문화 및 자연유산 보호협약’은 자연재해나 전쟁 등으로 파괴의 위험에 처한 유산의 복구 및 보호활동 등을 통하여 보편적 인류 유산의 파괴를 근본적으로 방지하고, 문화유산 및 자연유산의 보호를 위한 국제적 협력 및 각 나라별 유산 보호활동을 고무하기 위한 국제협약이다. 우리나라는 1988년 협약에 가입했다.

41) 정식 명칭은 ‘물새서식지로서 특히 국제적으로 중요한 습지에 관한 협약(The Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat)’이며, 1971년 2월 2일 이란의 람사르(Ramsar)에서 열린 국제회의 때 채택되어 1975년 12월에 발효되었다. 우리나라는

기본적인 조약은 ‘생물다양성협약’⁴³⁾이다. 이 협약은 워싱턴협약과 같이 개별 종이나, 람사르조약과 같이 습지 등 개별 생태계를 보호하는 것이 아니라, 생물다양성 그것을 보존하는 것을 목적으로 하는 협약이기 때문이다.

참고로 협약을 해석하는데 있어서 가장 큰 문제점은 협약에 의해 국가나 지자체의 행정행위를 구속할 수 있는가 하는 점이다. 여기서 이러한 환경관련 협약과 관련하여 참고로 될만한 것으로, 세계유산조약 제5조에 관한 오스트레일리아 대법원 판결(소위 ‘타스마니안 댐 케이스(Tasmanian Dam case)’로 불리는 유명한 사건이다.)을 소개하면 다음과 같다.⁴⁴⁾ 이 판결은 세계 문화 및 자연유산 보호협약 제5조에 대하여 세계유산보호를 위해 어떠한 시책을 취해야 하는가는 재량이나, 시책을 취할 것인가 말 것인가 하는 것은 재량이 아니므로 세계유산을 보존하기 위한 구속력 있는 의무는 정부가 지고 있다고 하였다. 완전히 동일한 규정을 가지고 있는 생물다양성협약 제8조에 대해서도 마찬가지로 행정에 대하여 무언가의 보전책을 취할만한 의무를 담당하고 있다고 해석하는 것이 가능하다.

한편 우리나라에서도 환경정책기본법, 자연환경보전법, 습지보전법, 환경·교통·재해 등에 관한 영향평가법(이하 ‘환경영향평가법’이라 한다) 등을 통하여 부문별한 자연과괴행위를 규제하고 있다. 대부분 국가나 지방자치단체의 책무를 규정하고 있지만, 사업자의 행위규범도 정하고 있다. 예컨대 자연환경보전법 제4조에서는 사업자의 책무로서 ① 자연생태·자연경관을 우선적으로 고려할 것, ② 사업활동으로부터 비롯되는 자연환경훼손에 대하여 스스로 복원·복구하는 등의 필요한 조치를 할 것, ③ 제1항의 규정에 의한 국가 및 지

1997년에 가입하였다.

42) 1973년 3월 워싱턴에서 개최된 국제회의에서 채택되었기 때문에 워싱턴협약이라고 불린다. 정식 이름은 ‘멸종 위기에 처한 야생 동·식물의 국제거래에 관한 협약(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora:CITES)’이다. 1975년 7월에 발효되었으며, 우리나라는 1993년 가입하였다.

43) 생물다양성협약(CBD: Convention on Biological Diversity)은 생물다양성의 보전·생물자원의 지속 가능한 이용·생물자원을 이용하여 얻어지는 이익을 공정하고 공평하게 분배할 것을 목적으로 1992년 <유엔환경개발회의>에서 채택되었다. 1992년 6월 리우회의에서 158개국 대표가 서명함으로써 채택되었고, 1993년 12월 29일부터 발효되었다. 우리나라는 154번째 회원국이다.

44) Commonwealth of Australia and Another v. State of Tasmania and Others, [1983] HCA 21; (1983) 158 CLR 1 (1 July 1983).

방자치단체의 자연환경보전대책 등에 참여하고 협력할 것을 규정하고 있다.

그러나 이들 대부분의 규정은 국가나 지방자치단체의 책무를 규정한 것이고, 또한 적용범위도 매우 한정된다는 문제점을 가지고 있다. 예컨대 환경영향평가는 생물다양성협약에 의해 의무화되어 있는데 대상사업이 한정되어 있고, 개발과 보전의 조화수단과 이에 대한 판단기준이 모호하다. 또한 공법상 환경영향평가법에 따른 환경영향을 거쳤다고 하더라도 사법상의 위법성이 당연히 조각되는 것은 아니다. 따라서 결국 불법행위법의 일반론으로 돌아가 그 침해행위로 인해 얻는 이익과 침해된 이익의 비교형량을 통하여 상관적으로 판단할 수밖에 없고 또한 침해행위의 태양이 사회의 법감정에 용납할 수 없는 범위에 있는지 여부에 의해 판단되어야 한다.

3. 이익형량의 기본적 관점

이익형량을 통하여 위법성 판단을 구체화하기 위해서는, 우선 현실적으로 어떠한 환경이익 보호의 요청이 사회에 존재하고 있는가를 규명하여 그에 따른 이익형량의 기본적 관점을 설정하는 것이 필요하다. 이 기본적 관점은 민법, 자연환경보전법 등 각종 환경관련 법령상의 제규정, 환경관련 국제 협약, 궁극적으로는 헌법이 보장하는 기본권 보호요청에 대한 고려를 통하여 발견해 내어야 하고, 이러한 제규정에 표현되어 있는 기본적 사상에 쫓아 이익형량의 기본적 관점을 설정하여야 할 것이다.

위법이라는 것은 법질서에 의해 허용되지 않는 것을 의미하지만, 종래 이 '위법'이 무엇이나 하는 문제에 대하여 통설은 상관관계이론으로서, 모든 불법행위에 대하여 피침해이익과 침해행위를 상관적으로 고찰하고, 침해행위의 태양으로서 형사법규위반, 단속법규위반, 공서양속위반 등이 있으면 위법성이 징표된다고 이론 구성하고 있다.⁴⁵⁾ 즉 법익 주체로서의 피해자 지위와 행동

45) 우리나라에서는 상관관계이론이 통설이라고 하면서 위법성의 본질에 관한 논의를 전개하고 있다. 이에 대해서는 김형배, 민사법의 위법성개념의 구조-결과불법·행위불법 이원설의 검토-, 고시계, 제35권 10호(통권 제404호), 1999. 10, 15면 이하; 양창수, 전계논문, 38면 이하; 어인의, 불법행위에 있어서의 위법성, 고시계, 제41권 8호(통권 제474호), 1996. 7, 40면 이하; 서광민, 불법행위 성립요건으로서의 위법성과 고의 과실, 고창현박사회갑기념논문집, 1987, 548면 이하; 정기웅, 전계논문, 77면; 김윤구, 불법행위에 있어서 위법성 개념, 법학연구, 창간호, 충북대학교법과대학법학연구소,

의 자유 보장으로서의 가해자 지위라는 두 가지 이익 충돌을 전제로 하고 양 이익의 보호요청을 어떻게 조정해 나갈 것인가 하는 문제가 위법성판단의 중심문제인 것이다. 그런데 이 문제는 결국에는 헌법이 보장하는 각종 기본권 상호간과 각 기본권을 뒷받침하는 원리·사상간의 충돌을 어떻게 조정하는가 하는 기본권 보호요청 이론을 탐구하는 문제것이다.⁴⁶⁾ 헌법이 정한 기본권은 국가로부터의 침해에 대한 방어권으로서의 기능뿐만 아니라 국가에 대한 보호요청의 기능도 가지고 있다. 사인간 행위에서의 기본권 보호요청 기능을 고려할 때 기본법상 보장되고 있는 제이익이 양 기본권 주체측에 대립하는 것이 통상적이라는 것을 인식하는 것이 중요하다. 따라서 각각의 기본권 주체로서의 지위를 어떠한 경우에 어느 정도 보호할 것인가를 확정하지 않으면 안 된다.

그런데 상관관계이론에 따르면, 환경이익이란 피침해이익은 언제나 열위에 놓일 수 있는 한계를 가지고 있다. 불법행위책임을 논하기 위해서는 이익형량에 의해 그 인간 활동의 위법성을 판단하게 되나, 형량에 있어서 보통 환경이익과 같은 것은 예외적으로밖에 고려되지 않는다. 지금까지의 일반적인 형량의 기준은 직접적 침해인지 여부, 그것도 대개는 소유권으로서 그 내포하는 경제적 이익의 질과 양이다. 개발이 아무리 자연파괴를 수반하여도 생명·신체에 구체적인 침해를 가져오지 않는 한, 그리고 형식적으로 법의 절차를 실천하고 있는 한⁴⁷⁾, 금지될만한 위법성을 갖추고 있다고 판단되는 경우는 거의 없다. 자연의 법적 가치가 법의 세계에 있어서 명확하게 위치 정립되고,

1989, 85면 이하 참조.

46) 1975년의 독일연방헌법재판소의 판결(BVerfG 25, 2, 1975, BVerfGE 39, 1.)에서 승인되고 판례·학설상 확립된 국가의 기본권 보호의무라는 논리를 사인간 적용에 적합하게 보호권적 구성을 시도한 대표자는 민법학자인 Canaris다(Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkung und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 ff.).

47) 예컨대 형식적인 환경영향평가를 했다면 법에서 정한 절차를 취했다고 볼 여지가 있다. 도롱뇽 판결에서도, “그러나 위와 같은 환경영향평가를 통한 권리의 보장은 실제적인 환경이익의 침해를 보호하기 위한 것이므로, 비록 위와 같이 다시 환경영향평가를 함이 상당한 새로운 사정들이 발생되었다고 하더라도, 그 새로운 사정들과 소유자들의 환경이익 사이에 구체적인 피해가능성 내지는 연관성을 인정하기 어려운 사정이 소명되는 경우 또는 새로운 환경영향평가 절차 내지는 이에 준하는 조사가 이루어지고 환경이익의 침해를 예방할 수 있는 적절한 방법이 보완되는 등 소유자들의 환경이익이 침해될 수 있다는 개연성이 부정될 만한 사정이 소명되는 경우에는 더 이상 사업시행의 중지를 구할 수는 없다.”고 하고 있다.

이론적으로도 실천적으로도 자연에 대한 가치와 자연을 이용하는 이익, 형량의 룰이 정립되지 않는 한, 이익형량이라는 기준은 적어도 환경과 같은 공적 이익에 있어서는 무의미하다. 더구나 우리 법상 환경권이 헌법상 추상적 권리로밖에 인정되지 않는 상황에서는 ‘위법’의 대상이 되는 법마저 존재하지 않게 된다.

향후 자연환경에 대한 불법행위를 판단하는 경우에 있어서의 이익형량의 룰을 정립해 나가는 연구를 계속해야 하겠으나, 다음과 같은 절차적인 측면을 이익형량의 룰로 고려하는 것은 어떨까 하고 생각해 본다. 예컨대 ‘환경권의 침해로서의 금지기준에 있어서, 어느 정도 환경이익이 침해되었는가, 환경과 괴는 어느 정도인가라는 실제적인 기준이 아니라, 개발행위에 대한 그 지역 주민 등 관계자들의 동의를 얻었는가, 개발로 인해 주민들의 혜택은 어느 정도인가, 환경질서의 형성이나 환경유지에 참가하는 주민으로서의 권리가 침해되지 않았는가 하는 절차적 기준을 고려할만하다. 따라서 아무리 형식적인 행정절차를 취했다고 하더라도 그 자연에 대한 이해관계를 가지는 주민들의 실질적인 참여절차를 배제하였다면 위법성을 긍정할 수도 있다고 본다.

V. 환경이익 침해로부터의 구제

1. 위반행위에 대한 손해배상책임

불법행위책임이 인정된다고 하여도 그 손해액 산정문제는 매우 어려운 문제에 해당한다. 지금까지 환경오염으로 인한 손해와 배상액의 산정기준에 대한 연구가 있어 왔으나 여전히 해결책을 제시하지 못하고 있다. 더구나 자연에 대한 피해의 산정이라는 문제는 더욱 어려운 문제가 될 수 있다.

앞에서 언급한 바 있는 저명한 환경학자 스톤은 자연물을 노예나 태아와 비교하면서 다음과 같이 설명한다.⁴⁸⁾ “예를 들어 노예제를 용인하는 2개의

48) Stone, *supra* note 14, at 12.

사회 사이에서도 노예의 주인이 소를 제기하고 노예를 구타하여 피해를 입힌 자로부터 노예라고 하는 동산가치의 감소라는 손실분을 징수할 수 있는 제1 사회와, 노예 자신의 회복을 위한 손해가 예컨대 노예 자신에 대한 고통에 의해 평가되고, 노예 자신이 소송절차를 개시할 수 있는 제2사회는 근본적인 차이가 있다. 양 사회 모두 노예의 이익을 보호하지 않는다는 점에서는 공통된다는데 주의할만하다.”고 하였다. 이것은 태아에 대한 그의 설명에서 더욱 분명해 지는데 “2가지의 사회라고 하는 예를 취하면 태어난 자녀에 대한 태아기의 침해에 대하여 가해자에 대한 소권을 모의 제기에 의해 모의 이익을 위해 모의 정신적 고통에 기초하여 부여하는 제1 사회와 자녀에게 자신의 이름에 있어서 자신의 위복을 위해 자신에게 손해의 배상을 취하는 소송구조를 가진 사회를 비교하고 싶다.”고 하였다. 즉 노예나 태아 자신의 고통을 노예나 태아 자신의 이익을 위해 회복하는 것을 인정하듯이, 자연물도 자연물의 회복을 위해 손해배상을 인정하는 구조를 취하는 것이 필요하다. 이 견해에 따르면 자연 자체의 손해와 자연을 이용하는 이익 침해에 대한 손해라는 2원적 구조를 취하게 된다.

보통 자연을 누리지 못하는 이익자들의 손해는 위자료로 산정되는데 반해, 자연 자체의 손해는 복구비용으로 되는 점을 생각할 수 있다. 이하에서는 위자료를 제외한 복구비용과 관련한 손해액 산정방법을 논해보고자 한다.

손해액을 복구비용으로 산정하는 데에는 조사비용이나 모니터링 비용을 포함한다. 복구는 그것이 실시 가능한 경우라면 가장 바람직한 구제라고 생각된다. 왜냐하면 진행중인 피해를 없게 할 뿐만 아니라 손해에 대하여 꽤 명확한 산정방법을 제공하기 때문이다. 그러나 치명적인 약점으로 환경을 완전하게 복구한다고 하는 것이 거의 불가능하다는 점이다. 또는 복구가 가능한 경우라 하더라도 상당한 시간이 걸리므로 복구비용을 산출해 내기가 쉽지 않다.

따라서 그 대안으로서 손실을 회복하는 자원을 취득하기 위한 합리적인 비용을 생각해 볼 수 있다. 이 점은 일부 미국 판례⁴⁹⁾가 취한 방법으로서, “영향을 받은 지역의 직접적 회복이 물리적으로 불가능한가, 또는 불합리할 정도로

49) Puerto Rico v. SS Zoe Colocotroni, 628 F. 2d 652 (1980).

비용이 들고, 그러한 구제를 받아들이는 것이 결과적으로 합리적이지 않은 경우가 있을 수 있다. 적어도 자연의 재생의 과정이 대부분 느리고, 합리적인 기간 내에 회복을 확보할 수 없다고 고려되는 경우에는 기타의 손해의 산정이 합리적인 것이다. 하나의 가능성으로서는 ‘손실을 회복하는 자원을 취득하기 위한 합리적인 비용’이 거론된다.”⁵⁰⁾ 하였다. 그런데 이 방법은 매우 제한적인 경우에 해당되며 대부분의 경우에는 환경의 대체제가 존재하지 않는다.

손해액 산정방법으로서 유력한 방법으로서 미국의 포괄적 환경대책보상 책임법(the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act of 1980 : CERCLA)에서 사용되는 것과 같은 가상평가방법도 고려된다. 가상평가방법은 개인이 자연자원에 두는 가치를 평가하는 가상적 거래를 사용하는 기술이다. 예컨대 조사자는 대상으로 되는 회담자에 대하여, 자연자원이 자신에게 어느 정도 가치가 있는가를 단순히 질문하거나, 자연자원을 구하기 위해 특정한 세의 증액을 사람들이 자진해서 지급할 것인가를 질문하는 방법이다. 이 방법은 자연자원의 ‘옵션가치’를 설정하는 것에 유익하다. 즉 사람들은 자연자원을 보존하여 장래 그것을 이용하는 옵션을 얻기 위해 어느 정도의 금액을 지급할 것인가 하는 방법이다. 가상평가방법은 ‘존재가치’를 산정하는 경우에도 사용된다. 존재가치란 사람이 자연자원을 자신이 이용할 의도가 없음에도 불구하고, 자연자원의 본질적 가치로부터 자원을 보존하기 위해 자진해서 지급하는 금액을 말한다. 미국 내무부는 가상평가방법의 이용을 자연자원에의 피해를 산정하는 방법의 하나로서 인정해 오고 있다. 이 방법은 손해가 야생생물의 멸종에 관련된 경우에 가장 적절한 방법이라고 평가받는 반면 이 방법의 문제점을 신랄하게 비판하는 견해도 적지 않다. 반대의 입장을 취하는 대표적 학자인 시카고대학의 카스 선슈타인(Cass Sunstein) 교수는 환경문제의 규모의 대소에도 불구하고 사람들의 지급할 의사액은 전혀 변화하지 않는다는 것을 실증적으로 분석하며, 가상평가방법이 정확하다고 생각하는 것은 곤란하다고 한다.⁵⁰⁾ 이에 대해 가상평가방법의 옹호자는 이러한 문제는 적절한 장치에 의해 극복가능하다고 본다. 더구나 가상

50) 예컨대 Cass R. Sunstein, *Free markets and social justice*, Oxford University Press, p. 142-143 (1999).

평가방법을 이용하지 않으면 문화, 역사적 가치라고 하는 자연의 중요한 측면은 보상시스템에서 배제되어버리고 만다고 하고 있다.

최근 우리나라에서도 자연에 대한 피해는 보상받아야 한다는 점에는 견해가 일치되어가고 있으면서도, 자연에 대한 피해산정의 문제를 논의하지는 않아왔다. 미국에서 다루고 있는 손해산정의 기존의 방법에는 모두 장단점이 있지만 우리에게 많은 참고가 될만하다고 생각한다.

2. 환경침해에 대한 금지청구

환경이익을 침해하는 행위의 중지 또는 예방을 위하여 그 침해를 유발한 상대방에게 일정한 작위 또는 부작위를 청구하는 것을 ‘유지청구’라고 한다.⁵¹⁾ 환경침해와 관련하여 손해의 전보를 통해 사후적으로 구제하기 보다는 피해를 사전에 예방하는 것이 합리적인 것은 당연하다. 환경침해로 인한 불법행위는 환경침해가 일어나면 원상회복이 지극히 어렵기 때문에 그로 인한 손해배상의 청구보다는 환경침해행위에 대한 사전적 유지청구가 훨씬 중요하다고 보고 있다.⁵²⁾ 또한 손해배상청구에 있어서는 배상의 정당성이라는 또 다른 복잡한 문제를 가지고 있는데 반하여, 금지청구는 위반행위자의 위반행위를 정지하는 청구라는 점에 입각하여 순수하게 규제의 실효성이라는 관점에서 접근하므로 그만큼 간편하고 효과적일 수 있다.

환경침해에 대한 금지청구권의 법적 근거에 대하여 ① 물권적청구권설, ② 인격권설, ③ 환경권설, ④ 불법행위설이 주장된다. 불법행위설은 물권이나 인격권 등 절대권의 침해가 없더라도 환경의 침해로부터 보호받을 이익이 있는 이상 그 침해행위에 대하여 불법행위에 기한 금지청구권을 행사할 수 있다는 견해로서 물권이나 환경권·인격권 등 이른바 지배권의 존재를 요구하지 않으며 생활이익 또는 인체의 건강 등 ‘법률상 보호할 이익’이 침해되면 민법 제 750조 또는 제 751조에 의하여 유지청구를 할 수 있다고 보고 있다.⁵³⁾ 그 근거

51) 조흥식, “유지청구 허용 여부에 관한 소고”, 민사판례연구 22권, 2000, 44면.

52) 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, 288면.

53) 민법주해, 262면; 김종률, “환경권의 사권성”, 판례연구 13집, 2000, 212면.

로서 불법행위의 경우 유지청구를 인정할 것인가의 여부는 법 논리의 문제가 아닌 법정책의 문제이며, 현행법의 해석상 불법행위의 경우 유지청구를 인정할 수 없는 어떠한 이유도 발견되지 않는다는 점, 비교법적으로 미국⁵⁴⁾과 프랑스⁵⁵⁾에서 불법행위에 기한 유지청구를 인정하고 있는 점, 이론적으로나 현행법 해석론의 입장에서나 인격권설과 비교해 전혀 부족함이 없고 환경문제에 유연하게 대처할 수 있다는 점 등을 들고 있다.⁵⁶⁾

판례와 통설적 견해는 불법행위법상 금지청구를 인정하는 데에는 부정적이다.⁵⁷⁾ 즉 통설적 견해는 침해된 권리의 성질에 따라 금지청구권의 인정 여부를 결정하는데, 배타적 지배권이 침해된 경우에만 금지청구권을 인정하며, 물권, 대항력을 갖춘 임차권, 인격권, 산업재산권이 배타적 지배권의 범주에 속한다고 한다.⁵⁸⁾ 환경에 대한 이익이 배타적 지배권의 범주에 속하지 않음은 앞에서 살펴보았다. 그런데 이러한 통설 및 판례의 입장에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기된다. 즉 통설에 의하면 환경에 대한 침해가 야기되려 하고 있거나 또는 이미 야기된 환경침해가 반복할 개연성이 높은데도 불구하고 금지를 하지 못하고 침해의 결과가 발생할 때까지 기다려 손해배상만 청구할

54) 현재 미국에서는 모든 권리와 이익의 침해에 대하여 손해배상은 물론 금지청구권도 인정된다고 한다. 미국의 금지청구권에 관한 논의로 김차동, “금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰 -대한민국과 미국을 중심으로-”, 법학논총 26집 제4호, 한양대학교, 2009, 228면 이하.

55) 우리나라에서 ‘생활방해’라 일컫는 문제는 프랑스법에서 근린폐해(les troubles de voisinage)로 이해되고 있는데 프랑스에서는 우리나라와 달리 이에 관한 명문의 규정이 없어 판례상으로 인정되기 시작하였다고 한다. 프랑스에서는 생활방해제거청구의 법적근거에 대해서 이전에는 불법행위의 한 유형으로 이해하여 프랑스 민법 제1382조 및 제1383조의 규정을 적용하여 일반불법행위책임을 물어 방해의 제거를 청구하였다고 하나 최근에는 이것과는 별도로 근린폐해이론에 근거하여 방해의 제거를 청구할 수 있다는 것이 프랑스 판례와 학설의 입장이라고 한다. 이에 대해서는 박수근, “프랑스법에서의 근린폐해이론의 전개”, 환경법연구 24권 2호, 2002, 257면 이하 참조.

56) 조홍식, 앞의 논문(주 45), 59면.

57) 최근 대법원은 2010. 8. 25. 선고 2008마1541 결정에서, “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 상관습 또는 공정한 경쟁질서에 위반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다”고 판시하면서, “위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다”고 판시하였다. 금지청구가 불법행위의 효과로서 직접 인정된다고 명시적으로 밝히지는 않았지만, 전에 비해 굉장히 전향적인 입장으로 바뀐 것임에는 분명하다.

58) 민법주해 제18권, 257면.

수 있다는 것인데 이것은 불합리하지 않은가 하는 점이다. 이러한 불합리함은 불법행위법의 목적에 손해의 공평분담뿐만 아니라 법익의 적절한 보호, 불법행위의 억지라는 점도 있음을 고려한다면 더욱 분명하다.

일본의 경우 권리침해를 요건으로 하는 일본민법 제709조의 문언 해석상 불법행위에 기한 금지청구권에 대해서는 부정하는 것이 통설적 입장이었는데, 오늘날에는 불법행위에 기초하여 금지를 인정하자는 학설이 유력하게 주장되고 있다.⁵⁹⁾ 이 학설은 절대권 침해에 의한 금지라고 하는 통설의 구조를 승인하면서 한편으로 절대권 침해에 이르지 않는 이익침해에 대하여도 불법행위의 일반적 효과로서의 금지를 인정한다고 하는 이원적 구성을 취한다. 즉 ① 물권침해·인격권침해가 있는 경우에 금지를 인정하는 점에서는 통설과 같지만, ② 그렇지 않은 경우에도 현재 손해가 발생하고 있고 또는 장래의 결과발생의 개연성이 높고, 고의·과실의 요건을 갖춘 경우에는 불법행위의 효과로서 금지가 인정된다고 한다.⁶⁰⁾

우리 민법은 독일이나 일본과 달리 불법행위책임에 권리침해를 요건으로 하지 않는데, 절대권 또는 배타적 권리의 침해에 대하여만 금지청구를 인정하는 이론구성이 타당한가 하는 점에 의문이 든다. 불법행위법이 환경보호를 위해 중요한 역할을 담당하는 점에 비추어, 절대권으로 이론구성하기 어려운 환경이익에 대하여 물권적 청구권을 유추적용하여 금지라는 이론을 취하기보다는, 불법행위의 효과로서 금지청구의 인정을 적극적으로 검토해 보아야 한다고 생각한다.

VI. 맺음말

현재 남강댐의 유역변경으로 인한 손해배상 문제가 제기되고 있고, 4대강

59) 四宮和夫, 不法行爲, 1985, 475頁 이하; 平井宜雄, 不法行爲, 1992, 107頁; 大塚直, 生活妨害の差止に關する基礎的考察--物權的妨害排除請求と不法行爲に基づく請求との交錯, 法學協會雜誌, 第103卷 4号(1986. 4.)~第107卷 4号(1990. 4.) 등 참조.

60) 平井宜雄, 前掲書, 108頁.

등 대규모 국책 토목사업에 대한 비판의 목소리가 높은 상황에서, 자연환경에 대한 불법행위문제는 매우 중요한 문제라 할 수 있다. 자연환경 보호의 목소리가 높아진 현대사회에서 손해배상이나 유지청구에 있어서 어떤 불법행위책임문제가 대두되고 누가 피침해이익을 주장하며 소송을 제기할지 예측하기도 어려운 상황이다. 그런데 우리 불법행위법상에서의 그동안의 논의는, 재산권이나 경제적 이익에 대한 피해만을 배상하여야 한다는 데에 집중되어 왔을 뿐, 공공이익에 대한 문제에는 관심을 가지지 않아 왔다. 공법과 사법의 교차영역으로서 가장 대표적인 환경문제에 있어서는 공법과 사법의 준별이 무의미하며, 불법행위법상 자연보호를 도모하는 연구가 필요하다고 본다. 본고는 이러한 관점에서 자연환경 침해행위에 대하여 민법상 불법행위책임을 물을 수 있는 가능성과 그 구제방법에 대하여 논해 보았다.

현재 자연환경의 존재가치에 대하여 정확하게 평가해 낼 수 없고, 법제도가 완전히 정립되지 않은 상황에서는, 일반 시민이 불법행위책임을 주장하며 자연환경보호를 목적으로 소송을 제기하기에는 큰 곤란함에 직면하게 된다. 국내에서도 문제되었듯이 가장 곤란한 점은, 당사자적격이 인정될 수 있는가 하는 점이다. 이것은 소송을 주장하는 당사자로서 피침해이익이 있는가 하는 점과 직결되는데, 공해나 물 오염 등과는 달리 개개 시민에게 구체적 피해가 존재하지 않는 경우가 많기 때문이다. 이런 점에서 본고는 기존의 헌법상 환경권을 기초로 한 권리주장이 아니라 민법상의 이익으로의 이론 구성을 시도해 보았다. 또한 위법성 판단기준에 있어서의 절차적 측면을 제안해 보았다. 한편 그동안의 여러 연구에도 불구하고 환경오염으로 인한 손해배상사건에 있어서의 배상액 산정 문제는 가장 어려운 문제 중 하나이다. 본고는 이러한 점에 관하여 미국에서 주장되고 있는 논의들을 소개하였다.

자연환경 보호 문제를 공법영역에 맡겨둘 것이 아니라 문제되는 사안을 유형별로 정리하여 침해에 다른 불법행위책임 판단의 기초를 제공하는 것은 우리에게 중요한 과제이고 앞으로도 지속적 연구가 필요하다고 생각한다. 위법성 판단 기준이나 손해배상액 산정 기준 등에 대해서는 추후의 연구과제로 삼겠다.

투고일 : 2013. 01. 05.	심사일 : 2013. 01. 29.	게재확정일 : 2013. 01. 30.
---------------------	---------------------	-----------------------

참고문헌

- 곽윤직 대표편집, 「민법주해」, 제18권, 채권(11), 박영사, 2005.
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1982.
- 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997.
- 김석우, 「채권법각론」, 박영사, 1978.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2002.
- 서광민, 「불법행위의 책임귀속구조에 관한 연구」, 고려대박사학위논문, 1987.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2010.
- 김민규, “경관이익의 침해와 불법행위책임법의 만남”, 토지법학 제27-2호, 2011.
- 김세규, “우리 판례상에 나타난 자연환경보호에 관한 고찰”, 공법학연구 제7권 제4호, 2006.
- 김차동, “금지(유지)청구권에 관한 비교법적 고찰 -대한민국과 미국을 중심으로-”, 법학논총 26집 제4호, 한양대학교, 2009.
- 남현우, “환경침해의 사법상 구제에 관한 법리구성”, 대전지방변호사회지 제4호, 2007.
- 박수곤, “프랑스법에서의 근린폐해이론의 전개”, 환경법연구 24권 2호, 2002.
- 양창수, “독점규제법에서의 손해배상책임”, 「민법연구」, 제5권, 박영사, 1999.
- 양철호, “자연의 권리와 도롱뇽소송”, 본 제19집, 한양대학교 법과대학, 2004.
- 윤태영, “영업이익의 침해와 위법성”, 민사법학 제30호, 2005.
- 정기용, “불법행위에 있어서 위법성 판단-상관관계이론을 중심으로-”, 재산법연구, 제3권 제1호, 한국재산법학회, 1986.
- 조홍식, “유지청구 허용 여부에 관한 소고”, 민사판례연구 22권, 2000.
- 山村恒年・關根孝道, 「自然の權利」, 信山社, 1996.
- 大塚直, 「環境法」, 有斐閣, 2010.

- 吉村良一, “公害環境訴訟における權利論の意義”, 「公害環境訴訟の新たな展開」, 日本評論社, 2012.
- 大阪弁護士會環境權研究會, 「環境權」, 日本評論社, 1973.
- 山村恒年, 「自然保護の法と戰略」, 有斐閣, 1989.
- 中山充, 「環境共同利用權」, 成文堂, 2006.
- 吉村良一, 「環境法の現代的課題」, 有斐閣, 2011.
- 大塚直, 生活妨害の差止に關する基礎的考察—物權的妨害排除請求と不法行爲に基づく請求との交錯, 法學協會雜誌. 第103卷 4号(1986. 4.)~第107卷 4号(1990. 4.).
- Cass R. Sunstein, Free markets and social justice, Oxford University Press (1999).
- Christopher D. Stone, “Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights For Natural Objects”, 45 S. CAL. L. REV. 450 (1972).
- Roderick F. Nash, The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics, University of Wisconsin Press (1989).
- Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkung und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS (1989).

<국문요약>

자연환경에 대한 불법행위책임

- 자연이라는 공적 이익의 침해에 대한 불법행위법으로의
해결을 중심으로 -

윤 태 영

보통 민법 차원에서 자연환경과 관련한 논의는 환경오염으로 인한 피해에 대한 불법행위책임문제나 상린관계의 문제와 관련된다. 그러나 그동안의 논의는 주로 환경오염 피해, 일조권, 조망권 등 자신의 이해관계가 담긴 부분에 대해서만 환경이라는 이름으로 권리를 주장할 뿐, 사법상 자연보호 그 자체를 어떻게 보호할 것인가 하는 점에는 논의가 없었다. 자연의 권리 그 자체의 문제는 그동안 공법상의 문제로서만 다루어져 왔다.

그러나 과학발달과 산업화에 따른 환경오염과 자연파괴가 심각한 상황에 이르게 되면서 다른 나라에서의 예와 같이 환경보호단체 등이 자연환경 보호를 기치로 불법행위책임을 주장할 가능성이 높아지게 되었다. 최근 도롱뇽 사건과 같은 잇따른 환경 소송을 보면 '자연 그 자체의 보호' 문제는 더 이상 공법적 문제만이 아니라 사법의 영역에서도 중요한 테마라는 점이 부각된 것을 알 수 있다. 공법과 사법의 교차영역으로서 가장 대표적인 환경문제에 있어서는 공법과 사법의 준별이 무의미하며, 불법행위법상 자연보호를 도모하는 연구가 필요하다고 본다. 따라서 본고에서는 사법적 관점에서 자연환경에 침해에 대한 불법행위책임문제를 종합적으로 논해 보았다.

현재 자연환경의 존재가치에 대하여 정확하게 평가해 낼 수 없고, 법제도가 완전히 정립되지 않은 상황에서는, 일반 시민이 불법행위책임을 주장하며 자연환경보호를 목적으로 소송을 제기하기에는 큰 곤란함에 직면하게 된다.

국내에서도 문제되었듯이 가장 곤란한 점은, 당사자적격이 인정될 수 있는가 하는 점이다. 이것은 소송을 주장하는 당사자로서 피침해이익이 있는가 하는 점과 직결되는데, 공해나 물 오염 등과는 달리 개개 시민에게 구체적 피해가 존재하지 않는 경우가 많기 때문이다. 이런 점에서 본고는 기존의 헌법상 환경권을 기초로 한 권리주장이 아니라 민법상의 이익으로의 이론 구성을 시도해 보았다. 또한 위법성 판단기준에 있어서의 절차적 측면을 제안해 보았다. 한편 그동안의 여러 연구에도 불구하고 환경오염으로 인한 손해배상사건에 있어서의 배상액 산정 문제는 가장 어려운 문제 중 하나이다. 본고는 이러한 점에 관하여 미국에서 주장되고 있는 논의들을 소개하였다.

주제어: 환경권, 자연의 권리, 불법행위책임, 위법성, 자연보호, 상린관계, 당사자 적격

<Abstract>

The Liabilities for Tort on Natural Environment

Yoon, Tae-Young

The natural environment issues in civil law are related to the matters of tort liability for damages caused by environmental pollution or neighbor relationship. However, there is little study about the rights of nature in civil law. The problem of rights of nature begins with how to recognize and honor that nature; trees, oceans, animals, and mountains has rights just as human beings. We have regarded the nature conservation as a matter of public law rather than civil law.

Nowdays, however, nowadays, the several environmental organizations, which is concerning about the destroy of natural environment, are trying to claim the tort liability to people who causes damages through destroying nature. The recent salamander's case in Korea shows one example that the right of nature is an important issue in civil law. Therefore, this article discusses the tort liability issues relating the destroy of the natural environment.

This article includes four major concerns : 1) Korean Supreme Court negates a concrete entscheidungsnorm on the Korean Constitution Article 35(environmental rights) because those are not specific and direct benefits protected by law, so this article tries to materialize a legally worth conserving interest 2) This study attempts to set a standard of judging the illegality about development 3) It is hard work to calculate the

damages by nature development, this article introduces some discussions in the U.S. to solve that problem 4) Nature damages are difficult to be recovered, a claim of injunction against the wrong should be accepted directly on Korean Tort law Article 750.

Key Words: Environmental Rights, Rights of Nature, Tort Liability, Illegality, Nature Conservation, Neighbor Relationship, Standing to Sue