

環境汚染으로 인한 損害賠償請求에 있어서 因果關係의 立證

韓三寅* · 金祥燦**

The Proof of the Causation on the Claim for Damages due to
Environmental Pollution

Sam-In Han and Sang-Chan Kim

Summary

The environmental pollution problem, especially the environmental pollution problem which can be called the by-product of corporate development has proceeded to develop beyond the problem of a private nuisance between individuals simply into the problem of existence throughout our society.

Our country abolished the Environmental Protection Law enacted in 1977 under the existing single law doctrine system brought about its fruition through the reorganization and supplementation of environmental legislation by means of the multiple law doctrine, and so came to open up a new chapter in environmental pollution regulation legislation.

In a claim for damages from environmental pollution, our majority theory and judicial precedent are dependent on the legal principle of the general unlawful act as the legal principle for its relief. Therefore, the plaintiff, the sufferer from environmental pollution, can come to obtain damages to the environmental pollution only when the plaintiff sternly prove the intention and the negligence of the defendant, the wrongdoer, in an unharmed act, and the causation between the unharmed act and occurrence of the damage.

* 法政大學 法學科 教授

** 法政大學 法學科 講師

But, there are many cases that the side of the wrongdoer is more favorable than of the sufferer in economic terms in case of the action for damages from environmental pollution. If the plaintiff, the sufferer from environmental pollution, is asked to prove its causation to the same extent as the general unlawful act in this specific case as well, it is likely that the plaintiff is forced to accept the conditions offered by the wrongdoer due to the plaintiff's inferior position. Thus there is much difficulty in expecting the equity and fairness of in the relief of damages from environmental pollution. Therefore, it is necessary to alleviate or lighten the burden of proof on the causation of environmental pollution in the action for damages from environmental pollution.

Accordingly, in accordance with the request that the degree of the proof of the causation on environmental pollution should be lightened and mitigated to protect the sufferer in the act for damages from environmental pollution, several theories have come to the fore, including a probability theory on the burden of proof on the causation of environmental pollution.

Therefore, this study aimed to provide an inquiry into the evolution of our judicial precedents and types of all the theories that have made an attempt to lighten and mitigate the burden of proof on the causation of environmental pollution.

I. 序 論

사회구조가 都市化·工業化에로 치닫고, 階層構造가 中産層化할수록 環境汚染(Environmental Pollution)¹⁾에 대한 社會的 關心은 높아질 수 밖에 없다.²⁾ 環境汚染의 문제는 단순히 개인 문제의 문제가 아니라 사회전반, 나아가 人類의 生存의 문제로 발전되기에 이르렀다. 선진제국에서는 이미 오래전부터 環境汚染에 대한 대책마련에 관심을 기울여 왔으며, 이제 消極的인 環境汚染防止에서 한걸음 더 나아가 生態學的 危機(Ecological Crisis)의 견지에서 積極的인 環境保全의 문제를 해결하려고 하고 있다.

우리나라에서도 1963년 公害防止法の 제정을 시초로 1970년대에 들어서면서 경제개발의 부산물인 環境汚染의 문제를 해결하고자 1977년 環境保全法, 海洋汚染防止法 등을 제정하였다. 제5공화국헌법상 環境權을 국민의 基本權의 하나로 制定(憲法 第33條)한 것이나, 1990년 環境廳이 環境處로의 승격과 더불어 環境政策基本法, 環境汚染被害紛爭調整法, 騒音·振動規制法, 水質環境保全法, 大氣環境保全法, 有害化學物質管理法 등을 제정한 것, 그리고 최근 環境廳의 環境部로의 승격과 더불어 環境部長官을 副總理級으로 格上시켜야 한다는 論議 등은 현재의 環境汚染의 심각성을 잘 나타내는 것이라 할 수 있다.

위에서 보는 것처럼 우리나라의 경우 環境汚染에 대한 규제적인 측면에서는 어느 정도 立法化되고 있으나, 環境汚染被害의 救濟的 側面에 대해서는 아직도 消極的인 면이 없지 않다. 말하자면, 오늘날 環境汚染으로 인한 피해는 상당히 광범위할 뿐 아니라, 이의 救濟를 위해서는 加害者側(企業)과 被害者側(隣近 住民)간의 紛爭으로 나아갈 수 밖에 없는데, 環境汚染으로 인하여 被害를 입은 住民으로서의 첫째 加害企業과의 妥協, 둘째 關係機關에의 陳情, 셋째 環境피해분쟁조정위원회에의 調整申請, 넷째 법원에의 民事訴訟 등을 통하여 被害救濟를 받을 수 있을 것이다. 그러나 여기에서 앞의 세가지 방법은 네번째의 방법의 전초적 구실에 불과할 수 있으며, 네번째의 방법인 法院에 民事訴訟을 제기하여 가해기업을 상대로 損害賠償請求나 留止請求를 하는 것이 가장 확실하고 궁극적인 구제수단이 된다. 그러나 民事訴訟에 있어서는 原告인 피해주민은 環境汚染과 피해간의 因果關係를 立證해야 하는데 전문지식이 없는 피해자가 이를 立證하는 것은 상당히 힘들게 되므로 피해주민은 環境汚染被害가 있다고 해도 쉽게 법원에 提訴할 수

1) 環境汚染이란 用語 대신에 '公害'(public nuisance)라는 말을 사용하기도 하는데, 이는 日本에서 통용되는 用語로서, 우리나라에서는 1990년에 制定된 環境政策基本法 제3조 제4호에서도 '環境汚染'의 定義를 규정하고 있으며, 學者들도 環境汚染이란 用語를 주로 使用하고 있다. 그러나 엄격히 보면 兩者의 概念은 다른 것이다. 環境汚染이란 '일정수준 이상의 大氣汚染·騒音·진동·土壤汚染 등의 現象 자체'를 지칭하는데 비하여 公害는 '이러한 現象과 그로 인한 被害를 포괄하는' 概念으로 파악하는 시각도 있다. 具然昌, "環境汚染의 民事的 責任", 「損害賠償法の 諸問題」, 博英社, 1990, 371面.

2) 韓三寅, "濟州道開發에 대한 道民意識", 「濟州大學校 地域社會發展研究所 學術세미나發表資料」, 1995. 2, 74-75面.

없는 것이 현실인 것이다. 특히 留止請求의 경우에는 經濟發展과 반비례관계가 있음을 이유로 좀처럼 認容하지 않는 것이 보통이므로 留止請求訴訟은 아직 실질적인 해결책이 되지 못한다.

그러므로 本稿는 이러한 인식의 바탕위에서 環境汚染으로 인한 損害賠償請求에 있어서의 因果關係의 立證의 문제를 국내외 學說과 判例理論의 檢討·分析을 통하여 環境汚染被害에 대한 私法的 救濟의 法理를 再整理해 보고자 하는 것이다. 이러한 작업은 環境汚染被害請求訴訟에 있어서 被害者의 權利救濟에 一助할 수 있을 것으로 생각된다.

Ⅱ. 因果關係에 관한 學說

環境汚染의 피해자인 原告가 不法行爲를 이유로 加害企業을 상대로 損害賠償請求를 하는 경우 특히 중요한 문제의 하나가 加害行爲와 損害發生과의 사이에 因果關係의 有無, 즉 그 존재의 立證에 관한 것이다. 이러한 因果關係의 판단은 自然的 因果關係를 前提로 하는 것이지만, 이는 自然科學的 因果關係가 아니고 法的 목적에 적합한 특수한 법적 因果關係(juristische Kausalität)인 것이다. 여기서 말하는, 因果關係란 무엇을 의미하는가를 명백히 하기 위하여 이른바 因果關係論(Kausalzusammenhang)이 발전하게 된 것이다.³⁾ 不法行爲爲成立要件으로서 문제가 되는 因果關係는 現實에서 발생한 손해를 누가 賠償하여야 할 것인가 하는 責任歸屬의 關係를 결정하기 위한 개념이다. 따라서 因果關係의 존부에 대한 판단은 賠償責任의 有無와 관계하는 法的인 價値判斷의 문제가 된다. 이러한 의미에서 사실문제로서의 原因·結果가 있다고 하는 경우의 事實的(自然的) 因果關係와 法的 因果關係는 그 성질을 달리하는 것이다.⁴⁾ 因果關係를 논할 경우에는 自然的 因果關係를 먼저 논하고 自然的 因果關係가 인정되는 損害中에 責任을 지게 하는 範圍를 결정함에 있어서 法的 因果關係가 문제된다.⁵⁾

1. 相當因果關係說(adäquater Kausalzusammenhang)

不法行爲에 있어서 加害者가 배상하여야 할 損害는 가해행위와 因果關係가 있어야 한다. 因果關係는 두 개의 事實(加害行爲와 損害의 發生)사이에 있는 原因·結果의 관계로서 責任原因(不法行爲 또는 債務不履行)이 없었으면 效果(損害)를 발생하지 아니하였으리라는 關係를 말한다. 因果關係의 범위에 관하여는 條件說과 相當因果關係說이 있다.

條件說(Bedingungstheorie)은 결과발생의 원인이 된 모든 사실에 원인이 있다는 데서 自然的 因果關係, 즉 무제한설과 같다. 이 說은 違法性과 期待可能性을 강조하는 刑法에 있어서 因果關係의 범위를 정하는 有力한 學說로 될 수 있을 지언정 公平한 損害分擔을 理想으로 하는 損

3) 森島昭夫, 「不法行爲法講義」, 有斐閣, 1991, 282面.

4) 牛山積, 「公害裁判の展開と法理論」, 日本評論社, 1976, 28面.

5) 牛山積, 「現代の公害法」, 勁草書房, 1991, 86面.

害賠償制度에는 적합하지 않다. 이 說은 철학적이며 法律生活현상을 규율하기에는 實効性이 없다. 相當因果關係說은 원인·결과의 관계를 구체적인 사정을 떠나 一般的으로 妥當한 경우에 한하여 原因·結果의 關係를 인정하려는 것이다. 동일조건하에서는 동일한 결과가 발생하는 것이 일반적으로 상당한 경우에 그 條件과 結果와의 사이에 因果關係가 있다고 한다. 우연한 사정이거나 특수한 사정은 제외되는 것이지만 相當性의 基準을 어디에 두느냐에 따라 原因行爲를 한 者의 主觀에 두어야 한다는 主觀的 相當因果關係說, 行爲者에 의한 것이 아니라 건전한 상식을 가진 일반인의 입장에 두어야 한다는 客觀的 相當因果關係說, 당시에 건전한 상식을 가진 일반인이 알 수 있었던 사정과 加害者가 특히 알 수 있었던 사정을 아울러 알아두어야 한다는 折衷說이 있다. 折衷說이 多數說⁶⁾이다.

우리 民法은 損害賠償의 範圍는 통상의 손해를 한도로 하되 債務者(加害者)가 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 損害를 賠償하여야 한다(民法393條)고 하여 相當因果關係說에 입각하고 있으며, 判例도 같은 입장이다.⁷⁾ 그런데 최근에는 公害問題에 있어서 損害의 範圍나 損害의 金錢的 評價와 관련하여 相當因果關係說 이외에 새로운 學說이 주장되고 있는데 이를 다음에서 살펴보기로 한다.

2. 保護範圍說 내지 規範目的說

앞에서 살펴본 相當因果關係說은 責任을 限界짓는 機能을 다하지 못하고 있기 때문에 부당하다고 하여 賠償責任의 기초가 되는 것은 規範의 保護目的과 保護範圍(Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm)이며 따라서 責任의 範圍는 구체적 범위의 의미(Sinne)와 그 射程距離(Tragweite)의 분석에 의하여 결정되어야 한다고 주장하는 견해가 있다.⁸⁾ 이 說에 의하면 事實的 因果關係가 있으면 不法行爲가 성립한다. 事實的 因果關係의 존부는 원칙으로 "A가 없으면 B도 없다"(conditio sine qua non 혹은 영미법상의 'but for' test)라는 論理學上의 思考形式에 의하여 결정된다.

事實的 因果關係의 존부의 판단도 價值判斷의 하나인 것이다. 또한 "A가 없으면 B도 없었다"(先行事實이 없으면 後行事實도 없었을 것이다)는 관계를 判斷함에 있어서도 科學的 所見을 취하여 탐구하는 경우도 있다고 하는 것을 증명하기도 한다. 事實的 因果關係가 존재하면 이에 不法行爲 責任의 성립을 위하여 필수적인 존재의 요건으로서 소구되는 당해 損害에 관하여 事實的 因果關係가 인정되지 않는다면 請求는 부정되는 것이고, 그 한도에 있어서만 賠償範圍를 한계짓는 기능을 한다고 설명되고 있다.

獨逸과는 달리 完全賠償의 原則을 취하지 않는 우리 나라에 있어서는 책임근거의 因果關係는

6) 郭潤直, 「債權總論」, 博英社, 1993, 175面; 金容漢, 「債權總論」, 博英社, 1989, 205面; 金錫宇, 「債權總論」, 博英社, 1986, 157面.

7) 大法判 1950. 3. 14. 4292 民上 32; 同 1962. 11. 1. 62 다 588; 同 1981. 4. 14. 1480 다 2322 등.

8) E. Rabel, Recht des Waremkaufts I, 1936, SS. 495-540.

위의 관점에서만 法的 意義를 갖는다고 할 것이다. 이에 대하여 事實的 因果關係의 不存在에도 불구하고 不法行爲 責任을 부담하여야 할 경우가 있다. 民法 760조에 있어서 主觀的 共同關聯行爲(이른바 客觀的 共同關聯行爲에 대해서도 因果關係를 인정하려는 學說이 유력하게 되고 있다)가 그것이다.⁹⁾

그리고 賠償의 範圍(保護範圍)에 관하여는 ①故意를 中心으로 하는 意思的 不法行爲에 대하여는 故意(의도한 결과)가 미치는 범위와 事實的 因果關係의 範圍의 것. ②過失인 不法行爲에 대하여는 被侵害利益의 重大性이나 行爲의 危險性 및 社會的 有用性 등을 고려하여 加害者가 그것의 발생을 방지하여야 할 의무(損害回避義務)의 범위내의 것으로 한다.¹⁰⁾ ③金錢의 評價에 관하여는 法官의 自由裁量으로 정하고 被害額에 관하여는 原告의 立證을 필요로 하지 않는 것으로 한다.¹¹⁾

이와 같이 保護目的說은 責任規範에 위반한 加害行爲와 損害사이의 관계를 歸責目的에서부터 밝힘과 동시에 被害賠償의 범위를 한정하는 문제도 歸責目的에서 설명하려는 것이다.¹²⁾

3. 危險性關聯說

損害賠償의 問題를 加害行爲의 모습과 관련시켜 加害者가 法益侵害를 하는데 필요로 하는 문제, 이른바 歸責根據의 因果關係(haftungsbegründende Kausalität)로부터 야기되는 後續損害(folgeschaden)가 加害者의 責任으로 귀속될 것인가 하는 문제, 이른바 責任充足的 因果關係(haftungsausfüllende Kausalität)로 나누어 後續損害는 제1차 손해에 부가된 危險(Risiko)이 현실화 된 것이라고 한다.¹³⁾

그러므로 이 後續損害에 대한 賠償義務는 그 附加的 危險性關係의 여하에 따라 판단되어야 한다는 것이다. 따라서 어떤 不法行爲가 행하여졌다면 제1차 손해(Ertschaden)가 생기고 다음으로 後續損害가 생기는데, 이들 사이에 危險性關聯이 있다면 이것도 포함되지만 後續損害가 일반 생활상의 위험(allgemeine Lebensrisiken)에 의하여 발생된, 즉 우연적인 경우나 被害者 자신의 위험한 행위가 개입하고 있는 경우에는 위험성관련이 없다고 할 것이므로 加害者에게 賠償責任을 물을 수 없다는 것이며 이 後續損害의 賠償責任의 限定에 관한 문제가 바로 損害賠償의 範圍에 관한 문제라 한다. 이를 危險性關係性이라고도 한다.¹⁴⁾

9) 平井宜雄, 「損害賠償法の理論」, 東京大出版會, 1971, 136面 以下 ; 加藤了, 「公害における因果關係と受忍限度」, 人間環境問題研究所會編, 有斐閣, 1976, 188面.

10) 서울民地法判, 1971.6.28, 70 가 9974.

11) 平井宜雄, 「前掲書」, 136面.

12) 金亨培, 「過失概念과 不法行爲責任體系」, 「民法學의 諸問題」, 博英社, 1980, 520面 ; 前田達明, 「不法行爲歸責論」, 創文社, 1978, 85面.

13) 前田達明, 「不法行爲法の構造」, 「民法學의 基礎的 問題(下)」, 於保遺歷紀念論文集, 有斐閣, 1976, 184面 以下.

14) 金亨培, 「前掲論文」, 545面 以下 ; 石田穰, 「損害賠償責任法の再構成」, 東京大出版會, 1980, 480面 以下.

생각컨대 우리 民法 제750조의 不法行爲成立要件으로서의 加害行爲가 損害의 발생사이의 因果關係에 관하여는 豫見可能性(Foreseeability)을 요건으로 한다면 判斷者의 恣意的인 判斷에 흐르기 쉬워 基準으로서는 타당하지 못한 것이 아닌가 한다. 따라서 豫見可能性理論은 賠償範圍를 한계짓는 基準으로서는 有用하지 못하다고 할 것이다. 그리고 人身損害에 관하여는 傷害侵害說 내지 可動能力喪失說을 취하면 金錢評價의 문제를 바로 논의하게 된다. 다시 말하면, 賠償의 範圍는 事實의 因果關係의 존재를 전제로 하여 蓋然性·社會的妥當性·社會的必要性 등을 고려하여 오히려 政策的으로 決定하는 것으로 해석된다고 할 것이다. 또한 人身損害 이외의 物的損害, 生業損害 등의 財産損害에 관해서도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다.¹⁵⁾

Ⅲ. 因果關係의 立證

오늘날 環境汚染으로 인한 被害는 대부분 장기간에 걸쳐 加害物質이 미량으로 배출되어 하천이나 대기 그리고 토양을 매체로 하여 被害者에게 간접적 경로를 따라 도달되며, 또한 때로는 自然現象과 복합하여, 그리고 상당히 많은 加害集團(공장 등)이 있는 경우가 보통이며, 대개 이러한 경우 각 加害企業은 적법한 기업활동을 통하여 加害物質을 배출하게 되므로, 이러한 特殊性으로 인하여 특정한 加害行爲와 損害간에 因果關係를 立證하는 것은 매우 곤란한 것이다(이러한 경우에는 그 被害의 救濟에 있어서 加害者側의 利益과 被害者側의 利益이 比較衡量되어야 한다). 따라서 環境汚染被害에 대한 실질적인 救濟를 위해서는 이러한 因果關係의 立證을 緩和 내지 輕減시킬 필요가 있으며, 이러한 요청에 따라 學說·判例에 의한 다양한 理論이 대두되어 종래의 통설인 法律要件分類說에 의한 立證責任理論을 修正하려 하고 있다. 가령 美國環境訴訟에 있어서의 一應의 立證(Prima facie evidence)理論, 독일법상의 表見證明(Anscheinbeweis)理論 및 危險領域(Gefahrenbereich)理論, 일본에서 주장된 蓋然性理論, 新蓋然性理論 등을 들 수 있다.

1. 蓋然性說

蓋然性說이란 環境汚染被害에 관한 損害賠償請求에 있어서 그 因果關係의 立證은 “蓋然性 程度의 心證을 형성시키면 족하다” 또는 “原告는 因果關係의 존재의 蓋然性を 立證하면 족하고, 被告는 反證으로서 因果關係가 존재하지 아니한 것을 立證하지 아니하는 한 그 責任을 면할 수 없다”는 것이다. 이 說은 처음에 일본의 德本鑛교수에 의하여 鑛害로 인한 損害賠償請求事件에서 被害者의 立證輕減을 위하여 주장된 理論인데,¹⁶⁾ 그 기본원리가 環境汚染被害의 因果關係에 관하여도 그대로 타당한 것으로 이해되어 通說로 정착하게 되었다.¹⁷⁾ 이 說은 우리나라에서도

15) 이전과는 달리 環境政策基本法 제31조 1항의 無過失責任의 규정은 環境汚染으로 인한 生命·身體 뿐만 아니라 財産上的 被害까지도 포함한 것이다.

16) 德本鑛, “鑛害賠償における因果關係”, 「公害法研究」, 日本評論社, 1970, 63面.

17) 吳錫洛, 「環境訴訟의 諸問題」, 日新社, 1991, 93面.

대부분의 학자들의 지지를 받고 있고,¹⁸⁾ 判例도 이를 정면으로 받아들이고 있다.¹⁹⁾

德本鎮교수는 因果關係의 立證責任은 형식적으로는 原告인 被害者가 부담하나, 실질적으로는 立證責任을 전환하기 위하여 獨逸의 續害賠償法에 있어서의 表見證明의 法理를 응용하여 因果關係가 없음을 가해자인 被告가 立證하지 않는 한 因果關係가 있다고 하여 法律上的 推定에 가까운 것으로 보았다. 그리고 蓋然性說에 있어서는 “상당한 정도의 蓋然性을 나타내는 立證”이 요구되나, 그것은 “疎明 혹은 疎明을 넘어서지만 立證에 이르지 않는 정도의 立證”을 말한다고 한다.²⁰⁾

이러한 事實上的 推定에 의한 蓋然性說에 대하여 문제가 있다고 지적, 立證의 程度는 證據의 優越로 충분하고 고도의 蓋然性까지는 요하지 않는다고 하는 주장이 일본의 加藤一郎교수에 의하여 주장되었다. 加藤一郎교수는 英美法上的 證據優越의 法理를 도입하여 蓋然性說을 설명하면서 일반적으로 證據의 優越이란 證據의 수나 양, 또는 證人의 수를 基準으로 한 물리적 개념이 아니라 立證의 對象이 되는 주장이 실제로 진실하다고 法院으로 하여금 확신케 하는 說得力을 가리키는 價値概念이라고 하고 있다.²¹⁾

2. 新蓋然性說

蓋然性說에 대해서는 蓋然性의 立證만으로도 증명된다는 法的 根據가 없을 뿐 아니라, 종래의 이론과 관련하여 訴訟的 理論構成이 곤란하고, 蓋然性이라는 개념자체가 추상적이어서 무엇을 어떻게 立證하는 경우에 蓋然性의 立證에 도달했는가라고 하는 基準을 설정하기가 어렵다는 비판이 가해지고 있으며, 이러한 蓋然性理論의 弱點을 克服하기 위하여 제창된 것이 新蓋然性說이다. 이 새로운 이론은 종래의 蓋然性說이 막연하게 被害者의 立證責任을 輕減하려고 하는데 대하여 加害者側에 間接反證의 책임을 지우려는 모습으로 理論構成하는 한편 經驗則이 작용하는 영역을 명확히 하고 이를 확충하여 被害者의 立證의 範圍를 緩和 내지 輕減하는 반면, 加害者의 反證의 範圍는 擴大하려는 것이라고 할 수 있다. 일본의 淡路剛久교수²²⁾는 蓋然性說의 구체적 전개 방향을 立證의 程度를 낮추려는 것으로부터 因果關係를 구성하는 사실의 발전과정에 따라 立證의 對象을 具體化 類型化하는 것으로 轉換함으로써 蓋然性說을 判斷基準化하는 것이 보다 발전적인 것이라고 하고 여기에 間接反證理論을 결합하여 蓋然性說을 再構成하고 있다.

가령 環境汚染에 관한 因果關係를 유형적으로 보면, 피해발생의 원인물질 내지 메카니즘(병인

18) 吳錫洛, 「上揭書」, 94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의 諸問題」, 安二濟博士華甲紀念, 博英社, 1986, 512面 ; 金洪奎, 「環境訴訟에 있어서의 立證上의 諸問題」, 韓國法學教授會編 「法과 環境」, 三英社, 1977, 181面 ; 金顯泰, 「公害와 그 私法的 救濟를 中心으로한 研究」, 「高大法律行政論集」第11輯, 1972, 254面.

19) 大法判 1974.12.10, 72 다 1774.

20) 德本鎮, 「前揭論文」, 71面 以下.

21) 加藤一郎, 「公害法의 現狀と展望」, 岩波書店, 1971, 29面 ; 森島昭夫, 「前揭書」, 291-292面.

22) 淡路剛久, 「公害賠償의 理論」, 有斐閣, 1978, 35面.

론에 해당하는 사실 : A), 被害者 내지 被害地의 도난(오염경로에 해당하는 사실 : B), 企業에 있어서의 원인물질의 생성 배출(배출행위에 해당하는 사실 : C)의 세가지 사실로 분해하여 위 A, B, C 중 두가지 事實(경우에 따라서는 그 이외의 間接事實)에 의하여 立證된다면 因果關係는 일단 推定에 의하여 證明도에 달하고 그 후는 被告企業側에서 세번째의 不存在을 立證함으로써 자기가 原因자가 될 수 없다는 것을 立證(間接反證)하지 않으면 안된다고 한다.²³⁾

또한, 竹下守夫교수는 이따이이따이(イタイイタイ)病判決²⁴⁾을 檢討하면서, 우선 因果關係라는 要件事實과 피고기업의 생산과정에 있어서 特定物質의 發生(A), 특정물질의 외부로의 排出(B), 매개물 통한 擴散(C), 원고의 신체·재산에의 到達(D), 손해의 發生(E)이라는 각 사실 및 A → B → C → D → E에 있어서 前者에서 後者로의 과정이라는 複合的인 立證主題로써 받아들였다. 그리고 原告는 因果關係의 存在에 대하여 立證責任을 지고 있으므로 A → B → C → D → E의 過程 全體에 대해서 立證하지 않으면 안되는 것이지만, 그것은 각각의 事實 내지 過程의 모든 것에 대해서 원고가 立證하지 않으면 안되는 것을 의미하는 것이 아니고, 原告가 어느 事實 過程의 존재를 立證하면 경험칙상 다른 사실 과정의 存在가 推定되는 것이고, 그 경우에는 被告側의 經驗則을 적용할 수 없는 특별한 사정의 존재를 立證하지 않는 한 因果關係가 인정된다고 한다.²⁵⁾ 이와 같은 間接反證論은 종래의 蓋然性說의 추상성을 극복하여 原·被告가 각각 立證하여야 할 범위를 명확히 한 점에서 進一步한 理論이라 할 수 있다.

3. 疫學的 因果關係論

일본의 경우에는 1960년대부터 環境汚染의 領域에 있어서도 因果關係의 立證手段으로서 疫學的方法을 도입하려는 試圖가 나타나게 되었다.²⁶⁾

疫學(Epidemiology)이라 함은 집단현상으로써 질병의 발생, 분포, 소장 및 이것에 미치는 자연적 사회적 諸要因의 영향, 또는 역으로 질병의 만연이 사회에 미치는 영향을 연구하고, 이 지식에 기초해서 질병의 만연을 방지 억제하고, 그 사회생활에 주는 威脅을 제거하고자 하는 學問分野를 말한다.²⁷⁾

疫學的 因果關係의 有無는 보통 다음 네가지 條件을 충족하는가에 의하여 판별된다. 즉, 첫째 그 因子가 발병의 일정기간 전에 作用하였을 것, 둘째 그 因子의 作用程度가 현저할수록 그 질병의 이환율이 높아질 것으로서 이는 곧 量과 效果와의 관계가 존재할 것, 셋째 그 因子가 제거

23) 篠塚昭次·前田達明 編, 新判例コンメンタール「民法(9)·不法行爲」, 三省堂, 1993, 27-28面.

24) 日 富山地判 1961.6.30, 判例時報 635號, 21面.

25) 好美清光·竹下守夫, “イタイイタイ病第一次訴訟第一審判決の法的檢討”, 判例時報 646號, 1971, 108面 以下.

26) 新美育文, “疫學的手法による因果關係の證明(上)”, 「ジュリスト」 866號, 1986.8, 74面.

27) 姜玆中, 「民事訴訟法」, 博英社, 1993, 580面 ; 全昌祚, “環境汚染 健康被害 補償制度에 관한 研究”, 「環境法研究」 第11卷, 1989, 120面 ; 石川明, “公害訴訟における因果關係の證明”, 「新實務民事訴訟講座6」, 日本評論社, 1983, 290面.

되거나 적어질수록 질병의 이환율 정도가 저하한다는 이른바 消去의 原則이 존재할 것. 넷째 因果關係의 원인으로서 작용하는 메카니즘이 생물학적으로 모순없이 설명될 것 이라는 네가지 條件이 충족될 때 그 원인과 질병간에 因果關係가 인정되게 된다.²⁸⁾ 이 네가지의 관계를 이른바 “疫學四條件” 내지 “疫學的四條件”이라고 불리어지고 있다.²⁹⁾ 이는 반드시 엄밀한 실험과학적 방법에 의해서 명확히 되는 것 만을 의미하는 것이 아니라 합리적으로 그 관계를 설명할 수 있다는 것을 의미하지만, 疫學的 因果關係는 自然科學에서의 理論이므로 法的 因果關係에 있어서 그대로 받아들일 수 없는 것이다.

環境汚染被害에 관한 因果關係를 규명함에 있어서 原告가 주장하는 環境汚染의 원인물질이 被害者에게 到達한 후 어떠한 병리학적 경과를 거쳐 질환 등 損害를 발생하게 하였는가를 立證할 필요가 있는가 하는 문제가 있다. 이 점에 관해서는 일반적으로 法的 因果關係를 규명함에 있어서는 責任의 歸屬을 명확히 할 수 있는 물질의 특징이 있으면 되는 것이므로 疫學的方法에 의해서 무엇이 原因인지가 證明된 이상 그것이 被害를 일으키는 메카니즘까지는 필요가 없다³⁰⁾는 것이 지배적이라 할 수 있다.

4. 一應의 推定說

一應의 推定說이란 蓋然性說. 新蓋然性說에 대응하는 理論으로서 因果關係의 인정을 自由心證의 문제로서 다루면서 “一應 충분한 證明” 또는 “表見證明理論”에 의하여 피해자의 立證負擔을 완화시키려고 하는 견해이다.³¹⁾ 일반 不法行爲에 있어서 故意 過失과 같은 가해자의 主觀的 事情이나 損害와의 사이에 因果關係의 존재와 같은 요건사실을 被害者가 확실하게 立證한다는 것은 실제로는 지극히 곤란한 경우가 있는데, 이러한 경우 피해자는 가해행위가 행해진 상황을 명백하게 하고 그로부터 간접적으로 위와 같은 要件事實을 立證할 수 밖에 없다. 그렇게 함으로써 어느정도의 사실이 立證되면 故意 過失이나 因果關係 등의 要件事實이 존재하는 것이 法官의 心證이 형성되어 이를 깨뜨리기 위한 反證을 加害者側에서 내세우지 않으면 안되게 된다. 이 때 加害行爲의 類型으로부터 바로 故意 過失이나 因果關係와 같은 要件事實이 존재한다고 하는 立證이 형성되는 것을 一應의 推定이 있다고 한다.

一應의 推定은 특히 고도의 蓋然性を 갖는 經驗則의 적용에 의한 推定이며, 이 점이 통상의 事實上의 推定과 구별된다고 하는 것이 多數說이다.³²⁾ 過失의 一應의 推定の 경우 이외에는 모두 단순한 事實上의 推定이라 생각하면 충분하고, 過失의 일응의 推定の 경우에는 過失의 基礎가 되는 구체적 사실의 主張·立證을 필요로 할 것 없이, 그것에 대신하여 전체사실을 主張·立

28) 吉田克己, “疫學的因果關係의 法的因果關係”, 「ジュリスト」 440號, 104面.

29) 高田健一, “疫學的因果關係”, 「現代民事裁判の課題と損害賠償」, 新日本法規, 1990, 524面.

30) 新美育文, 前掲論文, 74面.

31) 東孝行, 「公害訴訟의 理論と實務」, 有信堂, 1971, 176面. 다만, 吳錫洛, 「前掲書」, 28面은 一應의 推定說은 新蓋然性說에 吸收될 수 있다고 보고 있다.

32) 中野貞一郎, 「過失의 推認」, 弘文堂, 1978, 16面.

證하면 되고, 그 의미에 있어서 立證命題가 轉換되는 것이며, 그 점에서 통상의 事實上的 推定の 一例에 지나지 않는 것이 아니고 法律上的 推定の 경우와 같이 立證責任을 轉換시키는 機能을 부과하는 것임을 示唆하는 것이라 하겠다.

表見證明이란 어떤 확정된 사실 A에서 그와 같은 사실이 있으면 經驗則上 B가 존재하는 것이 통상인 경우에 B의 존재를 추인하는 立證을 말한다. 즉 定型的 事象經過가 존재할 경우에 허용되는 立證을 말한다.³³⁾ 여기서 이른바 定型的 事象經過라 함은 문자 그대로 전형적인 사태의 推移로서, 그 자체 일정한 原因行爲의 故意, 過失, 결과와의 사이에 原因關係를 시사하는 사태, 즉 어떤 일정한 사실이 있으면 전형적인 결과를 거쳐서 일정한 결과를 발생시킨다고 통상 인정할 수 있을 때 이러한 사태를 가리킨다.³⁴⁾ 이러한 表見證明의 概念은 독일에서 帝國法院 (Reichsgerichtshof ; RGH) 와 獨逸聯邦大法院 (Bundesgerichtshof ; BGH)에 의하여 발전되어 오늘날 獨逸法院의 實務에서 확고한 위치를 차지하고 있다.

오늘날 독일법에 있어서 環境汚染被害賠償訴訟에서의 가해행위와 손해발생사이의 因果關係의 立證에 대한 요구는 獨逸民法 제286조에 의하여 정해지며, 이 因果關係에 대한 立證責任은 被害者에게 있다. 다만 대단히 부주의한 의무위반의 사례에 있어서만 立證責任이 轉換되고 있다.³⁵⁾ 獨逸民法 286조의 立證의 程度는 확신에 가까운 蓋然性 (die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) 이다. 동법 제287조의 範疇에서는 일반적으로 立證에 蓋然性의 보다 낮은 程度로서도 충분하며, 同條는 立證의 程度를 저하시키고 있는 또다른 중요한 경우가 되고 있다. 그리고 獨逸聯邦大法院은 損害賠償請求訴訟에 있어서 확신에 가까운 蓋然性이라는 民事訴訟에서의 일반적인 立證의 程度의 광범위한 저하를 인정하면서 表見證明이라는 法技術的 概念을 사용하고 있다.³⁶⁾

因果關係의 立證을 自由心證의 문제로서 다루면서 “一應 충분한 理論” 또는 表見證明의 理論에 의하여 피해자의 立證負擔 緩和의 目的을 이루려고 하는 견해가 一應의 推定說이다. 그런데 학설상 表見證明과 一應의 推定을 동일시하는 見解가 대부분이다.³⁷⁾ 우리 大法院判例 중에서 그 蓋然性에 있어서 매우 의심스러운 一應의 推定을 적용한 사례³⁸⁾를 볼 수 있다. 그러나 이 見解는 복잡한 과정을 거치는 환경오염피해배상사건의 因果關係의 立證에 있어서는 “一應 충분한 立證”이 적용될 수 있는 事例가 흔하지 않아 一應의 推定이 기능하는 경우를 찾아볼 수 없다는 등의 難點이 있다.³⁹⁾

33) 藤原弘道, “一應의 推定と證明責任의 轉換”, 『講座民事訴訟5 證據』, 弘文堂, 1983, 141面 ; Pröls, Beweiserleichterungen, 1966, S. 6ff.

34) 金榮一, “一應의 推定の 法理”, 『民事證據法(上)』, 裁判資料 第26輯, 法院行政處, 1985, 367面.

35) BGH VersR 55, 344 ; BGH NJW 7, 2337.

36) 吳容鎬, “公害訴訟의 因果關係에 대한 立證”, 『民事判例研究(VII)』, 經文社, 1985, 163-164面.

37) 다만 藤原弘道, 前掲論文, 146面에서는 兩者는 性格을 달리한다고 한다.

38) 大法判 1976. 7. 27, 76 다 570 ; 同 1977. 6. 7, 77 다 294.

39) 潮海一雄, “公害訴訟における損害論(I)”, 『判例タイムズ』 311號, 176面.

5. 危險領域說

危險領域說이라 함은 한편에 있어서 原告(피해자)가 證明缺乏에 처해 있는데, 다른 한편에 있는 被告(가해자)는 적어도 자기의 責任이 문제로 되는 관계에 있어서 事實關係를 容易하게 說明할 수 있는 立場에 있는 경우 立證責任의 分配에 관한 일반원칙은 修正되어 가해자가 要件事實의 反對事實에 관한 立證責任을 부담한다는 理論이다.

여기서 危險領域이라 함은 피해자에게 발생할 수 있는 손해에 관하여 가해자가 자유로이 처분할 수 있는 法的 事實的 手段을 가지고 일반적으로 지배하는 것이 가능한 事實的 生活領域을 말하며, 가해자의 지배하에 있는 공간적 대립적인 감호영역을 危險領域이라 한다. 이 理論의 실질적인 根據로는 책임에 관한 규범은 損害의 발생을 豫防하는 目的을 가지고 있는 것인 바, 이러한 目的은 가해자로 하여금 危險領域의 事象을 證明하여 責任을 면하게 함으로써 달성될 수 있다는데 두고 있다.

이 說에 관하여 우리나라에서도 獨逸의 Prölss에 따라서 立證責任分配에 관한 法的 欠缺을 補充하는 原理로서 적용이 가능하다는 입장에 積極的 價權侵害에 관하여는 履行不能에 관한 規定(민법 390조 단서)이 형식적으로 準用되나 구체적인 내용은 危險領域理論을 바탕으로 하여 결정되며 나아가서 醫療過誤, 製造物責任, 公害訴訟에 있어서도 그대로 적용할 것을 주장하는 見解⁴⁰⁾와 실정법에 반하는 立證責任의 分配는 法的 安定性을 해칠 우려가 있다고 하여 危險領域理論의 採用에 신중론을 펴는 見解⁴¹⁾가 대립되고 있다.

한편 日本에서는 危險領域說을 公害訴訟에 도입함으로써 原因事實이 가해기업의 危險領域내에 있는 경우에는 因果關係를 인정한다는 가능성을 제시하고 있다.⁴²⁾ 이 說에 대하여는 獨逸에서도 아직 危險領域 限界의 設定이 곤란하므로 그 證明窮乏의 경우에는 일반불법행위에 있어서의 表見證明과 證明妨害의 경우 立證責任의 轉換理論에 의하여 救濟되어야 한다는 有力한 學說⁴³⁾도 주장되고 있는 실정이므로, 이를 環境汚染被害에 대한 損害賠償請求에 도입함에 있어서서는 그 實効性의 有無 및 현재의 民訴法 理論과의 충돌여부에 관한 慎重한 檢討가 있어야 할 것으로 본다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 그러나 危險領域理論은 法的 欠缺의 상태에 있어서 立證責任分配의 理念인 秩序와 公平의 原理와 利益衡量을 통하여 얻어진 法理이며, 環境汚染被害賠償請求에 있어서 가장 적합한 理論이라 생각된다.⁴⁵⁾

40) 康鳳洙, "立證責任分配에 있어서의 危險領域理論", 「民事裁判의 諸問題」, 法院行政處, 1979, 313面.

41) 吳錫洛, 「立證責任論」, 日新社, 1992, 80面.

42) 潮海一雄, "前掲論文", 29面.

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

44) 洪天龍, "環境汚染被害의 救濟", 「環境法研究」第14卷, 1992, 36面.

45) 同旨 : 全昌祚, 前掲論文, 120面.

IV. 判例의 動向

우리나라의 環境汚染被害의 因果關係에 관한 大法院判例는 많은 변천을 보여오고 있으나 蓋然性理論을 中心으로 발전하고 있다고 할 수 있다. 우리 大法院은 최초의 環境汚染에 관한 判例라고 할 수 있는 東光化學事件⁴⁶⁾에서는 蓋然性理論의 적용을 否認하였으나, 1974년에는 蓋然性理論에 대하여 肯定的인 反應을 보였고,⁴⁷⁾ 그 후 이 理論에 의한 判決을 계속해 오다가,⁴⁸⁾ 1984년 義昌郡 대 鎭海化學事件⁴⁹⁾에서 蓋然性理論의 承認을 再確認함과 동시에 蓋然性理論의 핵심이 되는 蓋然性程度의 立證에 관한 명백한 基準을 제시해 줌으로써 우리나라의 독특한 蓋然性理論을 확립 정착화하는 기틀을 마련해 주었다.⁵⁰⁾ 그리고 최근의 大法院 1991. 7. 23. 89 다카 1275 判決은 蓋然性理論의 확고한 정착을 가져온 것이라 할 수 있다. 여기에서는 대표적인 判例 몇가지만을 살펴보고자 한다.

1. 蓋然性理論의 登場(朴二俊 對 韓國電力事件)

이 사건은 慶南 蔚山市에서 과수원을 경영하던 원고가 그의 과수원에서 남서쪽으로 200m 떨어진 곳에 있던 蔚山火力發電所의 굴뚝에서 나오는 아황산가스 때문에 과수원의 수확을 거둘 수 없게 되었음을 이유로 損害賠償을 청구한 事件이다. 第1審, 第2審 모두 環境汚染被害賠償事件에 있어서의 因果關係 立證에 관하여는 蓋然性理論에 입각하여 原告勝訴의 判決을 내렸다.⁵¹⁾ 이에 대하여 大法院은 “公害로 인한 不法行爲에 있어서의 因果關係에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 蓋然성이 있으면 그로써 족하고, 加害者는 이에 대한 反證을 한 경우에만 因果關係를 否定할 수 있다는 蓋然性理論을 수긍 못할 바 아니다”라고 判示⁵²⁾하여 大法院이 이 判決에서 처음으로 蓋然性理論을 받아들이고 있다. 大法院은 상당한 정도의 蓋然性만 존재하면 족하다고 함으로써 被害者의 立證範圍를 緩和 내지 輕減하고 있으며 가해자의 反證의 範圍를 확대하고 있지만 원칙적으로 因果關係에 관한 立證은 피해자인 原告가 負擔한다는 立證責任分配의 一般原則을 維持하고 있다.⁵³⁾ “그러나 이는 구체적 사건에서 어떤 證據에 의하여 어떤 事實을 認定한다는 조치가 타당한지의 여부에 문제의 焦點이 있다고 할 것이므로

46) 大法院 1973. 11. 27. 73 다 199.

47) 大法院 1974. 12. 10. 72 다 1774.

48) 大法院 1977. 12. 15. 74 나 1676 ; 同 1978. 12. 26. 77 다 2228 등.

49) 大法院 1984. 6. 12. 81 다 558.

50) 具然昌, “公害訴訟에 있어서의 因果關係와 蓋然性程度의 立證”, 大韓辯護士協會, 1984. 10. 56면
以下 參照.

51) 서울地法判 1971. 6. 28. 70 가 9974 및 서울高法判 1972. 9. 6. 71 나 1620.

韓三寅, 「公害의 私法的 救濟에 관한 研究」 건국대대학원 法學碩士學位論文, 1979. 101-104면 參照.

52) 代法判 1974. 12. 10. 72다1774; 大法院判決集, 第22卷 第3輯, 民事編, 107-108면.

53) 申殷周, “公害訴訟에 있어서 因果關係立證에 관한 判例研究”, 「判例月報」, 1992. 3. 17면.

로 蓋然性理論 그것이 논의의 대상이 될 수 없는 바이다"라고 判示함으로써, 蓋然性理論을 인정하면서도 별다른 취급을 할 것은 아니라는 취지를 표시하고 있다. 아무튼, 大法院이 이 사건 판결에서 "蓋然性理論"이라는 말을 최초로 사용하였음은 매우 주목할 만하다. 불과 약 1년전 東光化學事件⁵⁴⁾에서 蓋然性理論을 인정한 原審判決을 破棄·還送하면서까지 蓋然性理論을 否認하였던 大法院이 因果關係의 立證에 있어서 조심스럽게 蓋然性理論을 받아들인 최초의 것으로서 그 意義가 있다고 하겠다.⁵⁵⁾ 이로써 環境汚染訴訟에 있어서는 自然科學的인 엄격한 因果關係를 立證하지 않더라도 당해 행위가 없었더라면 그 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 蓋然性만 立證하면 된다는 것이 判例에 의하여 확립됨으로써 立證責任의 문제에 있어서 밝은 展望을 보이고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 이에 대하여는 반대의견이 있다. 즉 이 사건에서 蓋然性理論을 긍정적으로 받아들였지만, 이 사건에서 原告의 因果關係의 立證은 蓋然性程度를 초월한 一般不法行爲事件에서와 다른 것이었다. 따라서 大法院이 蓋然性理論을 受容하였다는 점에서 이 判決은 意義가 있지만, 蓋然性程度의 立證에 관하여는 아무런 구체적 基準을 제시하지 못하고 있으므로, 蓋然性理論의 獨立性을 부인한 취지의 判決이라고 한다.⁵⁷⁾ 이 점은 그 이후의 몇개의 大法院判決에서도 마찬가지였다.

全南 光陽灣一帶에 白蛤養殖場을 설치·운영해 온 崔炳錫外 11人은 湖南精油工場에서 배출되는 廢水·廢棄物 등으로 海水가 오염되어 위 白蛤養殖場이 廢場化되었음을 이유로 損害賠償請求의 訴를 제기하였다. 第1審은 原告勝訴의 판결을 하였고,⁵⁸⁾ 第2審은 環境汚染事件에 있어서의 因果關係의 立證에 관하여 蓋然性理論을 받아들이면서, "因果關係의 立證으로서 원고들이 아래 사실을 입증함으로써 그 因果關係의 證明은 충분한 것이 된다"고 하면서 열거한 것은 "① 피고로부터 汚染物質이 生成·排出되는 사실, ② 排出汚染物質이 海水에 擴散되어 원고들의 재산에 到達할 가능성이 있는 事實, ③ 배출오염물질이 被害를 주는 性質을 가지고 있으며, 피해를 발생시킬 수 있는 分量이 되는 事實, ④ 결과적으로 被害가 초래된 事實"의 네 가지였다.⁵⁹⁾ 그러나 위와 같이 네가지 事實을 原告로 하여금 立證케 한다는 것은 一般不法行爲事件에서의 입증과 다름이 없게 된다. 위 사건에서 大法院은 因果關係의 존재에 관하여는 그대로 받아들였는데,⁶⁰⁾ 결국 蓋然性理論을 전제하면서도 原告의 立證責任에 하등의 輕減을 가져다 주지 못한 것이었으므로 큰 意義를 지니지 못한다고 하겠다.⁶¹⁾

54) 大法判 1973. 11. 27. 73 다 919.

55) 李尚圭, 「環境(公害)判例의 研究」, 三英社, 1993, 74面.

56) 權龍雨, "前掲論文", 226面.

57) 具然昌, "公害賠償責任에 있어서 몇가지 問題點", 「現代經濟法學的 課題」, 文仁龜博士華甲紀念, 1986, 748-749面.

58) 서울地法判 1975. 2. 7. 72 가합 1979. 73 가합 1007.

59) 서울高法判 1976. 11. 4. 75 아 475. 476.

60) 大法判 1977. 4. 12. 16 다 2707. 2708.

61) 이 사건에 관하여 大法院은 原審判決을 破棄·還送하였는데 그 이유는 損害額 算定에 잘못이 있었기 때문이었다. 曹潤, "公害事件의 辯論에 관한 考察", 裁判資料(第2輯), 104面은 이 사건을 新蓋然性理論의 경향을 띄는 것으로 보고 있다.

2. 蓋然性理論의 定着(義昌郡 對 鎭海化學事件)

이 사건은 鎭海化學(株)의 肥料工場으로 부터 배출된 시안, 페놀, 불소, 납 등 물질이 潮流를 따라 원고의 金養殖場에 도달하여 金細胞의 光合性能을 저하시킴으로써 金細胞를 生長阻止·致死시켜 곧 피해를 입혔음을 이유로 損害賠償을 청구한 사건이다.

이 사건은 처음 提訴된 이후 10년에 걸쳐 因果關係를 주된 論點으로 하여 치열한 法庭論爭을 벌인 것으로 특히 주목 된다. 처음 第1審인 釜山地法 馬山支院은 原·被告 각각의 一部敗訴判決을 하였는데,⁶²⁾ 第2審인 大邱高法은 因果關係의 立證이 없다는 이유로 원고패소 판결을 하였고,⁶³⁾ 大法院은 또다시 이를 破棄·還送하였다,⁶⁴⁾ 그러나 還送받은 大邱高法은 종전대로 原告敗訴判決을 하였는데⁶⁵⁾ 大法院은 또다시 이를 破棄還送한 것이다.⁶⁶⁾

1984년 大法院은 蓋然性理論의 타당성을 인정하면서 다음과 같이 判示하였다.⁶⁷⁾

가. 一般的으로 不法行爲로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생간의 因果關係의 立證責任은 請求者인 被害者가 부담하나, 水質汚染으로 인한 이 사건과 같은 公害로 인한 損害賠償請求訴訟에 있어서는 기업이 배출한 原因物質이 물을 媒體로 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고, 公害問題에 관하여는 현재의 과학수준으로 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해발생간의 因果關係의 고리를 모두 자연과학적으로 證明하는 것은 極難 내지 不可能한 경우가 대부분이므로 피해자에게 事實의 因果關係의 존재에 관한 엄밀한 과학적 증명을 요구함은 公害의 私法的 救濟의 事實상 拒否가 될 우려가 있는 반면에 加害企業은 기술적·경제적으로 被害者보다 原因調査가 훨씬 용이할 뿐 아니라, 그 原因을 은폐할 念慮가 있어 가해기업이 배출한 어떤 유해한 原因物質이 被害物件에 到達하여 손해가 발생하였다면 가해자가 그 無害함을 立證하지 못하는 한 立證을 면할 수 없다고 봄이 社會衡平의 觀念에 적합하다.

나. 水質汚染으로 인한 公害訴訟인 이 事件에서 ①被害工場에서 金의 생육에 惡影響을 줄 수 있는 廢水가 排出되고, ②그 廢水中 一部가 海流를 통하여 이 사건 金양식장에 到達하였으며, ③그 후 金에 被害가 있었다는 事實이 각 모순없이 證明된 이상 被告工場의 廢水排出과 양식김의 被害가 ④被害工場廢水 중에는 金의 생육에 惡影響을 끼칠 수 있는 原因物質이 들어 있다 하더라도 그 海水混合率이 安全濃度範圍내에 속한다는 사실을 反證을 들어 因果關係를 否定하지 못하는 한 그 不利益은 被告에게 돌려야 마땅할 것이다.”고 判示하였다.

가령 加害企業이 배출한 原因物質이 無害하다는 것을 가해자측에서 立證하지 못하는 한 責任을 면할 수 없다고 함으로써 실질적으로 被告에게 원인관계에 관한 立證責任을 부담시킬 정도로

62) 釜山地法 馬山支判 1976. 8. 30, 74 가합 16.

63) 大邱高法判 1978. 6. 30, 76 나 937.

64) 大法判 1979. 1. 23, 78 다 1653; 韓三寅, 前掲法學碩士學位論文, 110-111面 參照.

65) 大邱高法判 1981. 1. 29, 79 나 249.

66) 大法判 1984. 6. 12, 81 다 558.

67) 法院公報 734號, 1263.

立證責任의 低下를 꾀하고 있다. 이러한 判例의 입장은 社會衡平의 觀念과 양당사자의 적절한 利害關係調節을 위해서도 타당하리라 여겨진다.

그런데, 위의 判示事項에 관하여는 이것이 間接反證이라는 概念을 環境訴訟에 導入함으로써 가해자의 立證責任을 加重시키고 다른 한편으로는 피해자의 立證負擔을 緩和시키고 있으므로 新蓋然性說에 입각하고 있다는 見解⁶⁸⁾가 있다. 즉 同判決은 原告인 被害者가 가해기업이 어떠한 原因物質을 배출하고, 그것이 被害物件에 到達하여 손해가 발생하였다는 것을 立證하면 가해자 측에서 그것이 無害하다는 것을 立證하지 못하는 한 損害賠償責任을 면할 수 없다고 하므로써 原告는 汚染物質의 排出, 오염물질의 被害者에의 到達 및 被害發生 만을 立證하면 족한것으로 된다. 반면에 加害者는 原告의 請求를 否認하기 위하여 그가 적극적으로 無害하다는 反證을 하지 못하는 한 因果關係의 존재가 인정됨으로써 原告의 立證負擔을 緩和하고 있으므로 新蓋然性理論을 따르는 것이라고 한다.

지금까지 우리나라의 環境汚染判例가 蓋然性理論에 대하여 긍정적이면서도 그 理論承認의 實効性을 거둘 수 없었다. 그런데 이 判決에서는 蓋然性理論의 취지를 再確認함과 함께 이른바 蓋然性 立證의 정도에 관하여 명확한 基準을 제시해 줌으로써 蓋然性理論을 우리 判例法上 確立, 定着化 시켰다는 점에서 그 意義가 매우 크다.⁶⁹⁾

위 大法院判決에서 정립시킨 蓋然性 程度의 立證은 新蓋然性說의 그것과는 差異가 있다. 즉 新蓋然性說에서는 因果關係에 관한 主要事實을 세 가지로 區別하고 이 중 어느 것이든 두가지만 立證하면 되는 것으로 하는데 반하여, 大法院은 ① 汚染物質의 排出, ② 到達經路, ③ 被害의 發生事實의 세 가지를 原告가 각 모순없이 立證할 것을 요구하고 있다. 따라서 우리 大法院은 新蓋然性說과는 또 다른 하나의 蓋然性程度의 立證에 관한 原則을 마련한 것이다. 다만 이 原則은 新蓋然性說에서 原告에게 요구하는 蓋然性理論의 입증은 硬直化되어 있다는 評價를 받게됨을 否認할 수 없다.

그러나 우리 大法院判例는 세번째의 主要事實로서 단지 被害의 發生事實만을 立證하면 족한 것으로 할 뿐, 被害發生의 메카니즘 내지 被害發生을 가능케 할 정도의 汚染物質의 존재를 立證할 것을 요구하지 않고 있다. 訴訟에서 이것이 그대로 적용된다면 사실상 新蓋然性說이 채택한 것과 다름없을 정도로 被害者의 立證責任을 緩和시켜 주는 결과를 가져다 줄 것이다. 被害事實의 立證은 被害에카니즘 및 피해발생가능한 物質分量의 존재를 立證하는 것보다 被害者의 立證負擔을 현저하게 緩和시켜 주기 때문이다. 만약 訴訟實務에서 이 세번째의 主要事實인 '被害發生의 事實'에 관한 立證을 종전에 해왔듯이 피해발생의 메카니즘 및 被害發生可能性의 立證까지를 요구한다면 本判例의 意義는 消滅되고 말 것이다.

68) 李銀榮, 「債權各論」, 博英社, 1993, 723面 ; 金曾漢, 「註釋債權各論(IV)」, 韓國司法行政學會, 1986, 99面 ; 金相容, 「環境訴訟에 있어서 因果關係立證責任의 分擔」, 「判例月報」, 1991. 12, 11面 ; 曹潤, 前掲論文, 104面 ; 특히 申殷周, 前掲論文, 19面은 大法判 1991. 7. 23, 89 다카 1275 判決도 間接反證에 입각한 新蓋然性說로 보고 있다.

69) 具然昌, 「前掲論文」, 56-60面.

3. 最近의 判例(신영범 對 나전모방사건)

이 事件은 原告 신영범이 서울과 議政府市 사이의 國道에서 동쪽으로 약 1Km 떨어진 水落山 동남쪽 기슭인 議政府市 장암동 산 102의 林野 8900여평에 1961년경 道蜂農場을 설치·경영하여 주목, 반송, 백송, 향나무, 목향, 목련 등 高級觀賞樹를 재배해 왔다. 한편, 被告는 1969년 10월경 부터 위 도봉농장과 서북쪽으로 접한 같은 동 135번지 지상에 毛織類를 製造하는 工場을 설치하여 가동해 왔는 바, 그 燃料로 방카 C유를 사용함으로써 그 燃燒過程에서 생성된 有害物質인 아황산가스 및 낙진을 굴뚝을 통하여 大氣중에 排出시켜 왔다. 그런데 1981년 3월경을 前後하여 原告 농장의 주목, 향나무, 반송, 백송 등 일부 觀賞樹들이 갓솜조직과 표피세포의 原形質分離로 누렇게 변색되어 잎이 떨어지고 나아가 樹木 자체까지 枯死하였다. 특히 被告 工場의 굴뚝에서 동남쪽으로 약 200m 떨어진 곳 부근의 관상수들에서 그 현상이 심하게 나타났다.

原告는 위 관상수의 枯死는 被告工場의 굴뚝으로부터 排出된 아황산가스 및 낙진에서 연유한 것임을 이유로 被告를 상대로 損害賠償請求의 訴를 제기하기에 이르렀다.

第1審인 서울民事地法은 原告 敗訴의 判決을 하였고, 原告는 이에 不服抗訴하였다. 第2審인 서울高法은 被告工場의 굴뚝으로부터 아황산가스 및 낙진이 배출되어 온 사실 및 동 工場굴뚝에서 동남쪽으로 약 200m 떨어진 곳 부근의 觀賞樹들에게서 위와 같은 被害現像이 심하게 나타났던 사실을 각 인정할 수 있다고 說示한 다음, 본 건 관상수가 枯死한 주된 原因은 被告工場에서 배출된 아황산가스나 검댕이에 인한 것 보다는 被告가 주장한 바와 같이 1980년 말에서 1981년 초에 밀어닥친 극심한 寒波에 의한 凍害로 인한 것이라는 취지로 단정하여 原告의 본 건 損害賠償請求를 棄却하였다. 原告는 다시 이에 不服·上告하였는바, 大法院은 原審判決을 破棄하여 서울高法으로 이를 還送하였다.

본 判決은 이렇게 大法院으로 부터 破棄還送된 事件에 대하여 還送後 3년만에 原審法院인 서울高法에 의해 行해졌고,⁷⁰⁾ 이에 不服 大法院에 또다시 上告된 事件이다.

이에 대해 大法院은 “原審이 原告農場의 관상수들이 枯死하게 된 직접원인은 寒波로 인한 凍害이고 被告工場에서 배출된 아황산가스로 인한 것은 아니지만, 被告工場에서 樹木의 생육에 惡影響을 줄 수 있는 아황산가스가 배출되고 그 아황산가스의 일부가 大氣를 통하여 이 사건 原告의 農場에 到達되었으며 그로 인하여 유황이 잎 내에 축적되어 樹木의 成長에 장애가 됨으로써 寒波로 인한 凍害에 相助作用을 하였다는 사실인정을 하고 그러한 事實關係에 터잡아 被告工場에서 배출한 위 아황산가스와 原告工場의 관상수들의 동해와 사이에 因果關係를 인정한 조치는 위 실시와 같은 公害訴訟에 있어서의 因果關係에 관한 蓋然性理論에 입각하여 볼 때 정당하고 거기에 論旨가 지적하는 바와 같은 採證法則 違背 및 審理未盡으로 인한 事實誤認이나 因果關係에 法理를 오해한 違法 또는 釋明權 불행사의 違法이 없다”고 判示한데 대해 理由 없다고 하였다.

70) 서울高法判 1988.1.9. 85 나 4088.

예컨대, 加害企業이 배출한 原因物質이 無害하다는 것을 加害者側에서 立證하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 함으로써 실질적으로 被告에게 因果關係에 관한 立證責任을 부담시키는 정도로 立證責任의 저하를 꾀하고 있는데, 이러한 判示는 社會衡平의 觀念과 양당사자의 適切한 利害關係調節을 위해서도 妥當하다고 생각된다. 그런데 이 判決 역시 蓋然性理論을 인용하여 因果關係 存在에 대한 立證의 程度를 緩和하고 있는 것은 타당하다고 하겠으나 다른 한편 어느 정도의 立證이 있으면 蓋然性的의 立證이 있다고 볼 수 있을 것인지에 대한 言及이 없는 것은 문제이다.

V. 結 論

이상에서 環境汚染被害로 인한 損害賠償請求에 있어서 문제가 되는 因果關係에 대하여 그 立證에 대한 法理들을 學說과 判例를 중심으로 概括적으로 檢討하여 보았다. 생각컨대, 입증책임의 일반원칙에 따라 因果關係의 立證을 피해자에게 전적으로 부담시키는 것은 環境汚染被害賠償訴訟의 特質로 말미암아 經濟的 弱者인 被害者에게 있어서는 무거운 負擔이 아닐 수 없으며, 이는 環境汚染被害의 私法的 救濟에 커다란 障礙가 되고 있다. 그리하여 環境汚染被害賠償訴訟에 있어서 因果關係의 立證責任을 緩和 내지 輕減시켜야 한다는 論議가 일기 시작하여 이른바 蓋然性理論 등 많은 새로운 理論이 주창되기에 이르렀다.

한편 이에 관한 大法院判例도 韓國電力事件 이래 蓋然性理論을 인용하여 因果關係에 대한 立證의 程度를 緩和하고 있음은 앞에서 살펴본 바와 같으나, 다른 한편 어느 程度의 立證이 있어야 蓋然性 程度의 立證이 있다고 할 것인지에 관한 具體的인 基準을 定立하고 있지 못하여 여전히 相當因果關係說에 입각하고 있다는 批判을 면치 못하고 있다. 즉 因果關係의 立證에 있어서 大法院이 環境汚染으로 인한 不法行爲의 因果關係를 蓋然性的의 立證으로 緩和한 것은 不法行爲論에 있어서 相當한 의미가 있다. 그러나 蓋然性理論이 大法院의 見解로 定着되었다 하더라도 이 理論이 지니고 있는 弱點 때문에 그것이 被害者救濟에 얼마나 實効性있게 작용할 것인지는 의문이다. 그 이유는 蓋然性程度의 立證與否의 決定은 法官의 自由心證의 範圍에 속하는 문제이기 때문에 蓋然性程度의 立證이 있다고 인정할 수 있음에도 불구하고 當該法官이 그 立證을 요구하면 결국 私法的 救濟에서 除外시키거나 被害者에게 和解를 강요하는 結果가 될 우려가 있다. 따라서 蓋然性程度의 立證은 客觀的 基準에 의하여 명확화 할 것이 요구된다. 물론 이러한 基準을 명확화 하기 위하여는 많은 判例가 集積되고 이러한 判例를 통하여 間接反證論이나 疫學을 통하여 要件事實을 類型化하는 것도 하나의 수단이 될 수 있겠다. 더 나아가 因果關係의 立證의 關連성을 立法的으로 해결하는 것이 가장 타당하리라 생각한다. 가령 交通事件事件에 있어서 自動車損害賠償保障法 제3조에 의하여 加害者(運轉者)에게 立證責任을 轉換시키고 있는 것과 같은 規定을 環境汚染被害事件에 있어서도 立法化시키는 것이 바람직하다.