

일본의 환경 책임에 대해서

츠지 유우이치로

목 차

들어가며

I. 환경법의 태도 :

Common Law 접근법과 Civil Law 접근법

1. 신들의 투쟁
2. 일본의 환경법은 어떻게 발전되어 왔는가 :
다른 나라와 비교해서
3. EU지침의 개요

II. 환경민법의 학설의 전개

1. 위법성은 무엇인가? :
쿠모에몬판결(雲右衛門)부터 대학탕(大學湯)판결
2. 와가쓰마의 상관관계론을 극복하기 위해서 :
상관관계와 수인한도론의 관계
3. 불법행위의 손해배상의 원칙

III. 환경민법에 관한 판례의 전개

1. 전전~전후부흥기 (1950년대 중반까지)
2. 고도성장기(1950년대 후반~70년대 전반기)
3. 1970년대중반~80년대

IV. 4대 공해병

1. 이따이이따이병 사건
2. 신이따이이따이병 사건
3. 사일시 사건

V. 환경책임에 관한 최근의 일본에서의 논의

1. 일본에서 환경책임법이 준비되지 않은 이유
(개별법에 따른 대응)
2. 법률의 제정과정과 환경책임의 논의 :
장래세대라는 시점

3. 일본에서 환경책임법을 규정할 필요가 있는가?

VI. 국가배상청구소송과 주민소송

1. 공권력의 위법한 행사
2. 영조물의 설치·관리의 하자
3. 주민소송
4. 환경책임법과 환경행정소송의 제기 과제

VI. 보상제도

마지막으로

들어가며

이번 심포지엄에서는 한국, 독일, 일본의 환경책임제도에 대해서 논의하였다. 본고에서는 「일본의 환경책임의 태도」를 논의한다.¹⁾ 환경책임의 논의는 환경손해의 논의의 반대이다. 환경손해는 환경사익에 부하를 주는 경우와 환경 그 자체(환경공익)의 두 가지로 분류된다.²⁾ 유럽의 「환경손해의 미연방지와 회복에 대한 환경책임에 관한 2004년 4월 21일 EU 지침 35호」는 일본에서도 크게 의미를 지니고 있다. 프랑스에서는 환경책임법이 논의되고 있다. 본법은 오염자부담원칙에 입각하여 오염의 방지와 원상회복을 오염자가 부담한다. 또 독일에서도 1990년에 「환경책임에 관한 법률」이 공포되고 91년에 시행되었다. 독일에 관한 논의는 이글 교수님의 논고에 넘긴다.

1) 본고는 2010년 9월에 강원대학에서 국제심포지엄으로 논의를 감안하고, 「환경법과 정책」(강원대학편찬)의 게재용으로 집필한 것이다. 이 기회에 도움 받은 이유봉 교수와 한만주 소장님, 정광수 원장님께 감사드린다. 또 통역인 유진식 교수에게 감사드린다.

2) 환경손해라 함은 환경영향에 기인한 손해일반(광의의 환경손해), 환경영향기인의 손해 가운데 인격적 이익이나 재산적 이익에 관한 손해이외의 것(협의의 환경손해)이다. 松村弓彦 「독일환경손해(책임)법안과 환경손해(1)」 계간환경연구 139호(2005) 154면.

유럽과 비교한다면 일본에서는 환경책임에 관한 포괄적인 법률이 존재하고 있지 않다. 왜 환경책임에 관한 법률이 일본에서는 제정되어 있지 않은가? 다양한 답변을 생각할 수 있지만, 본고에서는 다음과 같이 논의를 진행한다.

최초에 기본적인 입장을 판단의 근거로 삼은 다음 일본의 환경민법의 학설의 전개를 검토한다. 그 후 공해를 둘러싼 판례의 전개와 판례의 한계를 보고자 한다. 사대공해병이 판례에 의하여 어떠한 해결을 제공되어 지는가를 판단의 근거로 삼은 다음 환경책임법에 관한 최근의 일본의 논의를 제공한다. 그 후 환경행정법에 관한 기본적 이론을 개관함으로써 환경책임법을 둘러싼 환경행정소송을 제기하는 문제를 검토하고 마무리한다.

I. 환경법의 태도 : Common Law 접근법과 Civil Law 접근법

1. 신들의 투쟁

인간은 다양한 가치관을 가지고 있다. 각자의 가치관을 철저하게 추구하게 되면 인간들에게는 신들의 투쟁(살인을 포함한)이 발생한다.³⁾ 여러 가지 가치관을 가진 사람들이 협동생활을 행하기 위한 무대, 이것을 헌법이 설정한다. 따라서 자신의 사익(스스로의 마음속으로 어떻게 인생을 추급할 것인가 라고 하는 이익)은 우선 옆에 두어두고, 일정한 사익을 양보해서, 협동생활을 경영하기 위해 어떠한 물이 필요한 것일까를 의논하게 된다.

첫째 각자의 가치관은 의회에서 조정되고, 타협된 것이라 하겠다. 의회는 일반적·추상적인 법규범을 법률의 문언의 형태로 설정한다. 이것을 대륙법(제정법)적 접근(Civil Law approach)이라고 한다.

3) 長谷部恭男 「헌법이라 함은 무엇인가」(암파신서 2006년).

둘째 법원의 역할이 기대된다. 법원은 애매한 법의 문언을 해석에 의해 보충하는 역할이 기대된다. 법원은 의회에서의 언쟁에서 저버린 사람들을 구하기 위해 존재한다. 미나마타병처럼 환경오염에 관련된 사건에서는 의회에서 구제를 받기 어렵다. 무엇이 반드시 지켜져야 하는가 라고 하는 기준도 애매하다. 여기에 법원에서의 구제가 기대된다. 이것을 영미법(판례법)적 접근(Common Law approach)이라고 한다.

2. 일본의 환경법은 어떻게 발전되어 왔는가 : 다른 나라와 비교해서

일본의 환경법은 이 대륙법(제정법)적 접근과 영미법(판례법)적 접근을 구분하여 사용하면서 환경책임 본연의 자세를 모색해왔다.⁴⁾ 일본 헌법에는 제25조에 생존권이 규정되어 있다.⁵⁾ 이 권리는 통상, 추상적 권리로 이해되어, 법률에 의하여 재판규범성을 지닌 것으로 인정된다. 이것은 일반적인 목표를 선언한 것에 지나지 않는 규정이라고 하는 견해도 있다.⁶⁾

환경권을 구체화하는 환경기본법⁷⁾은 공해대책기본법⁸⁾을 개정하여 설정되어있다. 그러나 지방자치체와 중앙정부의 의무를 규정함에 있어 환경권이라는 특정의 권리를 보장하고 있지 않다.⁹⁾

환경책임법은 환경일반에 부하를 주는 사업자라고하는 시점으로부터 책임을 검토하는 것이어서 일본의 환경기본법이 지자체의 의무를 검토하

4) 일본에서의 환경책임의 태도에 대하여는 大塚直 「환경손해에 대한 책임」大塚直=北村喜宜편 「환경법학의 도전」(淡路剛久 교수·阿部泰隆 교수회갑기념)(일본평론사 2007년) 77면. 梅村悠 「자연자원손해에 대한 기업의 환경책임(1)(2·완)」상지대학법학논집 47권 2호 (2003) 19면.

5) 일본헌법 25조 「1 모든 국민은 건강하게 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다. 2 국가는 모든 생활부분에 대하여 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력하지 않으면 안된다.」

6) 아사히소송 대법원 판례 소화 42년 5월 24일. 芦部信善(高橋和之보정) 「헌법 제4판」(암과서점 2007년) 252-257면.

7) 환경기본법(법률 제91호 최종개정 : 평성 20년 6월 18일 법률 제83호).

8) 공해대책기본법(법률 제132호 폐지 평성 5년 11월 19일 법률 제92호).

9) 환경기본법 제6·7조

는 점에서 크게 다르다.

다른 나라의 예를 들어 보면 가령 태국의 헌법은 일본과 비교하면 매우 선진적인 헌법이라고 말할 수 있다. 이 태국의 헌법을 소재로 일본의 환경권을 논의하기로 한다. 태국 헌법의 Sec.57조¹⁰⁾에서는 환경권은 인권의 하나로서 규정되어 있고 일본처럼 정책적으로 해석되어질 여지를 가지고 있지 않다. 게다가 정보수령권, 의견표명권이 포함되어 있기 때문에 공청회를 개최할 의무가 있다. 이점에서, 이해관계인 뿐만 아니라 과학자 등의 전문가의 참가도 인정되어 있는 것이 흥미롭다.

또한, Sec.66¹¹⁾은, Sec.57과 유사한 인권규정을 가지고 있다. Sec.66은 개인의 권리는 아니고, 공동체의 권리가 명문화 되어 있다. Sec.67에서는 공동체의 붕괴가 있으면 그것을 금지해야만 한다고 이해되어진다. 공동체는 국가에 대한 행정소송으로서 헌법을 직접적용 할 수 있다.

일본의 환경권은 두 개로 나뉘어져 있다. 하나는 환경공익이라 불리고 넓게는 일반에게 공유되어지는 사익으로 여겨진다. 또 다른 하나가 환경사익으로 불리고, 개인이 향유하는 권리로 여겨진다. 대개 태국헌법에서는 환경공익(넓게는 일반에 공유되어지는 이익)을 명문화 하여 보장하고 있다. 모든 공동체에 속하는 개인은 자신들의 문화를 보전하는 권리를 가지고 있다. 집합체로서의 개인의 권리의 반영으로서 공동체의 이익이 인정되어진다. 태국에서는 헌법의 요청을 충족할 수 없는 환경상태가 있다고 주장되어 구법에서 인정되었던 신규인가사업의 취소소송이 빈번히 일어나고 있다.

10) 57조 사람은 환경, 건강과 위생 상태, 그 또는 지역사회에 대한 어떤 다른 중요한 이해관계의 질에 영향을 미칠 수 있는 사업 또는 활동의 운영을 승인 받기 전 정부기관이나 주기관, 국영기업 또는 지방정부조직으로부터 정보, 설명과 타당한 이유를 받을 권리를 가진다. 그리고 이러한 문제들로 그들의 고려사항을 위해 관계기관에 그의 의견들을 표현할 권리를 가진다.

11) 66조 한 사회, 지역 사회 또는 전통적인지역사회에 관하여 모인 사람들은 그들의 관습, 지역적 지혜, 예술 또는 그들 사회와 국가의 좋은 문화를 보존하거나 복구하는 권리를 가진다. 그리고 균형적이고 지속적인 방식으로 환경과 생물 다양성을 관리, 유지 및 자원의 개발에 참여할 권리를 가진다.

다른 한편 일본에서는 사법권의 규정¹²⁾이 존재하지만, 사법권은 구체적 사건의 법을 해석·적용해서 해결하는 법 작용¹³⁾이라고 이해된다. 사법권은 구체적 분쟁에 있어 대립하는 당사자 간의 사익 다툼을 조정하는 기관이다. 일본의 법원에서는, 환경사익만을 심리의 대상으로 두고 환경 공익에 대해서는 원고 적격이 부정되어 지는 경우가 많다. 또한, 가령 원고 적격이 인정되어 졌다고 하더라도, 광범한 행정재량이 인정되는 경우가 많다.¹⁴⁾

3. EU지침의 개요

프랑스에서는 2005년 3월에 환경헌장이 공포되고 환경권이 선언되어 환경보전과 개선, 환경에 부하를 주는 행위의 금지, 손해회복이 규정되어 있다.¹⁵⁾ 프랑스법은 EU지침 「환경손해의 미연방지와 회복에 대한 환경 책임에 관한 지침」¹⁶⁾을 기초로 하고 있다.

EU지침은 2004년에 채택되었다. 채택국에서의 환경손해의 방지와 회복, 그리고 환경에 부하를 주는 자에 대한 책임을 규정하고 있다.

환경법의 대원칙인 오염자 부담원칙(PPP)이 EC가맹국에서 확립되었다. 그러나 유럽에서는 종래의 민법, 행정법의 구조에서는 환경부하행위의 방지, 손해회복에 대한 구제가 충분하다고는 말할 수 없었다. 본지침은 오염자부담원칙을 관철하고 환경기준위반을 방지해 지역내의 정책목표를 달성하는 것을 목적으로 한다.¹⁷⁾

12) 제6장 사법 제76조 「일반적으로 사법권은 대법원 및 법률의 정하는 바에 의하여 설치되는 하급법원에 속한다.」

13) 법원조직법 제3조 제1항 「법원은, 일본헌법에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고 일체의 법률상의 분쟁을 재판하고 기타 법률에 있어서 특별히 정한 권한을 가진다.」

14) 문수소송 最小三判 平成 4년 9월 22일.

15) 淡路剛久 「환경손해의 회복과 그 책임」 Jurist 1372호(2009) 72면.

16) 예방에 대한 환경 책임과 환경 손해를 구제하는 2004년 4월 21일 평의회 및 유럽의회의 유럽연합지침 2004/35/EC

본지침이 규정하는 환경손해는 다음과 같이 정의된다. 첫째로 커뮤니티(각지역)에서의 수환경에 대한 직접 혹은 간접적 침해.

둘째, 1979년과 유사한 커뮤니티에서의 자연생식지 및 종에 대한 직접 혹은 간접적 침해.

셋째, 인간의 건강에 대한 중대한 리스크를 야기하는 토양에 대한 직접 혹은 간접적 침해.

환경에 대한 부하를 발생케 하는 사업자는 손해회복의 의무를 지고 회복비용을 부담한다. 사업자는 환경에 대한 부하예방의무를 진다.

책임의 기본원리는 손해와 문제로 되는 환경부하행위 간의 인과관계의 입증 가능한 경우, 사업자의 활동으로부터 생기는 환경손해와 절박한 위협에 대해서 적용된다.

지침은 지침에 규정된 사업자의 활동과 그 외에 활동에 있어서 다른 두 개의 구조를 준비하고 있다. 지침의 제3부속서에 규정된 특정의 직업에 의한 활동에 의해서 야기된 현실 혹은 잠재적인 위협에 제일의 책임구조가 적용된다. 제일의 책임구조에서는 사업자의 과실을 불문하고 책임이 부과된다. 적용대상자는 농업이나 공업종사자이고 지침에 의해서 오염방지나 통제가 구하여진다. 적용대상으로 되는 활동은 물이나 대기의 중금속의 유출, 위해를 미치게 하는 화학물질을 발생하는 설비, 폐기물처리(매립 및 소각을 포함), 유전자조작을 바꿀 수 있는 작물 등, 그 활동에 면허가 필요한 사업이다.

두 번째의 책임구조는 제3부속서이외의 모든 직업에 종사하는 사업자에 적용된다. 커뮤니티의 입법에 의해 보호되는 종이나 자연환경에 대해서 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 손해발생이 절박한 경우도 대상으로 된다. 이 경우의 사업자는 고의 혹은 과실의 경우만 책임을 진다.

지침은 환경책임에 대해서 일정의 예외를 두고 있다. 책임구조는 무력분쟁, 자연재해, 구주원자력공동체 조약하에 있는 활동, 국가방위 등에 의

¹⁷⁾ http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/interaction_with_other_policies/128120_en.htm

해서 생기는 손해, 손해발생의 절박한 경우는 제외된다.

각각의 국가에 의해서 수권된 기관은 환경손해의 절박한 위험이 존재하는 경우, 사업자에 대해서 필요한 조치를 강구하도록 명령하거나 스스로 손해회복의 조치를 강구해 사업자에게 상환하도록 하는 것이 가능하다. 위험은 아니고 현실적으로 손해가 발생한 경우도 마찬가지이다. 복수의 환경손해가 발생한 경우는 기관이 구체되어야 할 우선순위를 결정한다. 기관이 예방 혹은 회복조치를 강구하는 경우, 기관은 사업자에게 그 비용을 상환시키는 비용을 평가한다.

II. 환경민법의 학설의 전개

대륙법(제정법)적인 접근과 영미법(판례법)적인 접근은, 단독으로 성립할 수 있는 것은 아니고 양자는 상호 보완한다. 이상적으로 결합없는 법률은 존재하지 않는다고 인정해야 한다. 이해당사자의 충돌에 의한 타협의 산물이 되는 경우도 있다. “법률은 완벽한 작품인가?”에 대해 법원이 의문을 제기하는 역할을 부담하고 있다. 이점에 대해 불법행위와 손해론부터 검토하기로 한다. 전통적인 불법행위론을 개설하면서 일본의 불법행위 분야에서 활약하는 연구자의 학설을 소개한다.¹⁸⁾ 민법 제709조는 “고의 또는 과실에 의해 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이것에 의해 발생한 손해를 배상하는 책임을 진다” 고 규정하고 있다.

1. 위법성은 무엇인가? : 쿠모에몬판결(雲右衛門)부터 대학탕(大學湯)판결

일본에서는 전통적으로는 「권리」가 아니라면 타인의 법익을 침해해도 배상할 의무는 가해자에게 발생하지 않는다고 생각하는 경향이 있다. 이

¹⁸⁾ 본장은 井上繁規 「수인한도의 이론과 실무」(신일본법규 2004년) 1-15면을 참조했다. 이하의 각주도 그것에 따르고 있다.

것을 잘 보여주는 것이 쿠모에몬판결이다. 본 사건에서는, 나니와절(浪速節)의 명인인 쿠모에몬의 녹음에 관계한 레코드의 권리자가 무단으로 복제해서 판매한 상대방에게 불법행위소송을 제기한 사례이다. 본 건에서는 나니와절에게 저작권이 존재하지 않으므로 불법행위는 성립하지 않는다고 판단되었다.¹⁹⁾

대학탕사건²⁰⁾에서는 불법행위의 성립이 인정되었다. 본 건에서는, 교토대학 앞에서 건물을 임차하여 「대학탕」이라는 이름으로 목욕탕을 경영한 사람이, 임대차계약종료에 임해 그 대대로 가업으로 이어 내려온 가게를 매각하는 것을 방해한 임대인을 상대로 불법행위소송을 제기했다. 법원은 침해대상이 실정법상의 구체적 권리일 필요는 없다고 판단했다.

2-1. 스에카와(末川)설 (위법성설)

스에카와는, 법적인 보호를 받는 이익이 침해되면 불법행위가 성립한다고 생각하였다.²¹⁾ 불법행위의 조문의 「권리」침해는 위법성과 동격의 것으로 적용해야 한다. 조문상의 권리침해의 문언은 위법성의 가장 현저한 상황을 말한다. 스에카와는 피해자구제의 이념을 확대시켜 이해했다. 그러나, 위법성판단이 경직된 경우 자의적으로 판단되는 경우도 있다.

2-2. 와가쯔마(我妻)설 (상관관계설)

와가쯔마는 스에카와의 위법성설의 문제를 극복하는 상관관계설을 제창했다.²²⁾ 위법성은 피침해이익의 종류·성질과 침해행위의 태양과의 상관관계로 판단된다. 불법행위는 사적자치로 인정되는 개인의 자유와 활동에 한계를 설정하는 것이어서 사회상 손실의 공평한 분배를 위하여 변

19) 쿠모에몬사건 대판 대3년 7월 4일 형록 9권 20집 1360면.

20) 대학탕사건 대판 대14년 11월 28일 민집 4권 670면.

21) 末川博 「권리침해론」(홍문당서방 소화5년) 301면 이하.

22) 我妻榮 「사무관리·부당이득·불법행위」(일본평론사 소화12년) 125면 이하.

용되었다. 왜 와가쯔마는 상관시킨 것일까?

피침해이익은 권리성이 강한 것에서부터 박약한 것까지 있다. 침해행위의 태양에서도 자유활동으로써 허용된 불법성이 작은 것에서부터 형벌법규에 저촉되는 불법성이 큰 행위까지 존재하기 때문이다.

와가쯔마는 고의·과실이라는 행위자의 심리는 불법행위의 주관적 요건으로 위법성은 객관적 요건이라고 생각하는 통설적 입장을 얻기에 이른다. 그러나 와가쯔마에 대해서는 다음의 비판이 있다.

첫째 위법성의 판단은 객관적이어야 한다고 하는 입장에서의 비판이 있다. 침해행위의 태양을 판단하는 경우, 와가쯔마에 의하면 형벌법규위반, 공서양속, 권리남용을 기준으로 판단한다. 그러나 이들 판단은 고의·과실이라는 행위자의 주관적 요소의 판단을 동반한다. 바꾸어 말하면, 와가쯔마는 고의·과실이라는 행위자의 주관적 요소(침해자의 침해행위의 태양은 결국은 고의·과실에 지나지 않는건 아닐까?)를 위법성의 판단요소에 넣고 있기 때문에 고의·과실을 이중으로 판단하는 것이 된다.

와가쯔마의 입장에서는, 침해행위의 태양은 행위자의 내심적 요인으로써 고의·과실판단에 지나지 않는다. 만약 위법성을 상관관계로 생각하게 되면, 판단요소는, 피침해행위의 종류성질(결과무가치)와 행위의 내심적 요소의 종류(행위무가치)의 상관관계로 판단하는 편이 낫다고 하는 비판이 있다. 즉, 와가쯔마의 상관관계설은 유형론으로써 애매하다.

둘째, 침해행위의 태양을 형벌법규위반, 단속법규위반, 공서양속위반에서 구하는 경우는, 일본의 불법행위이론과는 관계없음이 틀림없다.

2-3. 와가쯔마의 상관관계론을 극복하기 위해서 : 상관관계와 수인한도론의 관계

하타카케마쓰(信玄公旗掛松)사건²³⁾에서는, 피해자의 수인한도를 넘은 경우에 침해행위가 「권리남용」이 된다고 판단하였다. 그 후 키누타쵸우

23) 하타카케마쓰사건 대판 대8년 3월 3일 민록 9권 25집 356면.

(世田谷砦町) 일조방해사건²⁴⁾에서는, 인접주택의 일조통풍을 방해하는 건축의 불법행위에 대해 수인한도를 넘은 경우에 권리남용이 되어 위법한 것으로 판단하였다.

가토(加藤)는 종래의 판례이론이 권리남용의 판단에 중간개념을 받아 들였던 자세를 비판한다.²⁵⁾ 가토에 의하면 직접적으로 침해행위나 수인한도를 넘은 경우에 위법이라고 하면 좋다고 생각한다. 가토는 생활방해 소송(소음, 일조)은 소유권의 권리남용과 구성하는 것뿐만 아니라, 사회적 부분까지 용서되는 것인지를 물으면 충분하다고 생각한다.

가토에 의하면 가해자는 자신의 침해행위가 수인한도의 범위 내에 있는 것이라고 입증하지 않으면 안된다. 다른 한편 권리남용설에서는 피해자가 가해자의 침해행위가 권리남용이라고 입증하지 않으면 안된다. 권리남용설에 비해, 가토쪽이 위법성의 인정이 용이하다.

2-4. 새로운 과실론 : 위법성을 배제하는 견해

위법성의 개념을 불법행위의 성립요건으로부터 배제하는 것으로 와가 쓰마의 이론을 극복하고자 한 학설이 나타났다. 히라이(平井)에 의하면, 과실은 불법행위의 성립을 한정하는 기능을 가진다.²⁶⁾ 「과실」은 불법행위에 손해배상이라는 법적보호를 부여할 것인가라는 여러 가지의 대립하는 이익을 조정하는 정책적 가치판단으로써의 기능한다. 과실은 결과회피가 아니고 방지의무에 위반한 행위로서 구체적으로는 수인한도를 넘은 손해를 근린자에게 부여하지 않도록 조치하는 의무이고, 한편 그 전제로써 행사자에게 결과발생의 예견가능성의 손해가 아니고 예견의무가 요구되는 행위로서 규정된다.

히라이에 의하면 과실은 ①가해행위로부터 발생하는 손해발생의 위협의

24) 키누타초우 일조방해사건 최3판 소47년 6월 27일 민집 26권 5호 1067면 판시 669호 26면.

25) 加藤一郎 「공해법의 생성과 전개」(암과서점 소화43년) 30면 이하.

26) 平井宣雄 「손해배상법의 이론」(동경대학출판회 소화 46년) 398면.

정도 내지 개연성의 크기, ②피침해이익의 중대함, ③손해방지(회피)의무를 지게 하는 것에 의해 희생되는 이익과 ①②의 인자와의 비교교량이다.

2-5. 공해와 신수인한도론

본고의 환경법과의 관계에서 말하자면, 아와지(淡路), 노무라(野村)를 공해법의 창시자로 들 수 있다. 아와지도 위법성판단을 배제한다. 아와지에 의하면 공해에 의한 불법행위책임에 대해서는, 수인한도론으로 일원적으로 판단해야 한다고 한다.²⁷⁾ 과실은 수인한도를 넘은 손해를 근린자에게 부여하지 않도록 조치하는 결과회피의무로써 구성해야 한다. 수인한도는 피침해이익의 성질과 침해의 중대성, 가해행위의 태양과 그것에 대한 사회적 평가, 당해 장소의 지역성, 손해의 회피가능성과 가해자가 손해회피를 위해 취한 조치, 가해자에 의한 공법적 기준준수의 유무, 토지이용의 선후관계 등의 사정을 종합적으로 판단하여 결정된다.

노무라는 고의과실로써 위법성에 대해 미국에서의 공해(nuisance)의 고려하는 쪽을 취했다. 고의과실 그리고 위법성은 수인한도라는 말로 일원적으로 처리해야 한다고 생각했다.²⁸⁾

이 시기에 이르면, 통설은 제709조의 권리침해를 위법성으로 다시 적용하고 위법성은 침해행위와 피침해이익과의 상관관계로 판단하게 되었다. 수인한도는 통상의 합리인이라면, 사회공동생활을 영위하면서 당연 감수해야하는 한도이고 많은 요소를 검토해서 종합적으로 고려하여 판단한다. 수인한도론은 위법성의 틀 속에서 생겨났고 위법성론에 의해서 바뀌어져왔다. 과실판단은 주관적 심리상태인 예견가능성으로부터 객관적인 방지의무로, 그리고 수인한도론으로 이행했다.

노무라에 의하면 피해자가 수인한도를 넘은 침해를 입증할 수 있으면, 위법성도 과실도 인정된다. 피해자인 원고는 피침해이익의 성질, 정도, 지

27) 淡路剛久 「공해에 있어서의 고의·과실과 위법성」 Jurist 485호 372면.

28) 野村好弘 「고의·과실 및 위법성」 加藤一郎 편 「공해법의 생성과 전개」(암과서점 소화 43년) 387면 이하.

역성을 입증하는 것으로 충분하다.

2-6. 마에다(前田)설(신위법설)

마에다는 불법행위의 취지가 손해의 공평한 분담이라고 한다면, 가해자의 사정과 피해자의 사정을 고려하지 않으면 안된다고 한다.²⁹⁾ 가해자의 사정은 고의고실(귀책사유)이고, 피해자의 사정은 권리침해이다. 이 양자를 동일한 차원에서 판단하는 것이 위법성이다. 위법성은 가해행위의 태양(행위무가치·고의, 주의의무위반으로써의 과실)과 피침해이익의 중요성(결과무가치)으로 결정된다. 이 두 개의 사정으로 위법성이 판단된다. 마에다에 의하면 과실은 위법성의 문제이다. 마에다는 과실에 대해 평균인(표준인)을 기준으로 결과회피를 위한 주의의무위반으로 이해하기 때문이다.

2-7. 이쿠요(幾代)설(신이원론설)

이쿠요는 불법행위의 성립요건에 고의·과실과 권리침해의 두 가지를 내세운다.³⁰⁾

고의·과실은 가해행위자의 심리상태의 판단에 필요하고, 권리침해는 제709조의 문언에 충실한 것에서이다. 이 두 가지는 손해와 피해자에게 초점을 맞추어 피침해이익이 당해 가해자와의 관계에서 불법행위법에 의한 구제에 상응하는 적격성을 가지는가를 판단한다.

2-8. 모리시마(森島)설(고의, 과실 및 위법성설)

모리시마가 과실에 주목하는 이유는 제709조의 문언에 충실했기 때문이다. 다른 한편, 위법성의 개념도 유지했다. 위법성은 피침해이익에 관한

29) 前田達明 「민법 V 12 불법행위법(현대법물학강좌14)」(청림서원신사 소화 55년) 122면 이하, 동 「불법행위귀책론」(창문사 소화 53년) 185면 이하.

30) 幾代通 = 徳本伸一 「불법행위법」(유비각 평성 5년) 113면 이하.

요건(결과불법)으로써 파악하고, 법적보호에 상응하는 이익을 어느 한도를 넘어 침해한 경우에 인정된다. 위법성은 피침해이익으로부터 불법행위책임의 한계를 설정하는 기능을 가진다.

2-9. 사와이(澤井)설(위법성 및 유책성설)

위법성에는 두 개의 단계(레벨)이 있다. 구성요건 단계(레벨)와 유책성 단계(레벨)이다. 제709조의 「권리침해」를 보호하는 이익으로써 법적 평가를 부여한 구성요건으로써 파악한다. 다음으로 가해자에 책임을 부여하기 위해, 형식적으로 제709조의 문언을 만족시키는 것만이 아닌 위법하고 유책성 있는 행위로 한정할 필요가 있다.³¹⁾

3. 불법행위의 손해배상의 원칙

불법행위의 효과는 원칙적으로 손해배상이고, 배상의 방법은 금전배상에 있지만, 민법 제723조의 명예훼손과 같이 사죄광고를 하는 경우도 있다. 경우에 따라 금지가 인정되는 경우도 있다.³²⁾

손해배상의 목적은 교정적 정의이고, 입은 손해에 공정한 배상을 하는 것에 있다. 불법행위가 없는 상태를 회복하는 것이다. 그러나 불법행위의 손해는 불가피한 경우가 많고, 금전배상으로 완전히 배상할 수 없기 때문에 문제가 된다.

현재 일본민법에서 유력한 입장을 취하는 우치다(内田)에 의하면, 손해배상의 범위는 지극히 정책적인 문제라고 한다. 손해의 범위에 대한 기본원칙을 검토하기로 한다.

재산적 손해는 입원, 치료, 퇴원후의 간호비용이라고하는 적극적 손해, 불법행위에 의해 실직한 경우 소득의 감소라는 소극적 손해(일실이익)이다. 재산적 손해에 더해 정신적 손해도 청구가능하다.

31) 澤井祐 「사무관리·부당이득·불법행위(제3판)」(유비각 평성 13년) 102면 이하.

32) 内田貴 「민법Ⅱ 채권각론」(동경대학출판회 평성 19년) 387-453면.

손해배상에 대해서는, 손해의 금전적 평가, 손해배상의 범위, 손해배상 청구권자의 범위, 배상액의 감액조정의 4개가 문제로 된다.

본고에서는 손해배상의 범위에 대해 주목한다. 상당인과관계론에 대해 설명한다. 불법행위의 효과는 원칙적으로 사실적 인과관계에 있는 손실에 대해 손해배상이 당연히 가능하다. 그러나 사실적 인과에서는 무한적인 연쇄를 발생시켜 가해자에게 흑독하며, 교정적 정의의 관점에서는 타당하지 않다. 거기에서 배상의 대상을 일정범위로 한정할 필요가 있다. 이것이 손해배상의 범위의 문제이다.

후키마루(富喜丸)³³⁾사건에서는, 채무불이행에 관한 상당인과관계를 정한 민법 제416조의 유추적용을 인정했다. 제416조는 통상손해 외에 특별손해도 채무자가 예견가능한 한 손해배상의 대상이 된다. 후키마루사건에 의하면 사실적 인과관계 있는 손해 내의 특별한 사정으로 발생한 손해가 배상의 대상이 되는가는 가해자의 예견가능성에 의해 좌우된다. 배상의 대상이 되는 것의 가격산정은 등귀한 시점을 기준으로 하는가는, 그 시점의 과학으로 처분해 이익을 취득했다고 하는 특별사정을 예견가능한가에 좌우된다.

판례는, 상당인과관계개념에 의해서 손해배상의 범위와 손해의 금전적 평가의 기준시의 문제와 함께 처리하려고 했다. 우치다(内田)에 의하면 이것이 혼란을 불러왔다고 한다.³⁴⁾

상당인과관계론과 손해배상의 범위의 확정의 문제에 대해 판례의 입장을 설명한다. 판례는 불법행위에 의한 손해배상의 범위는 제416조를 유추적용해서 통상손해와 예견가능한 특별손해로 한계를 정했다. 이것을 상당인과관계론이라고 한다. 그러나 다음과 같은 비판이 있다.

첫째, 채무불이행을 규정하는 제416조가 불법행위에 유추적용할 수 있는가? 채무불이행에서는 새롭게 계약관계에 들어오려고 하는 당사자 자

33) 후키마루사건 대연판 대15년 5월 22일 민집 5권 386면.

34) 전계 内田참조. 동 「불법행위의 손해배상의 범위」坂井芳雄편 「현대손해배상 법강좌7 손해배상의 범위와 액의 산정」수록 3면 이하.

신들이 채무불이행에 빠진 경우에 어느 정도의 배상을 지불할 것인가?를 예측할 수 있을 것이 기대된다. 그러나, 불법행위에서는 가해자는 돌발적으로 불법행위를 발생시킨 것이어서 그러한 예측가능성을 전제로 하지 않는다. 피해자로부터 보아도 가해자의 예견가능성으로 배상액이 한정되는 것은 구제의 면에서 타당하지 않다.

둘째, 상당인과관계는 독일법에서 유래한다. 그러나 독일에서는 손해 배상에 대해 사실적 인과관계에 있는 손해 전부를 배상시키는 완전배상을 채용하고 있다. 상당인과관계론은 완전배상의 불합리를 회피하기 위한 법기술이다. 그러나 제416조는 영국의 common law에서 유래한다.³⁵⁾ 우치다는 다음과 같이 설명한다.

3-1. 우치다설(비용항목설)

우치다에 의하면 불법행위에는 3개의 다른 유형이 존재한다. 첫째, 개별손해항목이 배상해야 할 범위에 포함되는가? 둘째, 발생한 손해가 가해행위이외에 다른 원인으로 확대되는 경우는 어떠한가? 셋째, 직접의 피해자이외의 주체에 손해가 발생한 경우는 어떠한가? 이다. 우치다는 특히 최초의 문제에 주목한다.

우치다에 의하면, 개별의 손해항목(비용항목)이 배상해야하는 범위에 포함되는가가 문제로 된다. 사망과 부상은 손해의 금전적 평가의 문제이고 범위의 문제는 아니다. 왜냐하면, 문제가 되는 비용항목은 지극히 다양하고, 사안에 따라 다르다. 비용항목은 어디까지나 손해를 금전평가하는 경우 비판요소에 지나지 않고 손해배상의 범위의 문제는 아니다.³⁶⁾

3-2. 히라이설(보호범위설)

가해행위이외의 다른 원인의 기여에 의해 손해가 확대된 경우에 대해

³⁵⁾ 内田에 의하면 *Hadley v Baxendale*, 9 Exch 341(1854)에서 유래한다고 한다.

³⁶⁾ 전계 内田.

히라이는 보호범위설을 제창한다.³⁷⁾ 히라이에 의하면 손해배상의 범위를 포함한 의론은 사실적 인과관계에 서는 손해 내 어디까지 배상해야하는 가라는 규범적 문제이고, 인과관계와는 다른 보호범위의 개념을 이용해야 하는가이다.

보호범위는 어떤 손해에 대해 가해자가 그것을 회피하는 의무를 지고 있으면 판단되는가, 즉, 어떤 손해가 손해회피의무(과실판단의 기준이 되는 행위의무)에 미치는 사정거리 내에 있으면 비판되는가에 의해 확정된다. 행위의무의 사정거리를 의무사정이라고 표시한다.

히라이는 어디까지 가해자가 배상해야만 하는가 하는 쟁점은, 가해자가 어디까지 회피행위를 했었어야 하는가에 따라 결정되기 때문에, 손해와의 관계에서 과실이 있다고 평가해야 한다고 생각한다. 환경책임법과의 관계에서 정리하면 일본민법 709조의 문언은 추상적이고 공해에 대하여 해석에 한계가 있고 상관관계론, 수인한도론이라는 학설이 탄생했다. 민법 709조에서는 책임을 개별사건에서 평가한다. 환경책임법은 사전에 기준을 준비하는 것에서 예측가능성을 확보한다. 또한 복원이라는 요소도 더하고 있다.

III. 환경민법에 관한 판례의 전개

일반불법행위에 대한 학설의 전개를 개략했다. 다음에 일본의 공해소송을 전전부터 현재까지 민법의 판례를 개관한다. 법원은 공해소송에 대해 제709조를 어떻게 해석해왔을까?

1. 전전~전후부흥기 (1950년대 중반까지)

전전에 있어, 산업활동에 규제를 더해 환경파괴를 방지하기위한 법제도와 발생한 피해를 구제하는 법제도는 존재하지 않았다. 민법상의 불법

³⁷⁾ 전계 平井.

행위규정을 기초로 피해의 구제를 구한 분쟁사례가 오사카 알카리사건³⁸⁾이다. 오사카 알카리회사가 경영하는 화학공장이 배출하는 아황산 가스 등에 의해 벼와 보리에 많은 피해를 입었다고 해서, 공장주변의 농민과 그 농민의 지주들이 오사카 알카리회사를 피고로써 손해배상을 구하며 제소했다. 오사카항소법원(공소원)은 주로 예견에 관한 주의의무위반을 가지고 과실을 인정하고, 피고의 책임을 인정했다.

대법원(대심원)은, 피해의 발생이 예측가능했더라도 「相当ナル設備(상당한 설비)」를 설치했다면 과실은 아니라고 생각했다. 과실의 인정에 「피해발생의 예견가능성」에 더하여 「相当ナル設備」의 결여라고 하는 이중의 벽을 준비해서 과실의 성립을 좁히고, 기업활동의 자유를 확대하여 고찰하는 쪽이었다. 환언하면 대법원(대심원)은 환경을 오염시켜 타인에게 손해를 주어도, 그것이 피해의 영업활동에 의한 경우에는 원칙적으로 배상의 대상으로 되지 않고, 예외적으로, 즉 「相当ナル設備(상당한 설비)」를 설치하지 않는 경우에 한해 책임이 발생한다고 생각했다.

당시의 산업우위의 사상을 반영한 것이었다. 다만, 차이를 보인 오사카항소법원(공소원)은 당시의 방지기술수준을 고려하고 피고는 「相当ナル設備(상당한 설비)」를 설치하지 않았다고 해서 개선해서 피고의 책임을 긍정하였다.

전전에는, 여러 가지 환경문제와 그것에 의한 심각한 피해가 이미 발생하고 있었으나, 포괄적인 법규제도의 정비는 없고, 전후가 되어서 근본적인 변화가 없었기 때문에, 많은 환경문제가 발생·확대하고 있었다.³⁹⁾

2. 고도성장기(1950년대 후반~70년대 전반기)

전기(1970년대 후반~70년대 반기)

공해문제가 심각화 되고, 대책을 취하기 시작했으나, 고도경제성장의

38) 오사카 알카리사건 대판 대5년 12월 22일 환경법 판례백선1 수록.

39) 간신히, 이 시기에 도쿄도의 공장공해방지조례(1949년)과 요코하마시의 소음방지조례(1953년)와 같은, 몇 개의 지자체에서의 선구적인 사례가 발견되게 되었다.

가장중반에 있어, 발본적인 대응에 이르지 못했다. 예로써, 1958년에 제정되었던 우리나라에 있는 최초의 나라범위외의 본격적인 공해규제법인 수질이법⁴⁰⁾도, 지정수역제를 취했지만, 각종의 이해대립의 가운데에서 지정이 진행되지 못하고, 유효한 대책은 되지 못했다.

후기(1970년대전반까지)

1967년에 공해대책기본법이 제정되면서 1970년에 공해대책기본법부터 「경제와의 조화조항」의 삭제 등 중요한 법의 규정·개정이 행해졌고, 게다가 1971년에는 환경청⁴¹⁾이 설치되었다. 이 시기, 이따이이따이병과 미나마타병 등의 공해피해의 구제를 요구하는 손해배상소송(4대 공해소송)이 제기되어, 원고소송의 판결이 내려졌다. 이점은 후에 진술한다.

3. 1970년대중반~80년대

1970년대 중반 이후, 환경법제도는 정체하지 않고 후퇴기에 들어간다. 이것은 오사카국제공항소송 대법원(최고재판법정)판결⁴²⁾이 터닝포인트가 된다.

오사카국제공항은 1937년에 「오사카 제2비행장」으로 설치되어, 전후는 미군에 의해 접수되었다. 1958년의 반환이후, 오사카국제공항으로 명명되어, 국영공항으로써 관리, 공용되게 되었다. 그 이후 1964년에, 제트기가 들어가는 것이 인정되어, 1970년에는, 대형 제트기의 취항도 인정되었다.

이것에 대해, 오사카국제공항 주변 주민264명이 1969년과 1971년 항공기의 이착륙에 동반되는 소음, 배기가스, 진동의 피해를 이유로 공항관리자의 나라에 대해, 민사소송을 제기하고, 제1로, 매일 밤 9시부터 다음날 아침 7시까지 사이 공항을 일체 항공기의 발착에 이용되지 않음, 제2로,

40) 「공공용수역의 수질의 보전에 관한 법률(법률 제181호)」과 「공장배수 등의 규제에 관한 법률(법률 제182호)」의 2개를 말한다. 양법률은 수질오탁법(법률 제138호)의 제정에 따라 폐지되었다.

41) 현재는 환경성으로 개편되었다.

42) 오사카국제공항소송 최대판 소화 56년 12월 16일.

이 시간대의 공항의 공용의 금지의 2개를 요구했다.

대법원(최고재)에 의하면, 금지청구를 인정하지 않았다. 그 근거는 3개이다.

제1로, 공공설비의 활용에 대해 금지는 그것에 관련하는 공권력의 발동을 요구하는 것이 되어, 그러한 청구는 민사소송으로서는 허용되지 않는다.

제2로, 피고의 소음이 ○○폰을 넘어 원고의 거주지에 침입시키지 않음을 요구하는 주장은 청구로써 특정성이 부족, 부적법이다.

제3으로, 실제심리에 들어간 경우에도 「공공성」이 금지청구보다 우월하다.

오사카국제공항소송에 있어 최고재가 금지를 각하시킨 판결이후, 공공적인 시설과 활동(도로·철도·공항 등)에 의한 공해의 금지가 문제된 사례에도 금지신청은 부정되었다.

1970년대 후반 이후, 대기오염의 영향과 따르는 질병의 고통당하는 주민들에 의한 대규모적인 공해소송이 각지에서 뒤이어 제소되었다. 그 배경에는, 1970년대 중반이후, 이산화질소와 SPM(부유분자상물질)에 의한 오염은 개선되지 않고, 도로연도를 중심에 의해 악화의 경향조차 보였다.⁴³⁾

4. 1990년대 이후

치바소송판결⁴⁴⁾ 이후, 기업의 민사책임을 인정하는 판결이 정착하지만, 그중에서도, 니시요도가와(西淀川)대 1차 소송판결⁴⁵⁾과 가와사키(川崎) 제1차 소송판결⁴⁶⁾에서, 콘비나르(콘비나르)를 형성하지 않은 복수의 오염원에 의한 복합적인 대기오염공해로 공동 불법행위론을 전개하여 기업의 책임이 긍정되었다.

43) 1978년의 질소산화물의 환경기준의 완화 등

44) 千葉川鉄사건 치바지판 소화 63년 11월 17일.

45) 니시요도가와 제1차소송 오사카지판 평3년 3월 29일.

46) 가와사키 제1차 소송 요코하마지재 가와사키지부판 평성 6년 1월 25일.

국도43호선소송의 항소심판결⁴⁷⁾은, 오사카국제공항사건의 금지청구의 특정성에 대한 이론을 수정시켰다. 아마가사키(尼崎) 소송판결⁴⁸⁾과 나고야(名古屋)남부 소송판결⁴⁹⁾에서는 도로에 의한 대기오염공해에 대해 금지를 인정하고 있다.

폐기물처분장금지의 가치분사건⁵⁰⁾에서는, 종래의 인격권론을 발전시킨 「인격권의 한 종류로써의 평온생활권」이라는 새로운 권리가 등장하여, 이것을 근거로 금지가 인용되었다.

미나타병 국가배상소송에 있어 국가와 현의 책임을 인정한 판결이 오사카고등법원⁵¹⁾(고재)에서 내려졌다. 게다가 이 상고심에서 대법원(최고재)은 국가에는 1960년 이후, 수질 2법에 기본으로 규제권한을 행사하지 않았던 것에 위법성이 있어, 쿠마모토(熊本)현도 동시기 이후, 현 어업 조정규칙을 기본으로 규제권한을 행사하지 않았던 것에 현저하게 합리성이 부족하였다고 하여 오사카고등법원(고재)의 결론을 시인하였다.⁵²⁾

국립시 맨션철거판결⁵³⁾에서는 경관이익은 공적보호에 해당하므로 이것을 침해하는 행위는 일정의 경우에는 불법행위에 해당한다고 맨션의 20m를 넘는 부분을 철거하는 것을 인정했다. 본 판결에서는, 경관이익을 토지의 부가가치의 위치로 매기는 것에 의해, 타권리자인 개인이 주장할 수 있는 이익이라고 생각했다.

이상으로 환경문제가 무엇보다도 사람의 생활과 생명·건강에 대한 침해(공해)로써, 그러한 피해의 구제와 방지에 역점을 두어 그리고 그 구제에 있어 민사법(특히 손해배상법)이 큰 역할을 차지하게 된 점을 이해할 수 있다.

47) 국도 43호선소송 항소심 오사카고판 평성4년 2월 20일.

48) 아마가사키소송 고베지판 평성 12년 11월 27일.

49) 나고야남부소송사건 나고야지재판 평성 12년 11월 27일.

50) 마루마치마치폐기물처리장사건 센다이재결 평성 4년 2월 28일.

51) 미나타병 항소심 오사카고재판 평성 13년 4월 27일.

52) 미나타최고재 최2판 평성 16년 10월 15일.

53) 국립맨션사건 동경지판 평성 14년 12월 18일.

IV. 4대 공해병

1960년대가 되어 본격적인 공해반대의 주민운동이 맞붙게 되어, 이 시기 이후의 공해반대운동은 한편, 공해반대의 여론이 다수를 차지하는 지역에 환경보전과의 이른바 혁신수장을 탄생시켜, 지방자치단체 수준에서 공해대책에 맞붙게 되었다. 민주적 기반이 있는 지역에서는 대륙법(제정법)적 접근이 효과를 미치고 있었다.

한편, 공해반대의 여론이 상대적으로 약하고, 공해피해자가 고립될 여지가 없는 지역에서는, 공해발생기업의 법적 책임을 추궁하는 공해소송의 제기라는 영미법(판례법)적 접근방법을 선택하게 되었다.

다음에 검토하는 4대 공해병에 관한 판결에서는, 산업우위사상을 나타내는 「相当ナル設備(상당한 설비)」을 하고 있으면 기업 등은 배상책임을 지지 않는 것이라고 생각하는 방향이 수정되었다. 4대 공해소송에서 피해기업의 책임이 인정되어, 손해배상청구가 인용되고 있다.

게다가 1970년대 후반에는, 환경기준의 개정과 배출규제의 강화, 공해건강피해보상법의 제정 등을 실현해 갔다. 일본의 법원은 피해자들이 최후의 장소로써 구제를 요구한 소송에 어떻게 해결책을 제시할까라고 하는 과제를 받게 되었다.

1. 이따이이따이병 사건

본 사건에서는, 무과실책임을 규정한 광업법 제109조의 적용이 가능하였던 때문에 과실은 아니고, 인과관계가 주요한 쟁점이 되었다.⁵⁴⁾ 공해에 있어 인과관계에 대해서는, 원고에 의한 증명이 지극히 곤란하다는 사정이 있다. 법원은 역학적 인과관계론을 채용하였다. 공해에 의한 건강피해의 경우에 병리학적 메카니즘이 명확해야한다고 하는 주장을 물리고, 병리학적인 메카니즘의 해명에 맞서지 않고 인과관계를 인정하는 것으로

54) 이따이이따이병 사건 나고야고재 가네사와지부판 소화 47년 8월 9일.

법원은 확립했다.

2. 신이따이이따이병사건

법원은 과실과 인과관계를 다루었다.⁵⁵⁾ 과실에 있어 법원은 화학기업에 고도의 안전관리의무를 요구하면서, 조업의 정지를 포함한 방지의무를 다해야 한다고 생각했다. 본판결은 오사카알카리 판결과는 달리 회피의무로써 상당한 설비가 아닌 조업정지를 요구했다.

3. 사일시 사건

법원은 コンビナート(콘비나트)를 형성하는 기업군에 의한 대기오염을 다루었다. 광범한 지역에 복수의 굴뚝의 어떤 것으로부터 피해자의 증상이 발생했다고 제기했다. 그 인과관계의 입증은 불가능에 가깝다. 판결은 관련공동성의 유형화를 행하고 그것을 인과관계와 결부시켜 생각하는 쪽을 택했다.⁵⁶⁾

「다수자의 공동연관성」에 대해서는, 가끔 공장이 일정지역에 근접해 조업하고 있는 경우, 입지하고 있는 공장의 제품과 원재료의 유통, 친회사·자회사의 관계, 계열기업, 입사의 교통관계, 자본의 결합성등의 사정의 차이를 고려하여, 관련공동성(각행위자의 공동의 상호관계)의 강약을 판단한다.

예를 들면, 콘비나트(콘비나트)는 강한 관련공동성이 인정되기 쉽다. 콘비나트(콘비나트)는 집단으로 가해행위를 행하고, 손해를 발생시킨다고 하는 인과관계가 인정되기 쉽다. 굴뚝으로부터 배출에 대한 사회적으로 봐서 일체성이 인정되어지면, 어떤 굴뚝에 있어도 연대하고 책임을 진다. 약한 관련공동성과, 인과관계를 추정(반증을 허락)이 강한 관련공동성인 반증을 용서하지 않고, 연대책임을 지게 하는 것이 된다.

55) 신이따이이따이병 사건 니가타지판 소화 46년 9월 29일.

56) 사일시사건 진지재 사일시지부판 소화 47년 7월 24일.

법원은 과실에 대해 「사전에 배출물질의 성질과 양, 배출시설과 주거지역과의 위치·거리관계, 풍향, 풍속 등의 기상조건 등을 종합적으로 조사연구하여, 부근주민의 생명·신체에 위해를 미치는 일이 없도록 입지하여야 하는 주의의무가 있다」고 하여, 입지상의 과실을 인정하였다.

최후에 쿠마모토미나타병 사건⁵⁷⁾에서는, 법원은 피해자들이 피고와 연결된 「문안(見舞金)계약」중의 권리방기조항의 효력을 다루었다. 이 점에 있어 판결은 그 계약은 공서양속에 위반하기 때문에 무효라고 판단하였다. 4대 공해소송판결에서는 법원이 판결을 통해 피해자에게 구제의 길을 열어주었다. 「相当ナル設備(상당한 설비)」를 해두면 기업 등은 배상책임은 지지 않는다고 생각하는 것이 수정된 것처럼, 전전이래의 「전통적」인 판결이 수정되어 오염자부담의 원칙이 확립되었다.

V. 환경책임에 관한 최근의 일본에서의 논의

1. 일본에서 환경책임법이 준비되지 않은 이유(개별법에 따른 대응)

일본에서는 독일이나 프랑스와 같이 환경책임법에 관한 포괄법은 존재하지 않는다. 일본에서는 환경사익을 넘는 환경자체에 대한 손해(환경공익)은 이법에 의해 보완되는 것이 당연하다고 이해되면서도 충분한 입법이 제정되어 오지 않았다.

예를 들면 과거에 논의된 조화조항은 「산업발전을 저해하지 않는 한에서 환경보호대책을 실시한다」라고 해석되어 산업우위의 해석이 주도하였다. 환경오염에서는 피해발생전에 광역에 일반적으로 대책을 강구할 필요가 있을 것인데 구 「매연규제법」에서는 개별지역에 지정되어 비로소 규제대상으로 되어 있다. 의회제정법은 노후화해 사회 가운데에서 중요시되는 이익도 변동하여 시대에 맞지 않은 경우도 나오고 있다. 법원의

57) 쿠마모토미나타병 사건 쿠마모토지재판 소화 48년 3월 20일.

해석에 따라 수정되어지는 경우도 있지만, 의회에 의해 개정으로 오버홀 되어야할 경우도 있을 것이다.⁵⁸⁾

1950년 및 60년대의 공해대책은 사후적으로 개별, 구체적인 대책밖에 잡아 오지 않았다. 1970년의 공해국회(제64임시국회)에서(수상 佐藤榮作), 소음, 수질오염대책의 실수가 지적되어 공해대책기본법의 결함이 제시되었다. 의회는 조화조항을 삭제하였다. 환경관리의 개념도 소개되고 자원의 유한성이 인식되게 되었다. 예를 들면 현재의 대기오염방지법 1조는 다음과 같이 규정하고 있다.

이 법률은 공장 및 사업장에서의 사업활동 및 건축물 등의 해체 등에 동반하는 매연, 휘발성유기화합물 및 분진배출물을 규제하고 유해대기오염물질대책의 실시를 추진하고 또 자동차배출가스에 관계되는 허용한도를 정하는 것 등에 의해 대기의 오염에 관해 국민의 건강을 보호함과 함께 생활환경을 보전하고 또한 대기의 오염에 관해서 사람의 건강에 관계된 피해가 생기는 경우에서의 사업자의 손해배상의 책임에 대하여 정하는 것으로 피해자의 보호를 도모하는 것을 목적으로 한다.

환경책임에 관한 논의는 4대공해법에서 검토한 것과 같이 일본에서는 입법조치가 불충분했던 경위도 있어 common law 접근법(법원에서의 소송에 의한 구제)이 이용되어 왔다.⁵⁹⁾ 환경책임법을 제도화해야 할 것인가 어떤가의 논의는 민법 접근법(의회에서의 입법)이라고 불리는 것이 가능하다. 환경책임법은 환경책임을 일으키는 사업자라는 시점에서부터 환경에 대한 부하의 발생을 방지하고 회복하는 책임을 입법조치에 의해서 오염자에게 부담시키는 방식이다.

일본에서는 환경책임에 대하여 포괄법을 준비하지 않고, 수질오염방지법과 같이 개별법에 의해서 커버해 왔다. 예를 들면 대기오염방지법 25조

58) Yuichiro Tsuji, 일본 환경법 및 헌법에서의 대체적 분쟁 해결에 관한 장래성, 태국 사법부 및 사법 연수원 법률 세미나 2주년 학술지 50쪽 ; Daniel A. Farber, Philip P. Frickey, 법과 공공선택론: 비판적 도입 (시카고대학교 출판부 1991년)

59) 아와지의 말을 빌리자면, 이것은 「권리적인 접근법」이다. 전계 淡路 「환경손해의 회복과 그 책임」72면.

1항(무과실책임)은 다음과 같이 규정한다.

1. 공장 또는 사업장의 사업활동에 따르는 건강피해물질(매연, 특정물질 또는 분진으로 생활환경에만 관계된 피해를 생기게 할 우려가 있는 물질로서 정령에 정하는 것 이외의 것을 말한다. 이하 이 장에서 같다.)의 대기중에서의 배출(비산을 포함한다. 이하 이 장에서 같다.)에 의해 사람의 생명 또는 신체를 해할 때는 당해 배출에 관계된 사업자는 이것에 의해서 생기는 손해를 배상하는 책임을 지게된다.
2. 하나의 물질이 새로운 건강피해물질로 된 경우에는 전항의 규정은 그 물질이 건강피해물질로 된 일 이후의 당해물질의 배출에 의한 손해에 대하여 적용한다.

본법은 민법상의 과실책임을 개별법에 의해서 수정하고 있다. 수질오염법 19조는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 공장 또는 사업장의 사업활동에 따르는 유해물질의 오수 또는 폐액에 포함된 상태에의 배출 또는 지하에의 침투에 의해 사람의 생명 또는 신체를 해할 때는 당해배출 또는 지하에의 침투에 관계된 사업자는 이것에 의하여 생긴 손해를 배상하는 책임을 지게된다.
2. 하나의 물질이 새로운 유해물질로 된 경우에는 전항의 규정은 그 물질이 유해물질로 된 일 이후의 당해물질의 오수 또는 폐액에 포함된 상태에의 배출 또는 지하에의 침투에 의한 손해에 대하여 적용한다.

그밖에 이타이이타이병 재판에서 이용된 광독배상책임(광업법 109-116조)을 들 수 있다. 국제법의 분야에서도 우주물체에 의해 발생된 손해에 대한 국제책임에 관한 조약(우주손해배상조약)이 과실책임을 수정하고 있다. 또한 「사람의 건강에 관계된 공해범죄의 처벌에 관한 법률(통칭 공해죄법)」은 공해에 의해 사람을 사상케 한 자를 일정한 경우에 과실의 유무를 묻지 않고 처벌하고 범인의 양벌규정을 마련하고 있다. 「유탁민사책임조약」⁶⁰⁾은 선주에게 무과실책임을 마련하고 있지만 책임액은 제한하고 있다. 본법은 선박소유자가 무과실책임을 부담한다. 그러나 소유자는 선박의 크기 등에 의해 일정금액을 한도로서 그 배상책임은 제한된다. 소유자는 제한

60) 유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약, 1969.

된 책임액을 보전하는 보장계약을 체결하도록 의무지워진다. 또 국제유탁 보상기금으로부터 일정금액을 한도로 해서 보장을 받게 된다.

일본에서는 환경 그 자체에 관한 부하(환경공익의 침해)에 대해서는 개별법이 마련되어 왔다. 법률실무가는 법원에서 개별법률의 한계에 직면하게 되었다.

2. 법률의 제정과정과 환경책임의 논의 : 장래세대라는 시점

일본의 환경법은, 보통법적인 접근의 한계를 인식하는 것에 더해, 법률의 제정과정에도 주목할 필요가 있다. 조화(調和)조항은, ‘현재 살아있는 국민’이라는 시점으로, ‘장래세대의 국민’이라는 시점이 결여되어 있다. 환경자원의 유한성도 인식되지 않은 채, 환경vs경제성장이라는 대립구도에 있다. 환경책임법의 도입에 이르러, 일본에서는 환경에 관한 법률이, 이익단체의 타협의 산물로써 성립하는 것이 많은 현상을 인식해야 한다. 일본의 과거에 의회의 대표자들은, 산업계의 압력을 받아, 위원회레벨의 논의로 법률의 문언을 수정하고, 법률을 가치 없게 해 왔다.

법률의 목적은, 법률의 제1조에 목적과 보호범위에 의해 규정된다. 환경법은, 예를 들면, 국민의 건강의 보호, 생활환경의 보전, 공중위생의 향상, 자연환경의 보전, 국민의 건강으로 문화적인 생활의 확보가 규정되는 경우가 많다. 목적뿐만 아니라, 목적달성의 수단이 가치 없지는 않은가, 상당히 경계할 필요가 있다.

타이헌법으로 채용된 ‘지속가능한 발전’으로는, ‘재생 가능한 자원을 재생 가능한 범위로 포획하는 것으로, 당해자원을 장래적으로 최대한 이용할 수 있다’라는 사고방식도 나타나고 있다. 원래 해양자원으로 발생한 ‘재생 가능한 발전’의 개념은 국제적인 움직임이 국내적인 법 개정에 영향을 미친 예이다.

‘지속가능한 발전’은 ‘장래세대도 자신들의 needs를 만족시키려고 하는 능력을 가지고 있다. 이 능력을 잃는 일 없이 현재의 세대의 needs가 만족 되도록 하는 발전’ 세대 간의 시대축 (세대 간의 공평), 인간생활과 환경

의 연결의 두 개가 강하게 인식되어 있다.

대표자는 자신을 지지하는 이익단체의 needs를 만족시켜 재선하려고 의회에서 활동한다. 그렇기는 하지만, 장래 태어나는 세대를 위해 법률을 제정하는 경우도 있다. 경제적 척도에 반드시 계량할 수 없는 것만은 아닌 동기로 의회제정법이 제정되는 경우를 보이고 있다.⁶¹⁾

3. 일본에서 환경책임법을 규정할 필요가 있는가?

일본의 환경법은, 법률의 규정과정을 경계해야한다. 그렇다면 일본의 환경 책임법을 규정할 필요가 있는것일까? 여기서는 민법의 시점으로부터 환경책임법의 의의를 검토한다.

첫째로, 일본에서는 민법 709조 혹은 개별법의 적용이라는 보통법적인 접근을 통해, 환경사익을 넘은 환경공익을 구제하려고 시험해왔다. 그렇기는 하지만 법원은 특정의 원고의 개별적인 손해에 대한 구제에 익숙해져 있지만, 특정의 손해를 넘은 환경 그 자체에 대한 부담의 복원과 방지에 대해, 법원은 익숙해져 있지 않았다. 법원은, 국도 43호 사건이후, 간신히 금지를 인정할 정도에 지나지 않았다. 환경책임법은, 환경에 부담을 주는 사업자에게 환경책임을 부담하게하려는 제도를 입법에 의해 인정한다. 법원의 구제의 한계를 보완한다.

둘째로, 환경 그 자체의 부담(환경공익의 침해)을 누가 판단하고, 누가 복원하는가, 라는 명제를 해결하는 경우, 법원이라는 무대에서 손해를 개별적으로 판단하고, 복원의 산정도 곤란했다. 환경책임법을 인정하는 것으로, 법원에서 개별로 판단되어 온 손해와 복원의 부담을 통일적으로 산정할 수 있다. 사전에 앞서서 복원에 필요한 부담을 정해두는 것에 의해, 법원의 평가는 쉬워지고, 예측가능성을 확보하고, 당사자의 소송부담은 경감되어, 오염자에게는 환경손해의 발생을 미연에 방지하려고 하는 인센티브가 나타난다. 미연방지의 접근법은 법원에서는 금지에 지나지 않는다.⁶²⁾

⁶¹⁾ 상동, Daniel A. Farber, Philip P. Frickey, 법과 공공선택론 : 비판적 도입 (시카고 대학교 출판부 1991년)

VI. 국가배상청구소송과 주민소송

1. 공권력의 위법한 행사

오염자가 개인일 경우, 개인간의 분쟁이므로, 민법709조가 문제가 된다. 그러나 공권력의 행사에 의해 환경오염이 발생하는 경우도 있다. 국가배상법 1조는, 공권력의 행사에 해당하는 공무원의 고의·과실에 의한 위법은 손해발생에 관해, 국가와 자치체의 배상책임을 인정하고 있다(공권력책임). 동조에 「공권력의 행사라는 문언은, 행소법3조1항의 그것보다도 넓게 접촉되어 있어, 여기에는, 행정처분의외에, 예를들면 행정지도도 포함된다」

환경법에 공권력책임은, 자치체행정에 관해 문제가 되는 경우가 많다.⁶³⁾ 시나가와(品川)구맨션사건최고재판결⁶⁴⁾은, 행정지도계속을 이유로 하는 도쿄도건축주사의 건축확인처분보류를 위법한 것으로 한다. 무사시노(武蔵野)시맨션사건최고재판결은, 행정지도에 따르지 않는 업자의 급수신청을 시장이 거부한 것을 위법이라고 했다.⁶⁵⁾

권한의 불행사가 위법이 되는 경우가 있다고 해도, 미나마타병관서소송최고재가 있다.⁶⁶⁾ 나라에 대해 「수질법」에 기본으로 한 권한의 불행사, 쿠마모토현에 대해 동현어업조정규제의 기본 권한의 불행사가, 나름대로 문제가 된 것은 앞에서 서술하였다.

2. 영조물의 설치·관리의 하자

국가배상법 2조는, 도로와 하천등의 「공공의 영조물」의 설치·관리의 하

62) 국도43호사건 최소2판 평성 14년 10월 29일.

63) 환경행정부에 대해서는 北村喜宜 「현대환경법의 제상」(방송대학교재 2009). 혹은 塩野宏 「행정법」(유비각 2009).

64) 시나가와구 맨션 사건 최3판 소화 60년 7월 16일.

65) 무사시노 맨션 급수거부사건 최1판 평성 5년 2월 18일.

66) 미나마타병 관서 소송 최2판 평성 16년 10월 15일.

자에 의한 손해배상책임을 규정한다(영조물책임). 일반론으로서는, 해당 영조물에 「통상있어야하는 안전성」이 있는가가, 기준이 된다.

환경소송으로써는, 이러한 영조물이 통상예정된 용도에 이용된 결과로써 발생하는 환경부담이 문제된다. 국영공항의 설치·공용에 의해 발생하는 소음피해에 대해 책임을 인정했다고 해도, 오사카국제공항소송최고재판결이 있다.⁶⁷⁾ 국도에 대해서는, 국도43호선사건최고재판결이, 소음과 자동차배출가스에 기인하는 건강피해의 책임을 인정하고 있다.⁶⁸⁾

3. 주민소송

지방자치법242조의 2에 기본으로 제기된 주민소송은, 환경보전의 관점으로부터 행정의 활동에 문제가 있다고 주장하는 주민에 의해, 적극적으로 이용되어온 소송이다. 주민소송의 내 동조 1항 4조에 정해져 있는 이른바 4호 청구는, 2002년의 지방자치법개정에 의해, 큰 개혁을 하였다. 주민소송은, 자치체의 재무회계운영의 적정을 확보하는 것을 목적으로 하는 민중소송의 하나로, 지방자치법에 의해 확립되었던 경우가 있다. 이것은, 객관소송으로, 자치체의 주민이면 누구라도, 개인의 법률상의 이익과는 관계없이, 감사청구를 지난 때에 제기가능하다. 지방자치법242조의2 제1항은, 행위의 금지(1호청구), 행정처분의 취소·무효확인(2호청구), 소홀한사실의 위법확인(3호청구), 손해배상·부당이익반환청구 (4호청구)의 4개의 소송유형을 규정한다.

4. 환경책임법과 환경행정소송의 제기 과제

환경행정법은 법률에 의한 행정의 원칙으로써 3개의 원칙을 인도한다.⁶⁹⁾ 행정의 조직이 회의제정법에 의해 수권되고 있는 것, 행정작용에

67) 오사카국제항공소송 최대판 소화 56년 12월 16일.

68) 행정사건판례백선II 제4판 163사건

69) 전계 塩野

법률의 근거가 있는 점, 행정작용이 법률에 위반하지 않는 점이다. 예를 들면 폐기물처리사업에는, 행정과 사업자의 관계가 문제된다. 사업자는 폐기물처리를 신청하고, 허가를 행정에 요구한다. 행정은, 사업자가 오염하고 경우, 맞서 검사할 권한을 부여받고 있다. 경우에 따라서는 허가를 행정은 취소한다. 환경소송에는, 주민이 소송에 참가한다고 하는 삼면소송이 된다.

법률은, 회사의 모든 사익을 정치적으로 타협시키고, 조정한 결과이다. 환경에 부담을 주는 경제활동을 규제하는 법률의 경우에는, 구체적인 허가기준 중에, 타협 또는 조정결과가 보여진다. 행정은 이것을 집행할 의무를 지고 있다.

법률이 제정되어 있는 것에도 관계하지 않고, 법적분쟁이 발생한다고 하는 근거는 조정이 불충분한 것을 의미하고 있어, 근본적으로는, 처분의 근거법을 개정하는 것이 필요하다. 그것에 한계가 있다면, 별도의 법률과 조례를 제정할 필요도 있다.⁷⁰⁾

생명·건강에의 피해가 문제가 되고 있는 소송의 경우에는, 법원에 의해 일정한 구제가 부여되고 있는 것도 적지 않다. 그러나 경관보전, 생태계보전, 역사적·문화적 환경보전에 관한 소송은 충분한 성과를 주고 있다고는 말할 수 없다. 실정법 정비가 진행되고 있지 않기 때문이다.

행정처분의 필요성과 타당성을 평가할 수 있는 프로세스가 필요할 지도 모른다. 그러나, 어디까지나 필요성·타당성이라는 것은 하나의 가치판단에 지나지 않는다. 의회에서의 실현이 요구되어진다. 의회에서는 여러 가지 입장에 있는 사람이 그 불만을 소송에 의해 주장한다. 환경책임법의 논의에 이르러, 의회와 법원의 사이의 캐치볼 속에서 환경법은 진화하는 점을 인식해야한다.⁷¹⁾

환경책임법과 행정법의 관계에서는, 다음과 같은 점을 지적할 수 있다.

70) 이것을 불이행이라 한다. Daniel Farber, 심각한 불이행 : 환경법상 불이행과 창의적인 이행, 23 하버드 환경법 평론, 297(1999)

71) 앞의 주 50번, Yuichiro.

첫째로, 행정, 오염자, 피해자의 당사자가 삼면관계에 있는 무대에서, 환경에 대한 부담의 복원을 행정이 부담한 경우, 오염자에게 대해 청구해야 한다. 일본에서는 행정대(代)집행이 환경법의 문맥 속에서도 논의되도록 되어있다. 환경책임법정비의 논의는, 누가 부담해야하는가, 라는 시점을 제공한다. 일본에서는 1970년대부터 이미 오염자부담의 원칙이 논의되어 왔다. 이 오염자부담원칙을 통철하는 의미로, 환경책임법의 논의는 유용하다.

둘째로, 환경손해의 논의는 환경‘규제’의 논의의 뒤집기이다. 환경공익에 대해 부담을 방지하는 경우, 행정은 어떤 정책목표를 이용해 어떤 규제를 이용해 실현할 것인가, 가 문제가 된다. 환경책임에 관한 포괄법은, 행정의 정책실현의 비용을 이해하는 도움이 된다. 단지, 다음과 같은 과제도 남겨져 있다. 예를 들면, 미연방지 뿐만 아니라 복원의 비용은 어떻게 산정해야 하는가? 환경의 비 이용가치는 어떻게 산정해야 하는 것인가? ‘재판’이라는 시점은 제도설계에 필요한가, 라는 문제도 남겨져, 비용편익분석의 한계도 인식되어야 한다.⁷²⁾

셋째로, 행정규제의 제정과정이 문제가 된다. 2004년의 행정법개혁 속에서, 행정의 부작위에 대해 어떤 식으로 청구가 가능한가, 어떤 식으로 당사자의 참획이 가능한가, 가 논의되었다. 환경공익에 부담을 주는 상태가 계속되는 경우, 규칙제정과정에 대한 당사자참가의 정통성(legitimacy)이 논의되게 된다.

⁷²⁾ Cass Sunstein, 비용편익국가 : 규제적 보장의 미래 (행정법과 규제적 관행의 장). 아니면, Farber, 환경-실용주의 (시카고대학교 출판부 1999).

VI. 보상제도

피해자에 대한 보상은, 원칙적으로 법원에 의한 구제가 요구된다. 그러나, 구제는 구체적사건에 있어 소송을 제기하는 사람에 한정된다. 구제를 받는 요건을 의회제정법을 정비하는 제도에 의해 부여하는 것도 가능하다.

공해건강피해보상제도는 1973년 제정 후, 1987년에 개정되어, 현재의 명칭 「공해건강피해의 보상 등에 관한 법률」이 되었다. 통칭 공건법이라고 불린다. 이것은 금액이 불충분해도 확실하게 간이신속한 구제를 피하는 제도라고 말할 수 있다.

첫째, 공해의 원인자에게 다하게 할 수 있는 부과금에 의한 재원을 처리한다. 부과금은 법률에 기본으로 강제적으로 징수한다.

둘째, 재판은 아닌 행정절차에 의해 각종의 교부금을 급부한다. 이 급부금의 법적성질은 손해배상금이다.

셋째, 대기오염과 수질오염에 기인하는 건강피해가 대상으로 한다. 공적기관이 간이한 절차로 공해병을 인정하고, 신속·정확하게 구제를 실현한다.

또, 석면에 의한 건강피해의 구제에 관한 법률(2006년 제정)은, 석면에 의한, 중피종과 폐암에 걸린 본인 및 그 유족에 대해, 환경재생보전기구가 의료비등과 일시급(특별유족조위금 등)을 지급한다. 법개정에 의해, 2008년 12월 1일부터 지급이 확충되었다.

제1로, 의료비 등의 지급이 요양개시일까지 소급한다.

제2로, 법 시행일 이후에 죽은 사람에게 특별유족조위금 등을 지급한다.

제3으로, 특별유족조위금 등의 청구기한을 연장한다.

이것은 사회보장급부로서 이해된다.

마지막으로

법이라는 함은, 판례와 제정법의 두 가지를 포함한다. 일본환경법에서는, 환경공익과 환경사익의 두 개가 존재한다. 다양한 가치관을 가지고 있는 여러 사람의 공동생활의 기준을 설정하는 헌법에서는, 사법은, 환경사익의 판단에 친화성을 가진 기관이다. 법원의 판단은, 개별구체적인 사례에 대한 판단이다. 구제의 대상은 소송을 제기하는 특정의 사건의 특정의 원고에게 한정된다. 한편, 의회제정법은, 일반적인 사람과 추상적인 사건에 적용된다. 의회제정법은 예측가능성을 확보하고, 평등에 적용된다.

그러나, 의회제정법은 의회에서 의결단체의 이익의 조정 혹은 타협의 산물로써 제공된다. 환경에 부담을 주는 경제활동을 규제하는 법률의 경우에는, 구체적으로는 허가기준 중에서, 타협 혹은 조정결과가 나타난다.

법률이 제정되어 있는데도 상관없이, 법적분쟁이 발생하는 근거는 조정이 불충분한 것을 의미하고 있고, 근본적으로는, 법 개정이 필요하다. 그것에 한계가 있다면, 별도의 법률과 조례를 제정하는 필요가 있다. 법률의 목적뿐만 아니라, 목적을 달성하는 수단에도 항상 경계할 필요가 있다.

대표자는, 재선 때문에 이익단체의 의향을 무시할 수 없지만, 다른방향으로는, 장래세대를 위해 법률을 제정시키려고 하는 경우도 있다. 반드시 경제적인 척도로 설명할 수없는 행동을 취하는 것은 아니다.

법원은 제정법이 완벽하지 않은 경우, 문언의 공백을 해석에 따라 채우는 역할을 담당한다. 그러나, 법을 새로 고쳐쓰는 정도에 이르는 해석은 인정되어지지 않는다. 시대의 흐름 속에서, 법률자체가 노후화하는 경우에도 의회는 법개정을 행하는 것도 있다.

불법행위법은, 일본의 환경사법에 있어 주요한 역할을 담당해 왔다. 고의과실·권리침해·인과관계·손해를 피해자는 입증해야한다. 이것들의 문언에 대해 법원은 판례 속에서 해석을 제시해 왔다.

일본에서는, 고도경제성장 속에서 조화조항이 경제성장을 중시시켜, 개인의 생명건강에 대한 배려를 무시하는 결과가 되었다. 사대공해판결에서는, 고의과실·인과관계·손해에 대해 법원의 판결이 크게 진화했다. 한 때, 피해자보호의 자세가 후퇴한 시기도 있었다. 문제는 환경이 특정의 개인의 공유하는 이익이 아닌, 일반의 사람들이 공동으로 향수하는 이익인 경우가 있다. 그러나, 환경이 오염되면, 최종적인 불특정다수의 사람에게 피해가 미친다.

생명·건강에의 피해가 문제가 되는 소송의 경우에는, 법원에 의해 금지와 같은 구제가 부여되고 있다. 현재에는 금지를 인격권의 일종으로써의 평온으로 이해하여 금지를 인용하고 있다. 그러나, 경관보전, 생태계보전, 역사적·문화적 환경보전에 관한 환경소송에는 사전 금지시키는 편이 바람직하다.

학설은, 이것의 판례의 발전에 맞춰서, 독일법, 미국법, 영국법의 영향을 일본의 불법행위법에 도입하려는 움직임이 존재한다.

다른 한편으로는 의회제정법에 의해 피해자에 대한 보상제도도 준비되었다. 미나마타병에서는 행정에 의한 인정의 늦음도 지적되지만, 석면과 같이 특별법에 의해서 구제되고 있다.

의회제정법으로서의 민법 제709조는 추상적이다. 법원은 판례법에 의해, 의회는 제정법에 의해서, 환경법에 관한 이론을 전개시키고 있다. 장래의 환경책임의 합당한 이상상은 의회제정법과 판례법의 상호영향에 의해 도달한다.