環境權과 留止請求에 관한 硏究

金　斗　熙

〈目　次〉

Ⅰ 問題의 提起
Ⅱ 環境權의 沿革
Ⅲ 環境權의 性質과 內容
1. 環境權의 性質
2. 境環權의 內容
Ⅳ 環境權侵害에 대한 留止請求
1. 序　說
2. 學說의 檢討
3. 私　見
Ⅴ 結　語

Ⅰ 問題의 提起

産業構造의 近代化와 더부러 工業化·都市化의 現象이 일어남에 따라 空氣·물·日照와 같은 自然環境을 파괴하는 各種 汚染源이 늘어나게 되었고, 이러한 環境汚染은 人間의 健康·生命을 危脅하는 現象이 나타남에 따라 公害라는 問題가 심각한 社會問題로 登場하게 되었다.

이러한 狀況에 直面하게 되자 우리 人間은 보다 좋은 環境을 保全하여 公害·環境侵害로부터 人間의 生活을 保護하지 않으면 안된다는 認識을 갖게 되었으며 自然環境을 保護하는 것이 人間이 人間으로서 가지는 當然한 權利(基本的 人權)라는 생각을 갖게 되었다.

그리하여 오늘날 環境權의 權利性에 關하여는 그것이 實定法上에 明文의 規定이 있는 나라에서나 없는 나라에서나 國民의 基本的 人權의 一種이라는데 異論이 없는 것이다.

그러나 環境權이 어떠한 權利냐 또한 環境權의 侵害 또는 侵害할 우려가 있는 경우에 있어서의 留止請求의 法的 根據에 關한 法理論,即 環境權의 主体, 權利의 對象이 되는 環境의 範圍, 또한 留止請求를 할 수 있는 환경 侵害의 程度등에 대하여는 學說上 많은 見解가 對立되고 있으며 아직도 明確한 理論이 定立되어 있지 않다.

그러므로 本稿에서는 環境權의 沿革, 環境權의 法的 性質과 環境權侵害에 대한 私法的 救濟手段으로서의 留止請求의 根據에 關한 法理論에 關하여 考察하여 보기로 한다.

Ⅱ 環境權의 沿革

環境權이 하나의 權利槪念으로 登場한 것은 1960年代 以後의 일이다. 環境權에 關한 立法例로는 1969年에 制定된 美國의 國家環境政策法을 들 수 있다.[1] 同法은 다음과 같이 國家環境政策을 宣言하고 있다. 同法 101條 (a) 自然環境의 모든 構成要素의 相互關係에 대한 人間活動·都市化의 急激한 發展, 工業의 擴大, 資源發掘 및 새로 開發되어 가는 技術上의 進步가 갖는 强大한 影響力, 그리고 人間의 全面에 걸치는 福祉 및 發展을 爲하여 環境의 質을 回復하고 維持하는 것이 重要하다는 것을 認定하여, 國會는 다음과 같이 宣言한다. 即 州 및 地方政府, 그리고 其他 關係 있는 公私의 組織과 協力하여 財政上 및 技術上의 支援을 包含한 實行可能한 手段을 驅使하여 一般福祉를 育成增進하고 人間과 自然의 生產的인 調和를 이루고 現在 및 將來의 美國人 其他의 世代가 갖는 社會的 經濟的 其他 要求를 充足시킬 수 있는 條件을 만들고 또한 維持할 수 있도록 하는 것은 聯邦政府의 一貫된 政策이다」라고 하고 이 宣言된 政策을 實施하기 爲하여 101條 (b)는 「聯邦政府의 計劃·機能·프로그램 및 資源을 改善하고 協力케 하는 國家政策上의 必要한 考慮와 一切 實行可能한 手段을 取하는 것이다」라고 하여 그 目的으로서 다음과 같은 点을 提示하고 있다.

(1) 各 世代가 그 後의 世代를 爲하여 環境의 受託者로서의 責任을 다할 수 있고 (2) 모든 美國人에게 安全·健康·生產的이며 美的 文化的으로 滿足할 수 있는 環境을 保障하는 것, (3) 汚染·健康 및 安全에 대한 危險 其他 所望스럽지 않은 그리고 豫期치 않은 結果를 초래하지 않은 것과 같은 環境을 가장 廣範圍하게 利用할 수 있게 하는 것, (4) 國民的 遺產의 歷史的·文化的 및 自然的 側面을保存하고 여러가지 多樣한 個人의 選擇을 可能하게 할 수 있는 環境을 維持하는 것, (5) 높은 生活水準 및 廣範한 生活의 快適함을 느끼게 하는 人口와 資源間의 均衡을 達成할 것, (6) 再生產할 수 있는 資源의 質을 높혀 고갈하기 쉬운 資源을 最大限으로 再活用하는 것,

그리고 101條 (c)는 「누구도 健全한 환경을 가지는 것 및 누구도 환경의 保全 및 向上에 努力하여야 할 責任을 진다는 것을 國會는 承認한다」고 規定하고 있다.

그 後 1970년에 미시칸州에서는 空氣·물·및 其他 天然資源을 市民이 管理를 政府에 委託한 公共信託財產이라는 理念에 立却하여 「環境保全法」이 制定되었다.

1) 錦貫芳源, 「アメリカにおける環境法」, 自治研究, 48卷9號, p.8. 以下에 따름.

西獨에서는 1971년 以後 環境權槪念이 擡頭되었는데 1973년 1月 18日 Brant首相이 「人間은 모두 人間에게 適合한 環境에 대한 基本的인 權利를 가지며 이는 憲法레벨의 權利이다」라고 强調하였으며 1972년에는 환경보호를 爲한 基本手法이 改正되었다. 東獨憲法 15조2항도 自然의 保護에 關하여 宣言하고 있다. 即「市民의 福利를 爲하여 國家 및 社會는 自然의 保護에 關하여 配慮한다. 湖沼·河川 및 空氣의 淸淨維持와 植物·動物界 및 鄕土의 風光美의 保護는 所管의 諸機關에 依하여 保證되어야 하며 同時에 各市民의 責任이다」라고 規定한다. 이 憲法規定에 依하여 1970년에 國土文化法이 制定되었다.[2] Sweden에서도 1970년에 환경 保護法이 制定되었다.

日本에서는 憲法上 環境權에 關한 明文規定은 없으나 法思想으로서의 環境權과 基本的 人權으로서의 환경權을 承認하는 理論에 關하여는 異論이 거의 없다고 볼 수 있으나[3] 이 환경권을 私法上의 權利로 認定할 수 있느냐에 對하여는 學說이 對立되고 있다.

여기서 한가지 特記할 것은 1970년 3月에 東京國際社會科學評議會主催 公害國際會議에서 發表된 東京宣言이다[4]. 同宣言은「人間의 환경은 그 性格·內容으로 보아 全一体的인 相互關聯性을 갖는 것으로서 그것을 훼손하는 것은 어떠한 形態이든 物的 파괴의 原因이 될뿐만 아니라 社會組織의 파괴·心理的인 惡影響 및 文化의 混亂을 招來할 可能性이 强하며 따라서 모든 社會의 사람들이 福祉에 直接的인 關聯을 갖는다」「特히 重要한 것은 사람이면 누구나가 健康이나 福祉를 侵害하는 要因에 빠지지 않은 환경을 享受하는 權利와 將來의 世代에 現在의 世代가 물려주어야 할 遺産인 自然美를 包含한 自然資源에 接할 權利를 基本的 人權의 一種이라는 法原則을 法体系 속에 確立하도록 우리들은 要請한다」고 하였다. 이 東京宣言은 「人間이 좋은 환경을 享受하는 것이 사람이 사람으로서 當然히 가지는 權利(基本的 人權)로서 파악하였다는데 그 意義가 크다 하겠다.

「佛蘭西에서는 1976년 以來 環境法은 飛躍的인 發展을 하여 1980년 봄에 自然保護法案이 議會에서 可決되었는데 同法 1條1項은 다음과 같이 宣言하고 있다. 即「自然·空間 및 景觀의 保護. 動植物의 種의 保全, 그것들을 구성하고 있는 生物學的 均衡의 保持 및 그것들을 侵害하는 모든 惡化原因으로 부터의 自然資源의 保護는 普遍的 利益에 屬한다」라고 하고 同條 2項은「自然財産이 保護될 수 있도록 監視하는 것은 各人의 義務이며 地域整備·施設設置·生産의

2) 淸水誠,「東ドイツ國土文化法」, 公害硏究, 1卷1號, p.44 以下.

3) 大阪辯護士會環境權硏究會,「環境權」, p.89 以下. 加藤一郎,「環境權の槪念をめぐつて」, 來栖=加藤一郎編,「民法學の現代的 課題」, p.332. 村田喜代治編,「環境權の考へ方」, p.128. 野村=淺路,「民事訴訟と環境權」, ジリスト 429號(特集環境), p.240등.

4) 同會의 會議錄으로서 "A Challenge to Social Scientists" (Proceeding of International Symposium on Environmental Disputon), edited by S. Tsuru, 1970, Tokyo.

公的·私的 行爲도 같은 要求에 따라야 한다」고 規定하고 있다.[5]

우리나라에 있어서도 1960年代 後半 부터 急速한 經濟成長과 더불어 都市公害와 産業公害는 自然環境을 파괴시켜 國民의 健康과 生命을 危胎롭게 하는 現象이 나타나게 됨에 따라 公害問題가 社會問題로 登場하게 되어 環境保全에 關한 必要性이 强調되었고 環境問題에 關하여 法學界를 비롯하여 諸科學分野에서 活發한 論究가 展開되었다. 그 結果 1978년 월에 환경을 適正하게 保全함으로서 國民保健向上에 寄與함을 目的으로 하는 環境保全法이 制定되었고 이어서 1980年 12月에 改正된 第5共和國憲法에서는 第33條에서 「모든 國民은 깨끗한 環境에서 生活할 權利를가지며 國家와 國民은 環境保全을 爲하여 努力하여야 한다」고 規定하여 環境權이 國民의 基本的 人權의 하나임을 宣言하고 있는 것이다. 이 環境權條項은 오늘날 世界的으로 環境權이 基本的 人權이라는 法思想과 法制度의 추세에 따른 것이라 하겠다.

Ⅱ 環境權의 性質과 內容

1. 環境權의 性質

憲法에 規定된 環境權의 法的 性質에 關하여는 見解가 對立되고 있는데, 大体로 立法方針說[6] 抽象的 權利說, 具体的 權利說[7], 抽象的 權利인 同時에 具体的 權利로서의 兩面性을 가진다는 說[8]로 要約할 수 있다.

첫째 立法方針說에 依하면 환경권은 立法權의 政治的·道義的 義務를 定하고 있을 뿐 法的 義務는 아니므로 國家의 義務達成에 대해서는 政治的 責任은 물을 수 있어도 裁判에 依하여 그 法的 責任은 물을수 없다고 한다. 둘째 抽象的 權利說에 依하면 환경은 人間다운 환경 속에서 살 수 있도록 必要한 立法을 要求할 수 있는 法的 權利를 保障하고 있다고 보나 이 權利는 抽象的인 것이므로 그것이 侵害된 경우에는 그 違憲性을 裁判을 通하여 訴求할 수 없으며 이 환경권이 請求權으로서 定해진 경우에는 그 法에 基하여 權利侵害의 救濟를 法院에 訴求할 수 있다는 것이다. 셋째 具体的 權利說에 依하면 환경권은 法的 權利이며 이의 侵害에 대해서는 訴求權이 있고 환경권 侵害行爲의 中止請求나 妨害排除, 豫防請求를 기초지우는 具体的

5) 高橋康元= 談路剛久= 磯野弥生, 「フランスの自然保護法(譯), 公害研究, 7卷1號 p.67 以下.

6) 徐元宇, 「環境汚染과 被害者救濟」, 檢察, 1978, 第1輯, p.100.

7) 李尙圭, 「環境權의 行政法에의 作用」, 考試研究, 1980, 12月號, p.60. 吳然昌, 「環境權思想」, 韓法과 公害, 國法學敎授會編, 1974, p.356. 全昌祚, 「環境權의 確立」, 法과 環境, 韓國法學敎授會編」, 1977, p.208.

8) 金哲洙, 新憲法學槪論, p.458.

權利라고 한다. 넷째 抽象的 權利인 同時에 具体的 權利라는 說에 依하면 基本權으로서의 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權으로서 生存的 基本權이며 따라서 權利로서의 兩面性을 가진다. 환경권은 自由權的 性格에서 환경侵害排除請求權이 있으며 生存權的 基本權에서 환경 保護請求權이 있으나 이 환경 保護請求權은 國家에 대하여 보다 좋은 환경을 造成해 달라고 하는 환경개선·保護請求權은 立法에 依해서만 積極的으로 保障되며 따라서 환경 改善請求權은 抽象的 權利라는 것이다.

생각컨데 環境權은 基本權으로서의 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權으로 派生된 生存權的 基本權으로서 抽象的 權利인 同時에 具体的 權利의 兩面性을 가지는 權利라고 보는 것이 妥當하다. 따라서 환경권은 自由權的 性格에서 所有權이나 人格權과 같이 환경이라는 對象을 直接으로 支配하는 支配權이며 또한 그 侵害가 있을 때에는 그 侵害를 排除할 수 있다는 点에서 排他性이 있는 私法上의 具体的 權利의 一種이라 하겠다. 또한 他面에 있어서는 환경權은 生存權的 性格에서 國民은 國家에 대하여 立法·行政에 依하여 좋은 환경을 造成해 달라는 環境保全措置를 請求할 수 있는 것이다.

憲法上의 環境權은 具体的 權利이므로 이 權利의 侵害가 있으면 損害賠償이나 侵害行爲의 留止를 法院에 訴求할 수 있으므로 그 權利性이 强할 뿐만 아니라 환경권을 이렇게 해석함으로서 환경권이 단지 立法이나 行政上의 指導理念으로서의 役割을 할뿐 만 아니라 裁判을 通하여 直接 實現할 수 있는 權利로서의 役割까지도 가지게 됨으로 오늘날 점점 심해져 가고 있는 환경오염과 환경파괴로 因한 人間의 健康과 生命을 保護할 수 있는 것이다.

2. 環境權의 內容[9]

憲法上의 환경권을 以上과 같이 解釋하는 效果로서 다음과 같은 効果를 가져올 수 있다고 생각된다.

첫째, 立法政策的 効果를 가져올 수 있다. ① 지금까지의 公害法의 경향이 消極的·對症療法的인 對策에 끝쳤으나 이러한 환경의 指導理念에 依하여 綜合的·有機的이며 効果的인 環境保全法에의 轉換이 이루어질 수 있다. ② 從來의 公害行政은 經濟發展과 調和라는 角度에서 企業에 대한 嚴格한 規制를 삼가하여 왔으나 환경권이 具体的 權利라고 한다면 國民은 企業에 對하여 公害를 豫防하고 或은 이것을 除去하도록 要求할 수 있는 權利를 가지며 國家나 地方自治團体는 企業活動에 대하여 規制할 수 있는 根據가 되며 또한 國家나 地方自治團体는 國民의 환경권을 善良한 管理者로서의 注意를 가지고 管理할 責務를 지게 된다. 뿐만 아니라 行政廳이 公害規制權限의 發動을 해태할 때에는 國民은 行政廳에 대하여 規制權限의 發動을 要求

9) 大阪辨護士會環境權硏究會, 「環境權」, 參照.

할 수 있고 또한 환경 保護措置의 立法化를 要求할 수 있는 근거가 될 수 있는 것이다.

둘째, 環境權이 侵害되는 경우에 公法的·私法的 救濟手段으로서의 訴訟上 效果를 들 수 있다.

셋째, 國家權力에 依하여 환경권이 侵害되었을 때에는 國家賠償法에 依하여 救濟를 받을 수 있을 것이다. 또한 公害나 환경 侵害를 招來할 수 있는 開發行爲를 行하려고 할 경우에는 行政廳의 一定한 認許可를 必要로 하는 경우가 많은데 이 경우 그 認許可가 違法이라는 것을 理由로 하여 法院에 그 無效確認을 求하는 訴訟을 提起할 수 있을 것이다.

넷째, 民事訴訟에 있어서 私法的 救濟가 擴大될 수 있다. 公害·환경 侵害에 대한 民事訴訟에는 損害의 金錢的 塡補를 求하는 損害賠償訴訟과 公害·環境侵害를 招來하는 行爲自体의 停止를 求하는 留止訴訟의 두가지 問題가 된다. 그런데 損害訴訟에 있어서는 加害者에 대한 被害者의 請求가 認定되기 爲해서는 民法 750條에 基한 故意·過失과 加害行爲에 違法性이 있어야 한다. 問題는 이 違法性의 有無를 어떻게 判定할 것이냐에 대하여 從來의 理論(受忍限度論)은 加害者와 被害者의 利益의 性質·程度와 加害行爲의 態樣·有用性을 比較衡量하여 加害行爲가 社會生活上 一般的으로 受忍할 程度를 초월한 侵害이냐 아니냐에 依하여 判斷의 基準으로 삼았다. 그러나 이러한 理論은 公共性이나 回避可能性 등 加害者의 事情을 考慮한 것으로서 不當하며 違法性의 有無는 被害의 存在 即 權利의 侵害(환경권의 侵害)만으로 終局的으로 決定해야 할 것이며 公共性·回避可能性, 行政廳의 認許可의 有無등 加害者側의 事情은 一切 考慮될 수 없는 것이다.

한편, 留止訴訟에 있어서는 從來 學說이나 判例는 留止請求의 根據로서는 土地나 家屋 등의 所有權에 대한 侵害로 파악하여 이러한 權利(物權)의 效果로서 그 妨害排除를 請求할 수 있다는 物權的 請求說과 公害의 本質은 土地·家屋과 같은 物件에 대한 侵害라기 보다는 사람에 대한 侵害라고 하여 人格權에 基한 妨害排除를 認定한다는 人格權說",[11] 그리고 最近에는 不法行爲의 效果로서 留止請求를 認定하려는 不法行爲說[12] 등이 主張되고 있으나 若干의 차이

10) 朴元善, 「公害와 法的規制」, 公害問題에 關한 調査報告書(大韓民國學術院 公害問題研究會, 1971) 第10輯, p.20. 郭潤直, 判例教材物權法, 1973, p.331. 崔栻, 「公害와 因果關係」, 法과 公害, 韓國法學教授會, 1974, p.39등 參照.

11) 加藤一郎編, 「生產法の生成と展開」, p.20. 澤井裕, 「差止請求權と利益衡量」, 法律時報, 1971年 7月號, p.10. 篠塚昭久, 「轉機に立つ公害法」法學セミナー昭和 44年 12月號, p.5. 好美清光, 「日照權の法的構造(下), ジリスト 494號, p.113.

12) 우리나라의 學說·判例는 留止請求는 物權法的으로 損害賠償은 不法行爲的인 法理에 依하는 경향을 띠고 있다.
金基洙, 「民法上 公害의 受忍限度」, 社會科學論集(연세 社會科學研究所, 1979), pp.44~45 參照. 金昌祚, 「私法的 救濟의 法理에 관한 研究」, 東亞大出版部, 1974, pp.39~44. 安二濬, 「公害의 私法的 救濟에 關한 考察」, 慶熙大大學院, 1974, pp.10~13. 李正雨, 「公害에 대한 私法的 救濟」, 저스티스 韓國法學院 1977, 제1號, pp.79~80등 參照. 大法院, 1973. 5. 22. 宣告, 71다 2,016判決 : 1973. 10. 10. 宣告, 73다 1,253判決 : 1973. 11. 27. 宣告, 73다 919判決 : 1974. 12. 10宣告, 72다 1974判決등 參照.

는 있지만 어느 說이나 다 前述한 損害賠償의 경우와 같이 相關的인 比較衡量을 判斷의 기준으로 삼는데 重点을 두었다. 그러나 환경권은 一切의 自然的·社會的 환경에 대하여 地域住民이 갖는 排他的 支配權이므로 환경권의 侵害만 있으면 地域住民은 即時 留止 請求를 할 수 있고 환경파괴 以外의 被害가 發生하였느냐의 與否는 問題되지 않으므로 環境 侵害를 效果的으로 留止할 수 있는 것이며 利益衡量등 加害者側의 事情은 考慮될 수 없는 것이다. 왜냐하면 環境權은 個人的 權利가 아니고 地域住民 全体가 가지는 基本的 人權의 一種이기 때문이다.

Ⅳ 環境權의 侵害에 대한 留止請求

1. 序 說

環境權 侵害에 대한 法的 對策으로서는 公法的 側面과 私法的 側面이라는 두가지 方向에서 追求된다. 公法的 規制가 公害·環境 파괴를 事前에 豫防한다는 面에서 效率的인 對策이라는 것은 수긍할 수 있으나 우리나라와 같이 아직도 公害·환경파괴에 대한 法制가 不完全할 뿐만 아니라 날로 오염되어가는 환경파괴를 효과적으로 防止할 수 있는 行政·技術·豫算이 이에 따르지 못하는 實情이므로 해서 現行法下에서의 環境權 侵害에 대한 救濟는 民法과 民事訴訟法에 依한 私法的 救濟에 依存할 수 밖에 없다고 하겠다.

그런데 公害·환경侵害에 대한 私法的 救濟方法으로서는 損害賠償과 排除請求의 두 方法이 있지만 公害·환경문제에 있어서 보다 重要한 것은 公害·환경파괴의 原因을 除去하는 것이다. 그러므로 事前에 公·환경파괴의 原因을 除去하기 爲한 留止請求訴訟이 公害訴訟에 있어서 큰 比重을 갖게되는 것이며 환경권은 이 留止請求訴訟에 있어서 法的 根據가 될 수 있는 것이다. 物權的 請求權說이나 人格權說이나 不法行爲說등 從來의 法的 根據에 基한 留止請求權으로서는 公害·환경 問題를 解決하는데 不充分함으로 환경권의 槪念과 內容을 法理論的으로 明確히 하고 환경권의 效果가 어떠한 要件下에서 認定되어야 하는가 하는 問題를 具体的으로 明確히 할 必要가 있다.

前述한바와 같이 從來 留止請求의 法的根據에 關한 理論으로는 物權的 請求權說, 不法行爲說, 人格權說 등이 있는데 近來에 와서는 公害의 경우의 被害의 本体는 不動產物權이나 利用權이 아니라 人間의 生命·健康·生活이라고 하여 人格權에 근거를 두는 學說이 有力하다.

物權的 請求權說과 人格權說은 權利侵害에 대한 防衛로서 妨害排除請求를 認定한다는 点에서 共通的인 構造를 가지고 있다 하겠다. 이러한 權利侵害의 理論에 대해서 不法行爲의 效果로서 留止 請求權을 認定해야 한다는 不法行爲說이 나왔다. 이 不法行爲說과 從來의 物權的 請求權

說이 人格權說間에 若干의 法理論上의 論難이 展開되어 왔다.

그런데 그 後 大氣오염·水質오염등 환경파괴의 現狀이 深刻해짐에 따라 留止請求權의 根據로서 環境權說이 登場하게 되었다. 이 環境權說의 立場은 權利構成을 取하는 한편 從來의 利益衡量論을 積極的으로 排除하는 한편 主로 不法行爲說이 取했던 受忍限度論을 否定하게 되었다. 現在는 受忍限度論과 環境權論間에 있어서의 留止請求權에 關한 論爭이 展開되고 있는 것이다.

그런데 從來의 留止請求에 關한 法理論 即 留止請求에 있어서의 權利構成과 非權利構成의 問題, 權利構成과 受忍限度論的 利益衡量論과의 關係 등은 留止請求權의 本質的인 問題가 되는 實質的 要件論에 關하여는 거의 議論이 없는 實情이다.

本質的인 問題로 留止請求權에 關한 抽象的인 法理論이 아니라 留止請求權成立의 實質的인 判斷要件이 무엇이냐는데 關한 具体的인 法理論이 確立되어야 할것이다.

2. 學說의 檢討

公害·環境侵害事件에 留止請求權의 法的 根據로는 物權的 請求權說, 人格權說, 不法行爲說 등이 있다는 것은 前述한 바와 같거니와 近來에 와서는 環境權說이 나타나게 되어 諸說間에 論議가 展開되고 있다. 다음에서 諸學說의 論点을 要約하여 檢討하여 보기로 한다.

1) 物權的 請求權說

이 說은 公害의 侵害를 土地·家屋의 所有權·占有權 및 物權化 된 不動產賃借權의 利用權에 대한 侵害로 보고 留止請求權은 이 權利에 依하여 認定된다는 것이다.[13]

그러나 이 說에 依하면 留止請求權을 行使할 수 있는 者는 所有權, 其他의 利用權을 가진者에 限하게 되며 또한 從來의 觀念으로 보아 不動產利用權에 대한 侵害가 現在 發生하고 있거나 發生할 염려가 있어야 하기 때문에 國民이 健康한 生活을 享受하기 爲한 條件으로서 환경의 侵害로 부터 恒常 保護하지 못하는 可能性이 있다. 그러므로 이 說은 所有權과 같은 物權의 侵害, 即「物」公害의 法理로서는 妥當할지 몰라도 사람의 健康·生命과 같은「人」公害의 法理로서는 適合할 수 없다는 것이다[14]

13) 朴元善, 前揭, p.14. 山口和男,「公害訴訟」實務民事訴訟法10, p.209 以下. 東孝行,「公害法における人格權の歸趨」, 判例タイムズ257號, p.2.

14) 篠塚昭久, 前揭論文, 論爭民法學 1, pp.154~156.

2) 人格權說

이 說은 公害의 被害의 本体는 不動產物權이나 利用權이 아니고 人間의 生命·健康·生活과 같은 人格權의 侵害이며 이 人格權이 侵害되거나 侵害할 염려가 있는 경우에는 人格權에 基하여 損害賠償請求는 勿論 그 侵害行爲를 留止시킬 수 있다는 것이다. 이 說은 學說中에서는 가장 有力하며 이 說에 따르는 判例도 많다.[15]

以上의 두 說은 留止請求權을 權利로부터 派生되는 것으로서의 妨害排除權能으로서 換言하면 權利의 侵害에 대한 反抗力으로 파악하고 있는 点에 共通的인 構造를 가지고 있는 것이다.

3) 不法行爲說

이 說은 公害로 因하여 利益이 侵害되면 侵害利益의 權利性을 따질 必要도 없이 留止請求에 依하여 保護받을 利益이 存在하며 加害者의 違法한 侵害行爲가 있는 것으로서 不法行爲에 基한 留止請求權이 認定된다는 것이다.[16] 이 說中에는 物權的 留止請求權 및 人格的 留止請求權을 認定하면서 不法行爲에 基한 留止請求權을 認定하는 說도 있다.[17] 이 說은 그 內容으로서 受忍限度論을 取하고 있는데 特徵이 있는 것이다. 이 受忍限度論者는 公害에 있어서의 被害者나 加害者의 利益, 被害의 程度나 態樣事業의 有用性등을 比較衡量하여 加害行爲가 社會生活上 一般的으로 受忍할 程度를 초월한 侵害가 아닌 경우에는 受忍해야 한다고 보고 그 程度는 초월할 경우에만 不法行爲를 構成하여 그 侵害는 排除나 損害賠償의 對象이 된다는 것이다. 그리고 이 說은 그 加害行爲가 受忍限度를 초월할 경우에는 不法行爲의 成立要件인 故意·過失·違法性을 判斷할 必要없이 留止請求는 可能하다는 것이다. 이 受忍限度論的 利益衡量說은 반드시 不法行爲說에서만 認定되는 것은 아니고 從來의 物權的 請求權說이나 人格權說의 立場에서도 不可避的으로 認定하여 왔다.[18]

4) 環境權說

이 說은 憲法上에 保障된 環境權은 基本的 人權의 하나인 同時에 所有權이나 人格權과 같이 具体的인 私法上의 權利이므로 이러한 權利의 侵害가 있으면 損害賠償이나 侵害行爲의 留止를 求하는 訴訟을 法院에 提起할 수 있다는 것이다.[19] 환경權說에 依하면 物權的 請求權說은 留止

15) 近來의 判例로는 大阪國際空港公害訴訟, 大阪地裁 昭和49年 2月 27日 判決(判例時報729號), p.3.

16) 竹內保雄, 「差止命令」, 加藤一郎編, 「公害法の生成と展開」, p.436 以下.

17) 野村好弘= 談路剛久, 「公害判例の硏究」, p.30. 伊藤高義, 「差止請求權」, 現代損害賠償法講座5卷, p.395 以下 등.

18) 澤井裕, 「公害の私法的 硏究」, p.145. 大阪國際空港公害訴訟 判決.

19) 大阪辨護士會環境權硏究會, 「環境權」.

請求를 할 수 있는 者는 土地·家屋에 대한 占有權이나 其他의 利用權을 가지고 있는 者에 限하고 또한 不動產利用權에 대한 侵害가 現在 發生하거나 發生할 염려가 있어야 함으로 國民의 基本的인 環境權의 侵害를 效果的으로 防止할 수 없고[20] 또한 人格權說은 主로 사람의 健康·生命에 대한 權利라는 面에서 環境權과 共通性이 있지만 이 說은 被害者가 發病하거나 심한 경우에는 死亡이라고 하는 健康阻害가 發生한 경우에 公害가 發生한 것으로 생각하여 이에 대한 私法的 技術로서 人格權에 基한 留止請求를 認定하지만 환경권說은 그러한 健康阻害가 發生하기 前 단계에서 人格權의 侵害가 생기지 않더라도 환경 그 自体에 대한 侵害가 생긴 단계에서 私法的 救濟를 求하는 根據가 될 수 있다는 것이다.[21] 그리고 人格權에 대한 環境權의 特徵은 환경權의 集團性이라는 데 있다. 原來 환경權論은 環境共有의 法理에 立却하고 있다. 即 大氣·물·日照 등의 環境權의 素材가 一定地域에 사는 모든 사람의 共有에 屬하는 것으로 보고 共有者의 1人인 企業이 이것을 獨占的으로 利用하여 汚染·減耗시키는 것은 他의 共有者의 權利=環境權을 不當하게 侵害하는 것이 된다. 환경權論은 환경이 一定한 地域에 있어서는 서로 流動하며 서로 作用하여 하나의 환경을 形成하고 있는 以上 환경權 侵害의 被害는 恒常 複數이며 被害集團을 이루고 있는 것이다.[22] 그 結果 環境權侵害에 基한 民事訴訟을 提起하는 原告는 環境을 共有하고 있는 一定地域의 被害住民(訴訟에 參加하고 있는 者를 包含해서)을 代表하게 된다.(法的으로 代表訴訟이라는 意味는 아니고 事實上의 意味에서) 이것은 한편에 있어서 個個의 住民이 입는 被害는 적을지라도 全被害住民의 것을 合할때 極히 큰것이 된다는 被害의 擴大를 被侵害利益의 判斷에 援用할 수도 있는 것이다.[23] 또 다른 한편에 있어서는 直接 原告가 되고 있는 者가 입고 있지 않은 被害라도 同一환경권내에서 發生하고 있는 被害를 原告主張의 기초로서 받아들일 수 있는 可能性을 가지게 된다. 特히 留止請求의 경우에는 留止의 效果는 全地域住民에 미치는 것이므로 그 要件의 判斷에 있어서 留止에 依하여 保護되는 全利益이 考慮되지 않을 수 없는 것이다.[24]

地域住民의 健康·生命에 대한 被害는 人格權에 依해서도 留止는 可能하다. 그러나 人格權은 生命·健康이 主가 되기 때문에 性格上 個人權으로서의 制約의 作用을 받지 않을 수 없다.

---

20) 篠塚昭久, 論爭民法學4, p.12 參照.

21) 大阪弁護士會 環境權研究會, 「環境權の確立のための提言」, ジリスト479號, p.81. 石田喜久夫, 「公害の差止請求について」環境研究 3號, p.24. 小林直樹, 「人權としての環境權」 東京大學公開講座, 「人間と環境」, p.325.

22) 大阪弁護士會環境權研究會, 前揭, 「提言」ジリスト 479號, p.68.→「環境權」, p.78. 甲斐道太郎, 法の解釋と實踐, p.114.

23) 小林直樹外, 「環境權論の現狀と課題座談會」, 法律時報45卷, p.91 以下.

24) 甲斐道太郎, 前揭, p.115.

환경권은 地域住民 全体의 集團的 權利로서 登場하였고 公害·환경侵害를 留止시키는 法的 權利이다. 따라서 人格權과 같은 個人權이 아니라는데 特色이 있다.[25]

다음에 不法行爲說의 受忍限度論이 受忍의 限度를 넘어서 被害를 입히고 或은 입힐 염려가 있는 경우에 不法行爲의 效果로서 留止請求를 할 수 있다고 하지만 受忍限度論은 違法性의 問論이 包含되지 않음으로 事前에 限度를 定할 수 없고 恒常 結果의 發生을 기다려야 하기 때문에 損害賠償의 基準은 될 수 있어도 公害防止의 法理는 될 수 없다는 것이다.[26]

5) 環境權否認論

私法上의 環境權否認論에 關한 議論을 要約하여 槪觀하기로 한다.

첫째, 憲法上의 環境權이 各人이 가지는 具体的 權利라고 하지만 「各 個人의 權利의 對象이 되는 環境의 範圍(환경을 구성하는 內容 및 地域的 範圍), 共有者가 되는 者의 範圍등이 明確하지 않음으로 同調하기 困難하다」.[27] 또한 「人間의 社會活動과 환경보전의 均衡点을 어디서 求할 것이냐, 환경오염 乃至 파괴를 어떻게 하여 阻止할 것이냐 하는 환경관리의 問題는 民主主義의 기구를 通하여 決定되어야 할 것으로 본다. 根本的으로 司法的 救濟는 現在, 환경파괴 행위가 住民個人의 具体的 權利, 即, 生命, 固有의 健康, 財產의 侵害의 危險에 達한 때에는 後記와 같이 個個人의 人格權, 財產權의 妨害豫防 乃至 排除로 發動됨으로 이것만으로 充分하다」[28]고 한다.

둘째, 住民의 환경에 대한 利益은 反謝的 利益에 不過하다는 것을 理由로 하여 「地域環境으로부터 받는 私人의 利益은 反謝的인 것에 不過하며 아직 私法上의 利益이라고 할 수 없다」고 하여 私權性을 不認하였다.[29]

셋째, 「憲法上의 環境權은 網領的 規定이며 個個의 國民에게 어떠한 具体的 請求權을 부여한 것은 아니다.」 「被害者는 所有權이나 人格權을 근거로 하여 救濟를 求할 수가 있음으로 환경權을 認定할 必要가 없다.」 「환경권에 依하여 具体的 被害가 發生하기 前에 侵害를 阻止하고 또한 個個人의 法律上의 利益을 넘어서 환경파괴를 阻止할려고 한다면 憲法과는 別途로 法律上의 明文의 근거를 必要로 하며 환경오염 乃至 파괴를 어떻게 阻止하느냐의 환경관리의

25) 篠塚昭久, 論爭民法學 4, pp.16~17.

26) 篠塚昭久, 論爭民法學1, p.155.

27) 國分市尿處理場增設 禁止假處分事件에 대한 鹿兒島地裁 昭和47年 5月19日 判決(判例時報 675號, p.26).

28) 伊達市火力發電所 建設禁止 留止請求事件 札幌地裁 昭和 55年10月14日 判決(判例時報 988號, p.37).

29) 阪神高速道路 大阪·西宮線建設禁의 處分事件, 神戶地裁尼崎支部 昭和 48年5月11日 判決(判例時報 702號, p.18),

문제는 民主主義의 기구를 通하여 決定되어야 할 문제이다」 등으로 要約할 수 있다.[30]

3. 私　　見

前述한 바와 같이 筆者는 環境權說에 贊同한다. 그 理由는 다음과 같다.

첫째, 憲法上의 人間의 生存權的 性格을 가지는 基本權의 一種이므로 國家에 대하여 보다 좋은 環境을 造成해달라고 請求할 수 있는 權利인 同時에 環境權에 대한 侵害가 있을 때에는 그 侵害의 排除를 請求할 수 있는 具体的인 權利의 兩面性을 가지고 있는 것으로 생각됨으로 環境權이 侵害되었거나 侵害할 우려가 있을 때에는 환경권에 基하여 損害賠償 또는 留止請求를 할 수 있는 것이다. 따라서 憲法上의 環境權을 프로그람的 規定이라는 것을 理由로하여 具体的 權利性을 否定하는 것은 不當하다.

왜냐하면 個人의 生命·身体의 安全·精神的 自由는 人間生活에 있어서 가장 基本的인 것으로서 法律上 絕對的으로 保護되어야 한다는 것은 疑心의 餘地가 없으며 또한 人間으로서 生存하는 以上 平穩·自由로 人間으로서 人間다운 尊嚴에 맞는 生活을 營爲하는 것은 最大限 尊重되어야 하는 것으로서 憲法上의 環境權도 그러한 趣旨에 立却한 것이라 아니할 수 없다.

둘째, 「各 個人의 權利의 對象이 되는 環境의 範圍 및 共有者가 되는 者의 範圍·어느것도 明確하지 않다는 点을 들고 環境權을 否定하고 있는데 環境權說에 있어서 이 두 点이 明確하지 않은 것은 事實이나 그렇다고 하여 그것을 理由로 환경權을 否認하는 根據가 될 수 없다고 생각된다.

왜냐하면 「權利의 對象이 되는 範圍」 換言하면 환경권의 外延의 不明確性을 말하는 것이나 權利의 外延이라고 하는 것은 어떠한 權利에 있어서도 다틈의 餘地가 없을 만큼 明確한 것은 아니다. 그런데 法的規制의 對象이 되는 社會的 諸事像 自体가 時間的·空間的으로 連續한 存在임으로 이것을 規制하기 爲한 道具로서의 權利觀念의 外延이 一義的으로 明確한 것이 되지 못하는 것은 어느 程度 不得已한 것이다. 오히려 絕對로 움직일 수 없는 것으로서의 權利를 固定的으로 파악하여 그것으로 부터 演繹的으로 結論을 導出하려는 態度야 말로 批判을 免치 못할 것이다. 어떤 새로운 現像에 대하여 裁判을 通하여 새로운 法的保護를 부여하고 法을 形成하여 나가는데 있어서는 不得已한 일이라 할 것이다.[31] 法院이 環境權을 無用한 것이라고 생각한다면 몰라도 그 有用性을 認定한다면 環境權에 基한 妥當한 判決을 通하여 努力하여야 할 것이다. 그리고 現實로 環境權侵害에 基한 訴訟이 提起되는 경우 被告의 行爲가 環境侵害에 該當되느냐 안되느냐의 如否가 不明한 事件은 거이 없다고 생각한다.

30) 大阪國際空港公害訴訟事件大阪地裁 昭和 49年2月27日 判決(判例時報 729號, p.3).

31) 好美清光, 前揭, p.115.

다음에 「共有者가 되는 者의 範圍」 即 環境侵害에 依하여 被害를 입은 者로서 留止請求를 할 수 있는 範圍(所謂 原告適格)의 문제이나 이것도 具体的인 事件에 따라 判斷하면 足한 것이며 그것이 不明確하다고 하여 權利 그 自体를 否認하는 理由는 되지 못한다. 訴訟을 提起한 사람들에 대하여 原告適格을 認定하기 爲한 論理構成을 하면 充分하다. 換言하면 當該原告의 環境權이 侵害되고 있느냐 如否의 問題이다.

이렇게 말한다고 하여 前述한 環境共有의 法理 即 原告는 同一 환경을 享受하고 있는 者의 모든 利益, 따라서 被害를 代表해서 請求하는 것이라는 생각과 모순되는 것은 아니다. 왜냐하면 大氣·水·光·靜穩 등의 環境素材는 一人分씩 分配하여 存在하는 것이 아니고 連續하고 있는 것이며 따라서 그것에 대한 侵害도 孤立될 수 없는 것이므로 環境權者의 範圍가 有体物에 대한 所有權者와 같이 個別化될 수 없는 것은 當然한 것이다. 그러나 公害留止請求의 訴訟에서 문제가 되는 환경 侵害가 미치는 範圍는 科學的으로 確定이 可能한 것이다. 要컨데, 原告는 被告의 行爲에 依하여 現實로 發生하고 있는 狀況과 스스로 被害者라는 것을 立證하면 充分하다.

以上에서 본 바와 같이 環境權이 權利로서의 外延과 權利者의 範圍가 明確하지 않는다는 것이 決코 환경권 그 自体를 否認하는 理由는 되지 않는다.

셋째 民事裁判의 任務는 個人의 生命·健康 或은 財產에 대한 被害의 救濟에 있는 것이고 環境汚染과 環境保全을 어떻게 推進하느냐의 決定은 環境保全과 產業開發은 모두 重要한 社會的 價値이므로 第一次的으로는 立法과 行政의 政策的 判斷에 맡겨야 한다하고 또한 公害에 依한 被害者의 救濟方法의 하나로서의 留止請求와 환경보전을 꾀하는 留止請求와를 區別하여 强調하고 環境權論은 이것을 無差別로 議論하는 잘못이 있다고 批判하고 前者의 留止請求가 認定되는 것은 個人的 被害가 發生한 경우에 限하며 後者의 留止請求에 있어서는 새로운 立法이 있어야만 可能하다고 하면서 환경권을 否定한다.

그러나 오늘날과 같이 公害가 深刻하게 된 最大의 原因은 지나친 企業의 利潤追求로 因한 환경파괴를 放任한 立法 行政當局의 政策빈고에 있는 것이다. 그리고 個人의 具体的 被害가 現實化할 때까지 放置해서는 公害問題는 根本的으로 解決할 수 없으며 또 환경파괴의 段階와 個人의 具体的 被害發生의 단계와는 連續해 있어서 區別할 수 없으므로 환경권 批判의 理由는 되지 못한다.

넷째 個人의 生命·健康 或은 財產의 侵害 또는 그 危險性이 있는 경우에는 物權 또는 人格權을 根據로 留止請求를 認定하면 되는 것이며 구태여 환경권을 認定해야 할 必要는 없는 것이라고 하여 환경권을 否認한다.[32]

32) 前揭, 大阪國際空港公害訴訟判決.

그러나 現在 우리 周圍에서 進行되고 있는 公害는 大部分이 不可逆的인 原狀回復이 不可能한 破壞라는 事實을 認識할 必要가 있는 것이다. 環境破壞로 因하여 個人의 生命·健康에 대한 危險性이 있는 경우에 人格權에 基하여 救濟를 받을 수 있다고 하지만 그러한 救濟는 事後的인 損害賠償에 그치는 것이 普通인데 人間의 生命·健康을 喪失하여 遺族이 몇 億원의 위자료를 받았다 할찌라도 무슨 所用이 있겠는가. 損害賠償은 아무런 意味도 갖지 못한다는 것을 認識해야 할 것이다. 그러므로 公害가 人間의 健康을 阻害하는 結果를 發生하기 前에 環境侵害의 段階에서 환경권에 기하여 그 侵害를 留止시킬 必要가 있는 것이다.

다섯째, 우리 憲法에서 「깨끗한 環境에서 生活할 權利」라는 것은 健康한 환경에서 生活할 權利를 뜻하는 것이라 하겠는데 그 健康의 槪念에는 世界保健機構(WHO)가 1946年에 採擇한 「世界保健憲章」中에 宣言된 原則 即「健康이라 함은 단지 疾病이나 虛弱하지 않다는 것이 아니고 肉体的 精神的 및 社會的으로 完全한 狀態이다. 可能한 限 最高水準의 健康을 享有하는 것은 모든 人間의 基本的 權利의 하나이며 人種, 宗教, 政治的 狀態나 社會的 條件에 依한 差別이 있어서는 안된다」고 宣言하고 있는데 이 精神的 및 社會的 意味에 있어서의 健康의 維持를 爲해서도 環境權의 具体的 權利性을 認定하지 않을 수 없는 것이다.

여섯째, 受忍限度論에서는 留止請求의 可否는 被害利益의 性質 및 重大性과 加害行爲의 態樣과를 相關衡量에 依하여 決定되어야 하는 것이며 環境權說은 硬直的이며 非現實的이라는 것이다.

그런데 留止請求의 法的根據에 대하여 어떠한 立場을 取하든 被害利益은 第一次的으로 考慮되지 않으면 안되나[33] 健康과 같은 絶對的 保護를 必要로 하는 法益이 侵害되거나 侵害될 可能性이 있는 경우에는 原則的으로 그것만으로 留止가 認定되어야 할 것이다. 더구나 健康被害와 같은 重大한 被害의 경우에는 法官에게 白紙委任을 한거와 같은 利益衡量이라는 것은 있을 수 없으며 地域性 以外의 加害者의 事情은 考慮될 수 없는 것이다. 여기서 환경侵害에 있어서의 留止請求權의 根據로서 環境權을 認定하지 않으면 안되는 理由가 있는 것이다.

일곱째, 從來의 物權的 請求權說이나 人格權說은 個個人의 被害利益을 考慮해서 留止請求의 如否를 判斷하는 것이므로 환경권 保全을 爲한 法的手段으로서는 不充分하다 아니할 수 없다.

왜냐하면 환경 侵害라는 것은 地域的 廣域性을 띠는 것이기 때문에 一定地域의 住民(事件에 따라서는 數千·數萬도 될 수 있다) 이 集團的으로 留止訴訟을 提하는 경우에 個個人의 被害程度를 判斷한다는 것은 不可能하며 또한 그것을 審理하는 것도 現在의 法廷의 受容能力으로서는 거의 不可能한 것이다. 그렇다고 憲法에서 「裁判을 받을 權利」를 國民의 基本權의 하나로 保障하고 있는 以上 裁判을 拒否할 수도 없는 것이다.

33) 澤井裕, 「公害留止の法理」, p.98 以下.

그러므로 環境權을 認定함으로서 共通의 利害關係者에 訴訟集團에의 直接的·間接的 參加를 許容하여 實質的인 代表訴訟의 確立에도 기여할 수 있는 것이다.

또한 環境權說은 地域全体에 걸치는 被害를 權利侵害의 內容으로 하여 留止를 請求하는 것이므로 個個人의 法律上의 利益을 초월하여 環境파괴를 阻止할 수 있으므로 個人的 利益과 地域全体의 利益을 保護하게 되는 것이다. 이러한 点에 있어서도 環境權을 根據로하여 留止請求權을 認定하여야 한다는 環境權說이 妥當하다는 것을 알 수 있는 것이다.

V 結 語

環境權이 公害·環境侵害에 대한 留止請求의 法的根據로서 提唱된 以來 裁判·學說上에 미친 영향은 至大하다고 할 수 있으나 아직도 判例는 이를 否認하는 立場을 取하고 있다. 從來의 私法理論 乃至 訴訟理論은 環境權과 같은 集團的 權利의 槪念에 익숙하여 있지 않기 때문에 法院은 舊來의 法律論에 依據하여 環境權을 否認하고 있지만 오늘날과 같은 公害·環境問題를 解決함에 있어서는 環境權의 確立이 絕對的으로 必要하다는 것을 强調하지 않을 수 없다.

그런데 지금까지 理論的으로 展開되어 온 環境權이 實体權으로서 그 內容이 充分히 明確하게 確立되어 있지 않은 것은 事實이나 그렇다고 하여 環境權 그 自体를 否認하는 根據는 될 수 없는 것이다.

環境權이 傳統的인 私法上의 權利와 그 性格이 다른 權利라는 것은 否定할 수 없다. 환경에 대한 權利가 論議된 일이 없는 問題인 만큼 이에 대한 새로운 理論構成이 나오게 되는 것은 必然的인 것이다.

환경은 有限한 것이며 또한 人間의 存在에 不可決의 條件이라는 認識에 基하여 「환경 共有의 法理」가 나오게 된 것이고 이 法理를 承認하게 된다면 傳統的인 權利와 結合한 個人의 法律上의 利益을 초월하여 환경파괴를 阻止하는 權利가 認定되어야 한다는 것은 再言을 要치 않는다.

環境權의 問題는 現時点에 있어서 公害境環破壞의 現實을 어떻게 認識하느냐 하는 것이며 또한 그와 같은 現實에서 公害·환경파괴로 부터 人間의 生命·健康의 危機를 免하기 爲하여 環境權이라는 權利를 定立하여야 할 有用性이 認定되느냐 如否이다. 이 有用性이 認定되는 以上 法院, 弁護士, 法學者는 環境權의 有効·適切한 理論構成에 協同的으로 接近하여 나가야 할 것이다.

— Summary —

A Study on the Environmental Right and the Claim of Prohibition

Doo-hee Kim

This study is intended to examine the character of environmental right and the legal basis of the claim of prohibiton to infringement of environmental right as the relief of private law.

There are two different viewpoint on the legal character of environmental right in described in Korean constitution. One is the theory of abstract right, and the other is the theory of concrete right. However, I think it would be more appropriate to conclude that ehe enviromental right contains two character of abstract and concrete right. There are several theories on the legal basis of the claim of prohibition such-like the theory of real right, of personal right, illegal action, or environmental right, etc. However, it would be more valid to interp ete that the legal basis of the claim of prohibition is originated from the theory of environmental right.