

공용관련하자

김 창 조**

< 차 례 >

- I. 머리글
- II. 공용관련하자와 관련된 대표적 판례
- III. 공용관련하자에 대한 손해배상의 책임판단구조
- IV. 금지청구
- V. 맺음말

I. 머리글

산업화의 진전과 더불어 도로, 공항 등의 공공의 영조물의 주변주민이 소음 · 진동 · 배기가스 등의 환경피해를 호소하는 환경침해배상소송이 증가하고 있다.¹⁾ 이러한 종류의 손해는 공공의 영조물 이용관계에 있어서 이용자에 대해서 미치는 손해가 아닌, 주변주민이라고 하는 제3자에 대해서 미치는 손해로서 공공의 영조물의 물적 상태의 하자에 의한 것이 아닌, 영조물의 공용에 관련하여 발생하는 손해라는 점에서 특징적인 성격을 가지고 있다.²⁾ 종래 국가배상법 제2조³⁾의 적용사례로서 중심적으로서 취급되어 온 것은 도로상

* 경북대학교 법과대학 부교수

- 1) 이 문제에 대한 우리 나라의 판례의 축적이 충분하지 못한 이유로 이하 본고에서는 우리 나라제도와 유사한 구조를 가지는 일본의 법제도와 판례를 소개로 본고의 주제를 검토한다. 이하에서 소개로 사용하는 판례와 법령에 있어서 이에 대한 별도의 부기는 생략한다.
- 2) 환경침해소송에 대해서 사법분야에 있어서는 민법 제717조(우리 나라 민법 제758조에 해당함)가 아닌 제709조(우리 나라 민법 제750조에 해당함)가 적용되고 있다는 것에 우선 주목할 필요가 있다. 즉 환경침해에 대한 금전배상의 문제를 어떠한 법영역에 있어서 처리할 것인가에 대해서는 상린관계법, 민법 제709조, 민법 제717조의 세 개의 선택이 있지만, 현재의 학설 · 판례에 있어서는 민법 제709조의 적용이 중심으로 되어 있다. 이와 같은 사법분야에서의 대응은 민법 제717조와 국가배상법 제2조가 적어도 입법당시는 균형있게 취급되었다는 것을 감안하면 흥미있는 것도 있지만, 오오사카공항소송 최고재판소판결은 공공의 영조물에 관련된 환경침해소송에 관하여 국가배상법 제2조의 적용을 확립하였다. 즉 「국가배상법 제2조 제1항의 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 가져야 할 안전성을 결

이용자에게 발생한 사고에 의한 손해, 하천수해 등이고, 도로상의 구멍, 낙석, 하천제방의 불완전 등의 공공의 영조물의 물적 상태에 하자가 인정되는 物的性狀瑕疵에 대한 것이었다. 물적성상하자는 영조물자체에 존재하는 객관적 물적결함(예컨대 도로상의 구멍의 존재)이 하자로서 평가된 것이다. 이에 대해서 供用關聯瑕疵는 영조물자체에는 물적하자는 존재하지 않고 영조물을 통상적인 공용목적에 따른 제공에 수반하여 부수적으로 발생한 문제라는 점에서 하자의 판단기준은 차이가 있게 된다.

오오사카공항 최고재판소판결이래 판례에 있어서는 수인한도판단에 의거한 위법성이 공용관련하자의 내용으로서 제시되고 있고 국가배상법 제2조의 책임⁴⁾은 동조 제1조⁵⁾와는 달리 침해행위의 위법성을 요하지 않는 객관책임이라고 하는 전통적 이해에 입각한다면 제2조의 책임요건에 위법성을 필요로 하는 것은 동조의 해석으로서 상당히 이질적 내용이 혼입된 것으로 해석할 수도 있다. 학설에 있어서도 국가배상법 영조물의 설치관리에 관한 규정은 영조물의 이용자에 대해서 뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에서 동조의 책임이 발생하는 것은 이론이 없는 것 같다. 그러나 공용관련하자과 물적성상하자라고 하는 구별은 손해의 상대방이 제3자인가 이용자인가의 구별에 일치하지 않는 것에 주의할 필요가 있다. 공용관련하자는 그 성질상 피해자는 주변주민이고 당해 공공의 영조물에 대해서 제3자의 입장에 있는 자에 한정되게 되지만, 물적성상하자유형에 있어서도 도로붕괴에 의한 연도주

하고 있는 상태를 말하는 것이지만, 여기에서 말하는 안전성의 결여, 즉 타인에게 위해를 미칠 위험성이 있는 상태라 함은, 단지 당해 영조물을 구성하는 물적 시설자체에 존재하는 물리적, 외형적 결함 내지 불비에 의해서 …… 위해를 발생시킬 수 있는 경우 뿐만 아니라, 그 영조물이 공용목적에 따라서 이용되는 것과의 관련에 있어서 위해를 발생시킬 위험성이 있는 경우도 포함하고 또한 그러한 위해를 영조물 이용자에 대해서 뿐만 아니라 이용자 이외의 제3자에 대한 그것도 포함하는 것으로 해석하여야 한다」라고 판시하여 공공의 영조물의 공용에 관련하여 주변주민에게 미치는 환경피해에 대해서 국가배상법 제2조가 적용된다는 것을 명확히 하였다.

- 3) 우리 나라 국가배상법 제5조에 해당함.
- 4) 제2차세계대전 이전에 있어서는 권력적 행정작용에 대해서는 민법의 불법행위규정의 적용이 부정되었고 공권력무책임법리가 지배하였다. 일본의 구헌법(明治憲法)하에서는 공사법이 구별되고 공법행위에 대해서는 행정재판소의 관할로 되어 있었지만, 행정재판소는 손해배상소송을 수리할 수 없다고 규정되어 있었고(행정재판소법 제16조) 또한 실체법상에도 공법작용에는 민법의 적용이 없다는 것으로 되어 있었기 때문에 국가의 공법행위에 대해서는 불법행위책임을 다룰 수 없는 상황이었다. 당초는 공법작용 모두에 대해서 배상책임이 부정되었지만, 德島遊動園棒事件(大判 1916. 6. 1, 大審院民事判決錄 22輯 1088面)을 계기로 하여 판례는 민법 제717조의 적용 또는 유추적용을 인정하는 방향으로 변천하고 있었다. 그 후는 판례에 의해서 점차 민법의 적용이 인정되고 행정의 불법행위책임을 긍정하는 사례가 증가하게 되었다. 제2차세계대전후 일본 신헌법 제17조에 의해서 제정된 것이 국가배상법이지만 국가배상법 제2조의 입법취지는 제2차세계대전 이전의 상황을 배경으로 공공의 영조물의 설치 또는 관리의 하자에 의거한 책임에 대해서 국가·공공단체가 책임을 지는가의 여부는 종래에 명료하지 않았기 때문에 이것을 명확히 하기 위해서 규정된 것이라고 설명되고 있다.
- 5) 우리 나라 국가배상법 제2조에 해당함.

택이 도피하는 사례의 경우에는 피해자는 도로이용과의 관계에서 보면 제3자의 입장에 있다고 할 수 있다.

이와 같이 공용관련하자의 정의는 아직 그 자체가 확정된 것이 아니고 외연도 명확하지 않다. 그러나 지금까지 학설·판례가 들고 있는 공용관련하자를 구성하는 개념징표로서 다음의 것을 들 수 있다. 첫째, 영조물자체에는 물적 결함이 존재하지 않는다는 것, 둘째, 공용제공행위는 영조물의 공용목적과 합치하는 것, 셋째, 계속적으로 발생하는 환경피해라는 것, 넷째, 공용에 수반하는 손해의 불가피적 성격(사업손실로서의 성격)을 가진다는 것 등을 제시할 수 있다.⁶⁾ 이하에서는 공용관련하자문제에 관한 대표적 판례를 살펴보고 손해배상인부의 판단에 있어서의 하자판단구조와 금지청구와 수반한 법적 제문제점을 검토하려 한다.

II. 공용관련하자와 관련된 대표적 판례

1. 오오사카공항소송 최고재판소판결⁷⁾

(1) 사실의 개요

원고인 오오사카국제공항(설치·관리자 - 국가)주변에 현재 거주하거나 또는 거주하고 있었던 자는 동공항에 이착륙하는 항공기의 소음·진동·배기가스 등에 의해서 수면방해·호흡기계 질환 등의 피해를 받았다고 주장하여 국가에 대해서 오전 9시부터 다음날 7시까지의 항공기의 이착륙을 유지하는 것을 구함과 동시에 민법 제709조⁸⁾ 또는 국가배상법 제2조 제1항에 의거한 배상을 구하였다. 이에 대해서 제1심⁹⁾ 제2심¹⁰⁾에서 재판소는 원고(피상고인)인 주민의 청구를 인용하였기 때문에 국가측이 상고하였다.¹¹⁾

6) 공용관련하자라 함은 통상적으로 공공의 영조물의 주변에 미치는 환경공해소송에 있어서 국가배상법 제2조의 설치·관리의 하자가 다투어지는 경우에 사용되지만 공용관련하자의 개념 자체는 확정된 것이 아니다. 이러한 하자의 유형에 대해서 기능적 하자, 사회적 하자 등의 용어가 사용되기도 한다.

7) 最判 1981. 12. 16, 最高裁判所 民事判例集 35卷 10号 1369面.

8) 우리 나라 민법 제750조에 해당함.

9) 大阪地判 1974. 2. 27, 判例時報 729号 3面.

10) 大阪高判 1975. 11. 27, 判例時報 797号 36面.

11) 상고이유로는 다음의 것들이 제시되었다. 첫째 국영공항의 유지청구는 운수대신의 행정권한의 발동을 구하는 것이기 때문에 민사소송에서 공항의 사용유지청구를 하는 것은 3권분립의 원칙에 반하여 허용

(2) 판지

(가) 손해배상청구에 대하여 - 상고기각, 청구인용

「국가배상법 제2조 제1항의 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 가져야 할 안전성을 결하고 있는 상태를 말하지만, 거기서 말하는 안전성의 결여, 즉 타인에게 위해를 미칠 위험성이 있는 상태라 함은 단지 당해 영조물을 구성하는 물적 시설자체에 존재하는 물리적 · 외형적 결함 내지 불비에 의해서……위해를 발생시키는 위험성이 있는 경우 뿐만 아니라 그러한 영조물이 공용목적에 따라서 이용되는 것과의 관련에 있어서 위해를 발생시킬 위험성이 있는 경우도 포함하고 또한 그러한 위해는 영조물의 이용자에 대해서 뿐만 아니라 이용자 이외의 제3자에 대한 그것도 포함한다고 해석하여야 한다. 즉 당해 영조물의 이용의 태양 및 정도가 일정한 한도에 머무는 한도에 있어서는 그러한 시설에 위해를 발생시킬 위험성이 없다고 하더라도 이것을 넘는 이용에 의해서 위해를 발생시킬 위험성이 있는 상황에 있는 경우에는 그와 같은 이용에 제공되는 한도에 있어서는 이러한 영조물의 설치, 관리에는 하자가 있다고 하여야 한다. 따라서 이러한 영조물의 설치, 관리자에 있어서 관계된 위험이 있음에도 불구하고 이것에 대해서 특단의 조치를 강구하는 것 없이 또한 적절한 제한을 가하지 않고 이것을 이용에 제공하고 그 결과 이용자 또는 제3자에 대하여 현실적으로 위해를 발생시킨 때에는 그것이 이러한 설치 · 관리자에게 예측할 수 없는 사유에 의한 것이 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항의 규정에 의한 책임을 면할 수 없다고 해석하여야 한다……소론은 요컨대……본건 공항의 공공성에 대해서도 충분한 고찰을 결하고 이것에 대하여 부당하게 낮은 평가밖에 부여하지 않은 결과, 이러한 공용행위의 위법성에 관한 판단을 잘못된 것이라고 한다……본건에 있어서 주장되고 있는 공공성 내지 공익상의 필요성의 내용은 항공기에 의한 신속한 공공수송의 필요성을 말한다. 현대사회 특히 경제활동분야에 있어서 활동의 신속성에 대한 점증하는 요구에 비추어 그것이 공공적 중요성을 갖는다는 것은 자명하고 또한 본건 공항이 국내 · 국제 항공노선상에 점하는 지위에서 그 공용에 대한 공공적 요청이 상당히 고도의 것이라는 것도 명백하고 원심도 이것을 부정하고 있지 않다. 그러나 이것에 의한 편익은 국민의 일상생활의 유지존속에 불가결한 역무제공과 같은 절대적인 것이라고 주장할 수 있는 것이라고 할 수

되지 않는다. 둘째 공항소음에 수반하는 피해는 영조물의 물적 결함에 기인하는 것이라고 할 수 없기 때문에 국가배상법 제2조의 구제대상이 될 수 없다. 셋째 원심판결이 공항관리에 하자가 있었다고 한 것은 공항의 공공성을 부당하게 낮게 평가한 것으로 판단에 오류가 있다.

없는데 대해서……본건공항의 공용에 의해서 피해를 받은 지역주민은 상당히 다수에 달하고, 그 피해내용도 광범위하고 중대하며 더구나 이러한 주민이 공항의 존재에 의하여 받는 이익과 그것에 의해서 입는 피해간에는 후자의 중대에 필연적으로 전자의 중대가 수반한다고 하는 것과 같은 피차상보관계가 성립하지 않는 것은 명백하고, 결국 전기의 공공적 이익의 실현은 원고를 포함하는 주변주민이라고 하는 한정된 일부소수자의 특별한 희생위에서만 가능하고 거기에서 간과하기 어려운 불공평이 존재하는 것은 부정하기 어렵다……원판결이……상고인이 본건공항의 공용에 대해서 공공성 내지 공익상의 필요성이라고 하는 이유로 원고 등 주민에 대해서 그들이 입는 피해를 수인하여야 한다고 요구할 수 없고 상고인의 이러한 공용행위는 법에 의해서 승인되어야 할 적법한 행위라고는 하기 어렵다고 한 것에는 충분한 합리적 근거가 없다고 할 수 없고, 원심의 이러한 판단에는 소론의 위법이 있다고 할 수 없다」

공공의 영조물을 둘러싼 주변주민의 환경피해(공용관련하자)에 대해서 국가배상법 제2조 뿐만이 아닌 국가배상법 제1조¹²⁾ 민법 제709조 등의 적용도 생각할 수 있다.¹³⁾ 오오사카공항소송최고재판소 판결은 이러한 종류의 공공영조물의 주변주민에 대한 피해에 있어서 국가배상법 제2조가 적용되는 것을 명확히 하여, 동조항의 새로운 전개를 나타냈다고 볼 수 있다.

(나) 유지청구에 대해서 - 상고인용, 소각하

「영조물 관리권의 본체가 되는 것은 공권력행사를 그 본질적 내용으로 하지 않는 비권력적 권능이고 동종의 사적 시설의 소유권에 의거한 관리권능과 그 본질에 있어서 특이상이한 바가 없다. 국가의 영조물인 본건공항의 관리에 관한 사항중에서 그 목적의 공공성에서 유래하는 다소의 수정을 보는 것은 별도로 하고, 민영의 비행장의 경우에 있어서와 같이 사법적 규제에 친숙한 것이 있는 것은 부정하기 어려운 바다. 그러나 본건 공항관리라 하더라도 그 작용의 내용에는 여러 가지가 있고 그 법률적 성질이 같다고 속단할 수

12) 우리 나라 국가배상법 제2조에 해당함.

13) 오오사카공항소송 제1심판결은 국가가 공항에 발착하는 항공기가 발생하는 소음 등에 의해서 제3자에게 피해를 발생하지 않도록 공항을 관리할 의무를 위반했다는 구성하에서 국가배상법 제1조를 적용하였다. 이것에 대해서 東海道 新幹線訴訟 제1심 판결(名古屋地判 1980. 9. 11, 判例時報 729号 3面)은 피고측이 영조물이 본래 구비하여야 할 안전성이라 함은 영조물의 이용자에 대한 안전성을 의미하고 이용자 이외의 제3자에 대한 안전성을 결한 경우는 포함되지 않는다는 주장에 대해서 「국가배상법 제2조 제1항에는 이와 같이 한정하여 해석하여야 할 문언은 아니라고 하고 동조 및 민법 제717조의 연혁에 비추어 보아도 피고의 주장과 같이 이해하여야 할 근거를 찾을 수 없다」고 하고 국가배상법 제2조의 적용을 인정하고 있다.

없다. 뿐만 아니라 공항에 대해서 그 운영에 깊은 관계를 갖는 것으로 항공행정권, 즉 항공법 그 밖의 항공행정에 관한 법령규정에 의거하여 운수대신에게 부여된 항공행정상의 권한이 있다. 이것은 공권력행사를 본질적 내용으로 하는 것인데 이것과 공항 내지 비행장의 관리권 내지 작용과 법률상 어떠한 위치, 관계에 있는가는 다시 검토하지 않으면 안된다……원래 법이 일정한 공공비행장에 대해서 이것을 국영공항으로서 운수대신이 스스로 설치·관리하게 한 것은 이것에 의해서 그러한 항공행정권의 행사로서의 정책적 결정을 확실하게 실현하고 국가의 항공행정정책을 효과적으로 수행하는 것을 가능하게 하는데 있다고 하여야 할 것이다. 즉……이러한 중요한 공공용비행장에서는 그 설치, 관리의 존재방식이 일본의 정치, 외교, 경제, 문화 등과 깊은 관계를 가지고 국민생활에 미치는 영향도 크기 때문에 어느 지역에 어떠한 규모로 이것을 설치하고 어떻게 관리해야 할 것인가에 대해서는 항공행정의 전반에 걸치는 정책적 판단을 불가결하게 하는 것으로 생각된다…… 이와 같은 국영공항의 특질을 참작하여 생각하면 본건공항관리에 관한 사항중에서 적어도 항공기의 이착륙 그 자체 등, 본건 공항의 본래기능의 달성실현에 직접적으로 관련된 사항에 대해서는 공항관리권에 의거한 관리와 항공행정권에 의거한 규제가 공항관리권자로서의 운수대신과 항공행정권의 주관자로서의 운수대신이 각각 별개의 판단에 의거하여 분리·독립적으로 행하여졌고 양자간에 모순과리를 발생시켜 본건공항을 국영공항으로 한 본지를 몰각하거나 이것에 지장을 주는 결과를 발생시키지 않도록 소위 양자가 불즉불리, 불가분 일체적으로 행사·실현되어 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다. 환언하면 본건공항에 있어서 항공기 이착륙의 규제 등은 이것을 법률적으로 보면 단순히 본건공항에 대한 영조물관리권의 행사라고 하는 입장을 추가한 복합적 관점에 선 종합적 판단에 의거하여 행하여져야 하고 현실적으로 행하여진 것으로 보아야 한다……(원고)의 청구는 본건공항을 일정한 시간대에 대해서 항공기의 이착륙에 사용되지 않도록 하는 것이 본건 관리작용만에 관련된 단순한 부작위에 지나지 않고 전혀 항공행정권의 행사에는 관계하지 않는 것이든지, 적어도 관리작용을 항공행정권의 행사와는 법률상 분리하여 급부청구의 대상으로 하는 것이 가능하다고 하는 견해를 전제로 하는 것이지만……본건 공항의 이착륙을 위한 공용은 운수대신이 가지는 공항관리권과 항공행정권이라고 하는 2종의 권한의 종합적 판단에 의거한 불가분 일체적 행사의 결과라고 보아야 하기 때문에 상기……와 같은 청구는 사리상 당연히 불가피하게 항공행정권행사의 취소변경 내지 그 발동을 구하는 청구를 포함하는 것이 된다고 하여야 한다. 따라서 원고는 행정소송의 방법에 의해서 어떠한 청구가 가능한가의 여부는 차치하고 상고인에 대해서 소위 통상의 민사상 청구로서 전기와 같은

사법상의 급부청구권을 가진다는 주장이 성립할 이유는 없다고 할 것이다」¹⁴⁾

2. 국도 43호선 최고재판소판결¹⁵⁾

(1) 사실의 개요

이 사건은 오오사카시(大阪市)에서 고오베시(神戸市)에 이르는 일반국도 43호선 및 그 부지상 20km에 걸쳐서 고가로 건설된 한신고속도로¹⁶⁾(阪神高速道路)의 연도주민이 도로를 주행하는 자동차에 의한 소음, 진동, 배기가스에 의한 대기오염으로 인하여 신체적·정신적 손해를 입었다고 하여 도로의 설치·관리자인 국가와 한신고속도로공단에 대해서 일정치를 넘는 소음과 이산화질소를 각 주거부지내에 유입시키는 본건 도로의 공용유지와 과거 및 장래의 피해에 대한 손해배상을 구하여 제소한 사건이다.

제1심¹⁷⁾에서는 유지청구에 대해서 작위내용이 특정되어 있지 않다고 하여 이를 각하하고, 과거의 손해배상에 대해서는 적어도 연도 20m이내의 주민과의 관계에서는 수인한도를 넘는 위법한 상태가 존재하여 국가배상법 제2조의 도로의 설치·관리의 하자가 있다고 하였다.

항소심인 오오사카고등재판소 1992년 2월 20일 판결¹⁸⁾은 유지청구에 대해서는 그 특징이 결하는 바가 없다고 하여 실체판단을 행하였지만, 본건도로가 공공성이 높다는 것과 대체도로의 부존재를 고려하여 주민의 피해는 생활방해에 머물고, 수인한도를 넘지 않는다고 하여 청구를 기각하였다. 과거의 손해배상에 대해서는 대략 다음과 같이 기술하여 청구를

14) 이 판결에는 이러한 판시부분에 대해서는 공항관리는(부근주민에 대한 관계에서는) 비권력적 작용이라고 해석하여야 하기 때문에 그 유지청구는 민사상 청구로서 적법하다고 보아야 한다는 4명 재판관의 반대 의견이 부기되어 있다.

15) 最判 1995. 7. 7, 判例時報 1544号 18面.

16) 국도43호선은 오오사카시 니시나리구(大阪市 西成區)와 고오베시 나다구(神戸市 灘區)를 연결하는 총연장 30km, 폭 50m, 왕복 10차선(현재는 8차선으로 축소되어 있다)의 차도로서, 1990년 아마가사끼시(尼崎市)에서 매일 10만대의 교통량이 있었다. 1957년에 착공되어, 63년에 공용개시되었고, 70년에 전선개통되었다. 그리고 국도 43호선 약10m 위에 한신고속도로공단이 관리하는 자동차전용도로의 건설이 1963년에 시작되어 1970년에 전면개통되었다. 이것에 접속하는 형태로 국도43호선 12-15m 위에 동공단이 관리하는 자동차전용도로의 건설이 1970년에 시작되어 1981년에 전선개통되었다. 전자는 총 25.3km, 폭 20m 후자는 총연장 7.3km, 폭 25m 둘다 왕복 4차선으로 1990년에는 전자가 고오베시내 약 11만대, 후자가 아마가사끼시내 약 8만대의 교통량이 있었다. 이리하여 고오베시와 아마가사끼시 사이에는 한신고속도로공단이 관리하는 고속자동차도로가 국도43호선과 함께 상하2중으로 되어 있다. 이러한 계속된 도로개통에 수반하여 도로로부터 소음과 배기가스가 심각하고, 그것에 의해서 환경 파괴·생활방해·건강피해 등의 피해가 발생하고 있다는 주장이 도로의 연도주민으로부터 제기되었다. 이에 1976년 연도주민 149명이 국가와 한신고속도로공단을 상대로 하여 자동차에서 발생하는 소음의 유지청구, 이산화질소의 유지청구, 과거 및 장래에 있어서 손해배상을 청구하여 소를 제기하였다.

17) 神戸地判 1986. 7. 17, 判例時報 1203号 1面.

18) 大阪高判 1992. 2. 20, 判例時報 1415号 3面.

인용하였다. 즉 국가배상법 제2조에서 말하는 영조물의 설치 또는 관리의 하자에는 「그 영조물이 공용목적에 따라서 이용되는 것과의 관련에 있어서 그 이용자 이외의 제3자에 대해서 위해를 발생시킬 위험성이 있는 경우」도 있다고 하였다. 이어서 위법성의 판단에 대해서 수인한도를 넘는가의 여부에 의한다고 하고 그 판단에 있어서 「침해의 태양과 그 정도, 피침해이익의 성질과 그 내용, 침해행위의 공공성, 발생원대책, 방지책, 지역성 등에 대해서 종합적인 판단」이 필요로 한다고 하였다. 본건 피해는 수인한도를 넘는 위법으로서 과거의 손해배상을 인정하고, 피고 등은 공동불법행위자로서 부진정연대책임을 진다고 하였다¹⁹⁾. 그리고 장래의 손해배상에 대해서는 미리 배상금액을 확정하는 것이 불가능하다고 하여 청구를 인용하지 않았다. 이에 대해서 국가와 공단측은 손해배상이 인정되었다는 점에 대해서, 주민측은 유지청구가 인정되지 않았다는 점 등에 대해서 각각 불복하여 쌍방이 상고하였다.

(2) 判旨²⁰⁾

(가) 손해배상청구에 대하여 - 상고기각, 청구인용

「국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 통상 갖추어야 할 안전성을 결하고 있는 상태, 즉 타인에게 위해를 미칠 위험성이 있는 상태를 말하지만, 이것에는 영조물이 공용목적에 따라서 이용되는 것과의 관련에 있어서 그 이용자 이외의 제3자에 대해서 위해를 발생시킬 위험성이 있는 경우도 포함하는 것으로 영조물의 설치·관리자에 있어서 이와 같은 위험성이 있는 영조물을 이용에 제공하고 그 결과 주변주민에게 사회생활상 수인하여야 할 한도를 넘는 피해가 발생한 경우에는 원칙적으로 동항의 규정에 의거하여 책임을 면할 수 없다고 해석하여야 할 것이다……그리고 도로의 주변주민으로부터 도로의 설치·관리자에 대해서 동항의 규정에 의거하여 손해배상의 청구가 제기된 경우에, 이러한 도로로부터의 소음, 배기가스 등이 이러한 주민에 대해서 현실적으로 사회생활상 수인하여야 할 한도를 넘는 피해를 가져왔다는 것이 인

19) 당해 판결은 영조물의 설치 또는 관리에는 하자가 있다고 하면서, 자동차전용도로개설까지는 국가의 단독책임이지만, 그 설치 후에는 국도와 자동차전용도로의 공용행위가 관련되어 공동하여 양자가 하나가 되어 피해를 가하고 있고 국가와 한신고속도로공단이 공동불법행위자로서 상기 원고에 대한 손해배상에 대해서 부진정연대책임을 진다고 하였다. 그리고 구두변론종결일 이후에 발생한 손해배상청구에 대해서는 권리보호요건을 결하는 것으로서 각하하였다.

20) 쌍방의 상고는 모두 기각되었다. 최고재판소는 본건 상고사건을 별개의 상고사건으로서 취급하였다. 이하의 것은 1심 피고측(국가, 한신고속도로공단)으로부터의 상고에 대한 최고재판소의 판시부분이다.

정·판단될 때에는 당연히 이러한 주민과의 관계에 있어서 이러한 도로가 타인에게 위해를 미칠 위험성이 있는 상태에 있었다는 것이 인정·판단되기 때문에」 이러한 위험성을 발생시킨 소음레벨, 배기가스농도 등의 최저기준을 확정하지 않더라도 도로의 설치 또는 관리에 하자가 있다는 결론에 도달할 수 있다고 하였다. 그리고 영조물의 설치·관리의 하자인정과 회피가능성에 관하여 최고재판소는 「국가배상법 제2조 제1항은 위험책임의 법리에 의거하여 피해자의 구제를 도모할 것을 목적으로 하여 국가 또는 공공단체의 책임발생의 요건에 대해서 공공의 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생시킨 때라고 규정하고 있는 바, 소론의 결과회피가능성이 있었다는 것이 본건 도로의 설치 또는 관리에 하자를 인정하기 위한 적극적 요건이 아니라고 해석하여야 한다」 고 하였다. 공공성과 하자인정의 관계에 대해서 최고재판소는 「배상의무를 지는가의 판단에 당하여서는, 침해행위의 태양과 침해의 정도, 피침해이익의 성질과 내용, 침해행위가 갖는 공공성 내지 공익상 필요성의 내용과 정도 등을 비교·검토하는 외에, 침해행위의 개시와 그 후의 계속적 경과 및 상황, 그 사이에 취하여졌던 피해방지에 관한 조치의 유무 및 그 내용, 효과 등의 사정을 고려하여 이것을 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다」 고 하고, 「본건도로는 산업정책 등의 각종 정책상의 요청에 의거하여 설치된 소위 간선도로이고, 지역주민의 일상생활의 유지존속에 불가결하다고 하기는 어렵고, 피상고인의 일부를 포함하는 주변주민이 본건도로의 존재에 의해서 어느 정도의 이익을 받고 있다고 하더라도 그러한 이익과 이것에 의해서 입게 될 피해와의 사이에는 후자의 증대에 필연적으로 전자가 수반한다고 하는 彼此相補의 관계가 없고, 또한 본건도로의 교통량의 추이는 대략 개설시의 예측과 일치하는 것이기 때문에, 상고인은 소음 등이 주변주민에게 미치는 영향을 고려하여 당초부터 이것에 대한 대책을 실시하여야 하는데도 불구하고, 이러한 대책을 강구하지 않은 채 주민의 생활영역을 관통하는 본건도로가 개설되어 그 후 실시된 환경대책은 거액을 투자한 것이지만, 여전히 충분한 효과를 거두고 있다고 하기는 어렵다. 그렇다고 한다면 본건도로의 공공성 내지 공익성의 필요성 때문에 피상고인이 받은 피해가 사회생활상 수인하여야 할 범위내의 것이라고 할 수 없고, 본건도로의 공용이 위법한 범익침해에 해당하고 상고인은 피상고인에 대해서 손해배상의무를 지는 것으로 한 원심의 판단은 정당한 것으로 시인할 수 있다」 고 하였다.

(나) 유지청구에 대해서 - 상고기각

금지청구에 대해서는 「본건도로의 근린에 거주하는 상고인 등이 현재 입고 있거나 장래

에 있어서 입계 될 개연성이 높은 피해의 내용이 일상생활의 방해에 지나지 않으나 본건 도로가 그 연도의 주민과 기업에 대해서 뿐만 아니라, 지역간 교통과 산업경제활동에 대해서 그 내용 및 양에 있어서 들도 없는 많은 편익을 제공하고 있다는 등의 사정을 고려하여 상고인 등이 구하는 유지를 인용하여야 할 위법성이 있다고 할 수 없다」……「도로의 시설의 주변주민주민으로부터 그 공용의 유지를 구하여지는 경우에 유지청구를 인용하여야 할 위법성이 있는가의 여부를 판단하는데 고려되어야 할 요소는 주변주민들의 손해배상이 구하여지는 경우에 배상을 인용하여야 할 위법성이 있는가의 여부를 판단하는데 고려되어야 할 요소와 거의 공통하는 것이지만, 시설의 공용유지와 금전에 의한 배상이라고 하는 청구 내용의 상위에 대응하여 위법성의 판단에 있어서 각 요소의 중요성을 어느 정도의 것으로서 고려할 것인가는 당연히 상위하기 때문에 이러한 두 가지 경우의 위법성의 판단에 차이가 발생한다고 하더라도 불합리하다고 할 수 없다」고 판시하였다.

이 사건에서도 최고재판소판결은 전기의 오오사카공항소송 최고재판소판결과 같이 하자의 유무를 판단하는데 있어서 피해가 사회생활상 수인하여야 할 한도를 넘는가의 여부를 기준으로 하여야 한다는 수인한도론에 의거하고 있다²¹⁾. 즉 「침해행위의 태양과 침해의 정도, 피침해이익의 성질과 내용, 침해행위가 갖는 공공성 내지 공익성의 내용과 정도 등을 비교검토하는 외에 침해행위의 개시와 그 후의 계속적 경과 및 상황, 그 사이에 취하여진 피해방지에 관한 조치의 유무 및 그 내용, 효과 등의 사정도 고려하고, 이러한 것들은 종합적으로 판단하여 이것을 결정하여야」 한다는 종합형량적 수인한도론에 의하여야 할 것을 제시하였는데, 이 판결도 이것에 따랐다²²⁾. 본건과 같은 경우에 공공의 영조물이 물리적 의미에 있어서의 결함이 없다는 것을 전제로 하기 때문에, 하자의 유무는 그 실질에 있어서 위법성(수인한도)에 의해서 판단되고 있다. 국가배상법 제2조에 있어서는 위법성이 명문의 규정으로 되어 있지 않다는 점에 착안하여 동조의 해석에 위법성론을 도입하는 것에 대해서 의문을 제시하는 견해도 있지만, 국가배상의 활용으로서 적극적으로 평가하는 견해도 있다. 통상적으로 공공의 목적에 제공된 영조물은 전체적으로 보아서 정상적이고

21) 영조물의 설치·관리의 하자 인정과 관련하여 위법성론을 도입하는 것에 대해서는 학설에 강한 반론이 있다. 또한 공공사업의 적법성을 인정하고, 그것에 의해서 근린의 토지소유권 내지 이용권에 대한 제한이 행하여진 때에는 민법상의 상관관계의 규정으로부터 「손해」에 대한 민사상의 보상청구권을 구성하는 것도 해석론으로서 충분히 가능하다는 견해도 있다. 伊藤高義, “國道四三號線訴訟判決の問題點”, 判例タイムズ 638号 20面. 오오사카공항 최고재판소판결이래 공용관련하자판단에 있어서는 본건이 채용한 수인한도론은 판례법리로서 거의 확립된 것이라고 보아도 좋을 것이다.

22) 여러 가지 요소를 종합적으로 형량하는 것은 그것만으로는 하자의 유무판단에 있어서는 구체적 기준이 될 수 없다. 문제는 판단요소 중에서 무엇을 어떻게 넣을 것인가이고, 그것에 의해서 책임의 성부가 크게 좌우되게 된다.

양호한 상태로 기능하는 것을 안전성을 갖추고 있는 것이라고 하여야 하기 때문에, 본건과 같이 소음 및 배기가스에 의해서 주변주민에 대해서 피해를 주는 영조물은 그 자체에 결함을 가지는 영조물이다라는 견해도 충분히 가능하다고 생각된다. 공용관련하자라는 개념에 의해서 포괄되는 문제영역에 있어서의 사고는 물적성상하자로서 논하여져 왔던 제사례에 있어서 존재하는 사고와는 이질적인 것으로 손실보상적 이념이 개재되어 왔던 것이고²³⁾, 이러한 것이 동조의 재구성을 요구하는 이유가 되고 있다.

Ⅲ. 공용관련하자에 대한 손해배상의 책임판단구조

오오사카공항소송 최고재판소판결은 공용관련하자의 손해배상책임의 판단기준으로서 피해가 사회생활상 수인하여야 할 한도를 넘는가의 여부라고 하는 수인한도를 이용하고 있고 구체적으로는 「침해행위의 태양과 침해의 정도, 피침해이익의 성질과 내용, 침해행위가 갖는 공공성 내지 공익상의 필요성의 내용과 정도 등을 비교·검토하는 외에 침해행위의 개시와 그 후의 계속적 경과 및 상황, 그 사이에 취하여졌던 피해방지에 관한 조치의 유무 및 그 내용, 효과 등의 사정도 고려하고 이러한 것을 종합적으로 고려하여 이것을 결정하여야 한다」라고 하고 앞에서 언급한 국도 43호선소송 상고심판결을 포함한 그 후의 일련의 판례도²⁴⁾ 거의 유사의 요건을 들고 있다. 이하에서는 공용관련하자의 책임판단구조에 대해서 검토한다.

1. 「통상 갖추어야 할 안전성」과 수인한도론

공용관련하자의 리딩 케이스인 전기의 오오사카공항소송 최고재판소판결에서는 「국가배

23) 소음 등의 피해가 본래의 영조물의 공용에 의한 결과로 생각하여, 이것을 공용관련하자라고 한다면, 이러한 공용관련하자의 문제는 「사업손실의 성격을 지니고 있다」든가 「쟁점은 결국은 공공의 이익을 위해서 특정의 자에게 특별한 희생을 과하여도 좋은가라고 하는 것에 귀착하기 때문에, 손실보상 유사의 판단구조로 된다」고 볼 수 있다. 阿部泰隆, 國家補償法, 有斐閣, 1988, 244面. 이에 대한 상세는 본고에서 후술한다.

24) 예컨대 厚木基地 제1차소송 1심판결(横濱地判 1982. 10. 20, 判例時報 1056号 26面), 동소송 항소심판결 東京高判 1986. 4. 9, 判例時報 1192号 1面. 厚木基地 제1차소송 최고재판소판결(最判 1993. 2. 25, 判例時報 1456号 32面), 横田基地소송에 대한 최고재판소 판결(最判 1993. 2. 25, 判例時報 1456号 53面) 등.

상법 제2조 제1항의 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 갖추어야 할 안전성을 결하고 있는 상태를 말한다」라고 하고 「당해 영조물의 이용의 태양 및 정도가 일정 한도에 머무는 한에 있어서는 그 시설에 위해를 발생시킬 위험성이 없다고 하더라도, 그것을 넘는 이용에 의해서 위해를 발생시킬 위험성이 있는 상황이 있는 경우에는 그와 같은 이용이 제공되는 한에 있어서는 이러한 영조물의 설치, 관리에는 하자가 있다」고 하는 일반론을 제시하였는데, 이러한 공공의 영조물의 「통상 갖추어야 할 안전성」에 대한 일반론은 이후의 「공용관련하자」 판례에서도 국가배상법 제2조의 적용을 나타낸 부분에서 같은 형태로 제시되고 있다. 그러나 구체적으로 판례가 취하고 있는 책임판단기준은 수인한도론에 의한 위법성판단이기 때문에 여기서는 영조물이 갖추어야 할 안전성에 관한 일반론과 어떻게 연결시킬 것인가에 대해서는 명확하지 않다.

종래에는 일반적으로 국가배상법 제2조의 하자책임에 대해서는 위법성판단은 요하지 않는다고 해석되어왔기 때문에²⁵⁾ 동조의 책임에 수인한도론에 의한 「위법성」을 도입하는 것에 대해서 의문을 제시하는 견해도 있다.²⁶⁾ 공용관련하자유형에 있어서 「통상 갖추어야 할 안전성」에는 가해행위측의 위법성이 포함된다는 점에서 전형적인 영조물자체의 물적 상태에 착안한 물적성상하자유형의 「통상 갖추어야 할 안전성」²⁷⁾과는 서로 다른 이질적 내용을 포함한다고 해석할 수 있다. 공용관련하자유형은 공공의 영조물이 그 공물로서 본래 목적인 공용을 실현한 결과로서 발생한 피해이기 때문에 피해방지가가능성 등에 관한한 특수한 고려가 들어갈 여지가 있고 이러한 관점에서는 민법상 환경침해사례와 달리 「공공의 영조물」을 대상으로 하는 국가배상법 제2조를 적용하여 해결하는 전제가 되었다고 보는 것도 가능하다.

2. 예견가능성의 판단

예견가능성에 대해서는 공항의 설치에 의한 항공기소음, 도로설치에 의한 자동차소음, 배기가스발생 등은 공용목적에 관련하여 발생하는 것으로 추상적으로 예견가능한 것이라고 할 수 있다²⁸⁾. 단지 설치단계에서의 예견가능성에 관하여는 예컨대 도로설치당시와 비

25) 西野 章, “國家賠償法二條の解釋論”, 判例時報 1056号 14面.

26) 潮海一雄, “空港の設置・管理の瑕疵と損害賠償”, 法律時報 54卷 2号 31面.

27) 물적성상하자에 대한 리딩 케이스로는 高知落石事故判決(最判 1970. 8. 20, 最高裁判所 民事判例集 24卷 9号 1268面)을 들 수 있다.

28) 大塚直, “環境の民事判例-戦後の歩みと展望”, ジュリスト 1051号, 1994, 249面.

교하여 현재의 자동차통행량이 증대하고 배기가스피해가 설치 당시 예견할 수 없을 정도로 악화된다든가 혹은 배기가스 등의 문제에 대해서 국민의 의식이 고양되거나 설치시와 달리 피해가 널리 현재화되게 되었기 때문에 설치시의 예견이 부정될 가능성도 존재한다.

이 점에 관하여 국토43호선 제2심판결에서는 최근 교통사정에서 발생한 소음피해의 예견가능성에 대하여 「본건과 같이 극히 큰 잠재적 수요를 내재한 지역에 대규모적인 도로가 신설된다면 교통수요를 자극하게 된다는 것은 예견하기 쉬운 것이고……설치자측으로서 당초의 예측의 범위의외의 사실이라는 것은 당연하다고 할 수 없다……그렇다면 당연히 자동차의 소음 등이 주변주민에게 미치는 영향을 배려한 구조로 만들어야 한다」고 하여 예견가능성을 긍정하였다.

원래 공용관련하자사례에서는 돌발적으로 발생하는 사고와 달리 소음 등의 정황의 계속에 의해서 현실적인 피해로 되는 점에서 통상의 우발적인 사고발생의 경우에 있어서 예견가능성과 그 성질을 달리함이 명백하다. 일정한 피해의 계속성을 전제로 한다면 가령 설치시에 구체적 예견가능성이 존재하지 않는 경우에도 관리단계에서의 예견가능성에 대해서는 긍정할 수 있는 경우도 많다고 생각되기 때문에 공용관련하자사례에 있어서 예견가능성의 의미 기능에 대해서는 그 특성에 따른 고려가 필요할 것이다.

3. 결과회피가능성

공용관련하자사례에서 주변주민에게 미칠 수 있는 계속적 환경피해를 회피하는 조치로서는 여러 레벨의 회피가능성이 존재한다. 공용정지라고 하는 극단적 레벨의 회피조치에서부터 공항에 있어서 야간의 항공기이용의 정지, 이착륙로의 변경, 도로에 있어서 차선제한, 차음벽의 설치, 터널화, 지하철택터화 등을 생각할 수 있고 장기적으로는 기술발전에 의한 정음화(靜音化) 등도 있을 수 있다. 그러나 실제에는 공물의 목적인 공용목적과의 관계에서 제약, 예산상 제약·재정적 제약 및 당해 영조물관리자에게 속하는 피해회피를 위한 권한이 한정되어 있다는 것 등의 문제점이 존재하는데 이에 관하여 상술하면 다음과 같다.²⁹⁾

첫째, 도로 공항 등의 공공의 영조물은 일반공중에 「공용」을 목적으로 하는 공물이기 때문에 그 공용목적과의 관계에서 피해방지가가능성에 제약이 있는가가 문제될 수 있다. 주

29) 공공의 영조물의 주변의 제3자에 대한 계속적 환경피해의 경우에 국가배상법 제2조가 적용되는 형태로 되기 때문에, 종래에 동조의 하자론에서 논하여져 왔던 재정적 제약, 예산제약에 의한 면책가능성, 불가항력에 의한 면책가능성의 여부 등이 문제될 수 있다.

변주민에의 피해방지를 위해서 도로, 공항 등을 전면적으로 공용정지하는 경우에 공물의 공용목적에 반하는 것이 되지만³⁰⁾, 물적성상하자사례에서 낙석 등의 위험도로에 대해서 다량의 강우가 있는 경우에는 통행금지 등의 조치를 취하여야 한다는 것이 판례상 피해방지조치로서 제시되었다는 점³¹⁾을 고려할 때, 한정적인 공용정지는 긍정될 여지가 있는 것 같다.

둘째, 재정적 제약론에 대해서 예컨대 전기의 국도 43호선 소송 제1심판결은 일반론으로서 「영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 통상 갖추어야 할 안전성을 결하고 있는 것을 말한다」고 하고 통상 갖추어야 할 안전성이라 함은 영조물이 설치목적과의 관계에서 통상 예측하고 회피가능한 타인에게 위해를 미칠 위험성을 갖지 않는 상태라고 하였다. 그리고 「도로 등 당초부터 통상 예측되는 위해에 대응하는 안전성을 갖추어서 설치되어야 할 영조물의 관리에 대한 손해배상청구의 경우에 재정적 · 경제적 제약이 존재하는 것은 손해배상책임을 면하는 이유가 될 수 없다」고 하여 재정적 제약론을 배제하고 있다. 재정적 제약론에 대해서 물적성상하자에 관한 리딩 케이스인 高知落石事故 최고재판소 판결³²⁾은 명확히 배척하고 있지만, 위험방어시설인 하천에서 발생한 손해의 경우에는 과도적 안전성으로서 재정적 제약을 인정할 여지가 판례상 승인되고 있다.³³⁾ 공항, 도로와 같이 이용자의 편의에 제공하기 위해서 만들어진 공물의 경우에는 당초부터 내재하는 위험에 대하여 안전성을 축차적으로 확보하여 가는 것을 목적으로 하는 하천 등의 공물과 달리 원칙적으로 설치의 시점에서 충분한 안전성을 갖추는 것이 기대되기 때문에 재정적 제약에 의한 책임회피는 일반적으로 인정될 수 없다고 볼 수 있다.

셋째, 공공의 영조물의 공용의 결과 발생하는 계속적 환경피해의 경우에 직접적으로는 이용자의 행위에 의해 야기되는 피해이기 때문에 이용자의 행위에 대한 규제를 포함하여 피해방지조치로서 당해 영조물의 관리자의 권한에 속하는 행위뿐만 아니라 다른 행정기관의 권한에 속하는 행위가 필요로 하는 경우에도 존재한다. 예컨대 국도 43호선 소송에서는 도로 관리자의 권한에 속하는 조치 뿐만 아니라, 환경청장관, 운수대신 등의 권한에 속하는 조치도 문제가 될 수 있지만, 전기의 국도 43호선소송 1심판결은 「법률에 의해서 당해

30) 공용관련하자의 판례에서는 유지청구에 대한 판단을 함에 있어서 공공성 등을 고려하여 공용정지의 결과를 회피하고 있다. 공용관련하자의 경우에 영조물이 공용되고 있다는 것을 전제로 주변주민에게 발생하는 피해배상의 유무를 판단하여야 하고 이러한 점에 있어서는 손실보상적 이념과 공통하는 점이 인정된다.

31) 名古屋高判 1974. 11. 20, 判例時報 761号 18面.

32) 전기 주 27 참조.

33) 最判 1984. 1. 26, 最高裁判所 民事判例集 38卷 2号 53面.

영조물의 직접 관리자로 된 자(본건국도에서는 건설대신)의 권한 뿐만 아니라 다른 행정청의 권한에 속하는 사항이라도 당해 영조물의 운영에 실질적으로 관련된 사항에 대해서는 검토가 필요하고, 경우에 따라서는 법률상 규정을 결한 사항에 대해서도 고려의 대상이 될 수 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다. 사실상 적절한 피해방지조치가 존재하는 경우에 그것이 법률상 당해 영조물의 직접 관리자의 권한에 속하지 않는다고 법률에 규정이 없다는 사실을 가지고, 국가 또는 공공단체가 손해배상책임을 면하여야 하는 것은 아니다.」 고 하여 도로관리자의 권한 외의 조치에 대해서도 피해방지조치의 판단에 넣어야 한다는 것을 명확히 판시하고 있다. 이와 같은 행정상의 권한분배에서 발생하는 제약은 사법상 기업의 환경침해책임의 경우에는 문제로 될 수 없는 국가배상법상 영조물의 설치관리자와 관련된 특유의 문제로서 이용자에 대한 물적성상하자유형에 있어서도 도로관리자의 권한과 경찰권한의 분리 등에서 같은 문제가 발생한다.³⁴⁾ 하나의 행정주체내부의 권한분배에 의한 경우와 서로 다른 행정주체에 권한분배가 행하여진 경우가 상정되지만,³⁵⁾ 영조물 관리자의 타기관에의 연락통보의무 등이 긍정될 수 있고, 국가배상법상 영조물의 설치·관리의 하자책임의 본질을 고려할 때, 권한 외를 이유로 책임회피를 할 수 없다고 사료된다.

공용목적에서의 제약, 재정적 제약론, 권한분배에 의한 제약 등은 공용관련하자사례에 있어서 실질적 회피가능성에 관한 문제로서 제시될 수 있지만, 대부분의 공용관련하자판례에서는 수인한도판단에 있어서 회피가능성에 대해서 정면에서 문제로 하지 않고 회피가능성의 부존재를 하자부정의 판단요소로서 취하지 않는다. 생각컨데 공용관련하자유형에 있어서 회피가능성의 부존재가 하자를 부정하는 방향으로 기능하는 것을 인정하는 것은 타당하지 않고 원래 공용행위가 그 자체로서는 공물의 목적에 합치한 적법한 행위이고 공공의 이익을 위해서 행하여졌다는 것에 착안한다면 회피가능성이 존재하지 않는 손실보상적 국면이 상정되는데 이러한 종류의 피해에 대해서 일방적으로 불법행위이론의 범주에서 파악하는 것은 모순이 현저하다고도 볼 수 있다.

34) 87시간 고장난 자동차 방치사례(最判 1975. 7. 25, 最高裁判所 民事判例集 29권 6호 1136면)에 있어서 最高裁判所는 「도로교통상 경찰관이……위법주차에 대해서 주차방법의 변경·장소의 이동 등의 규제를 행하여야 하는 것으로서 되어 있는 것(도로교통법 제1조, 제51조)을 이유로 하여 전기 손해배상책임을 면할 수 없다」라고 하여 도로관리자의 책임을 인정하고 있다.

35) 통상은 하나의 행정주체내부의 권한분배의 문제이지만, 예컨대 국도를 관리함에 있어서 都道府縣 경찰의 권한과 건설대신의 권한이 문제되는 경우에 국가와 지방자치단체간이라는 서로 다른 행정주체 상호간의 문제가 될 수 있다.

4. 공공성

공공의 영조물의 주변주민의 소음 등의 피해에 대해서 국가배상법상 영조물의 설치관리 하자와 관련된 「공용관련하자」를 적용할 때 그 수인한도의 판단요소에 「공공성」의 관념을 포함시킬 것인가 관하여 名古屋 新幹線訴訟 제1심판결³⁶⁾은 신간선이 고도의 공공성을 갖는다고 하더라도 「손해배상관계에서 공공성이라고 하는 형량요소는 수인한도판단에 영향을 미치지 않는 것으로 해석하는 것이 상당하다」고 판시하였다. 그러나 전술한 오오사카공항소송 최고재판소판결에서는 「침해행위의 태양과 침해의 정도, 피침해이익의 성질과 내용, 침해행위가 갖는 공공성 내지 공익상의 필요성의 내용과 정도 등을 비교·검토한다」고 하여, 수인한도의 판단요소 중에서 「공공성」이 포함되는 것이 긍정되었다. 그리고 동판결의 소수의견은 「공공성이 높으면 그것에 상응하여 수인한도의 한계도 높아진다」고 판시하였다. 그 후의 「공공관련하자」에 관한 판례에 있어서는 오오사카공항소송 최고재판소판결에 따라서 공공성을 수인한도의 판단요소 중에 포함시키는 것이 인정되고 있다. 이 중에서 「공공성」에 관하여 특징적으로 판시한 것이 厚木空軍基地 제1차소송 항소심 판결³⁷⁾이다. 동판결은 지금까지의 판결 중에서는 가장 「공공성」을 중시한 수인한도의 판단을 행하여 배상을 부정하였다. 동판결은 군사비행장은 일반비행장이 갖는 항공기에 의한 신속한 공공수송의 필요성과는 달리 「고도의 공공성」을 갖는다고 해석하고 「공공성이 높으면 그것에 따라서 수인한도도 높게 된다」고 하였다. 이에 대해서 동소송 상고심판결³⁸⁾은 「고도의 공공성」을 중시한 원심판결을 뒤집고 침해행위의 위법성 판단에는 각판단요소의 충분한 비교검토에 의한 종합적 판단이 요구된다고 하여 하자판단에 있어서 군사기지의 「고도의 공공성」을 편중되게 고려에 넣은 원심판단을 부정하였다.³⁹⁾ 이와 같이 공공성은 공용관련하자의 판례에서 수인한도의 판단요소의 하나로 제시되고 있고 그 내용, 비중을 두는 방법에 대해서는 구체적 판례상 아직까지 명백한 기준이 제시되고 있지 않다.

36) 名古屋地判 1980. 9. 11, 判例時報 976号 40面.

37) 東京高判 1983. 4. 9, 判例時報 1192号 1面.

38) 最判 1993. 2. 25, 判例時報 1456号 32面.

39) 橫田空軍基地 항소심 판결(東京高判 1987. 7. 15, 判例時報 1245号 3面)도 「통상의 수인한도」와 「특별의 수인한도」를 구별하는 특징적 판시를 행하고 사회생활상 피할 수 없는 최소한도의 소음인 「통상의 수인한도」와 별도로 특별한 사정이 존재할 때 높은 수인한도를 가지는 「특별한 수인한도」를 제시하면서 고려하여야 할 특별한 사정의 하나로써 「공공성」을 들고 있다. 그러나 橫田空軍基地가 갖는 국방상의 공공성에 대해서 국방만이 다른 부분 보다 우월적인 공공성을 가지는 것이 아니라고 하면서 민간비행장의 공공성의 정도와 동등한 것으로 해석하였다. 그리고 항공기소음에 대해서 공장소음 등과 동일시하여 당해 비행장에 대한 특별한 취급을 부정하였다.

학설에 있어서는 수인한도의 판단에 공공성의 요소를 넣는 것에 대해서 소극적 견해가 유력하며, 유지청구의 경우에 공공성이 중요한 요소를 구성한다고 하더라도 손해배상여부를 판단함에 있어서 공공성을 고려할 것이 아니라고 한다.⁴⁰⁾ 또한 경제학적 분석의 입장에서 공공성이 높은 경우에는 다수자의 이익증진에 기여함으로 피해를 입은 소수자에게 배상을 지불하더라도 편익이 사회적 잉여로서 남는 점이 지적되고 있다.⁴¹⁾ 학설 중에는 오오사카공항소송 최고재판소 이후의 판례가 공공성을 수인한도의 판단요소로 하면서도 厚木空軍基地 제1차 항소심판결을 제외하고는 실질적으로 공공성을 그다지 중시하지 않았다는 분석이 있다. 예컨대 「공공성의 정도의 판단은 실제상 손해배상청구의 인부판단에 그다지 효과가 없다」⁴²⁾고 하고, 공공성을 고려하는 것에 대해서도 실제 어느 정도 고려에 넣을 것인가는 판결에 의해서 차이가 보여지며 오오사카공항 최고재판소판결에 있어서도 항소심이 소음기준을 인용한 점에서 공공성을 그다지 고려하고 있다고 볼 수 없다는 지적도 있다.⁴³⁾ 그러나 판례상은 横田空軍基地訴訟 최고재판소 판결⁴⁴⁾에서도 오오사카공항소송최고재판소의 하자판단의 고려사유의 일반론이 답습되어 원심이 「침해행위의 공공성의 요소를 고려에 넣은 것은 하등의 위법이 아니다」고 판시하여 공공성이 수인한도의 판단요소 중에 포함되어 있음을 확인하였다.⁴⁵⁾ 따라서 일반론으로서는 공공성이 수인한도의 판단요소의 하나로 되어 있는 것을 전제로 하면서 실질적으로는 공공성이 어떠한 기능, 어떠한 의미를 갖는가를 검토할 필요가 있을 것이다.

공공성을 수인한도의 판단기준의 하나로서 하는 경우에도 그 실질적 역할은 구체적 사례에 따라서 다를 것이다. 전기의 厚木空軍基地 제1차소송 항소심판결은 기지비행장의 국방상의 공공성은 민간비행장의 공공성과 다른 차원의 것이라고 하여 공공성의 질이 다른 것으로서 파악하였지만 横田空軍基地 항소심 판결은 군사공항의 공공성을 적극적으로 평가하지 않고 민간공항과 동차원의 것으로서 해석하여 공공성의 질의 차이를 인정하지 않았다.⁴⁶⁾ 따라서 양판결에 있어서 공군기지의 국방상의 공공성에 대한 판단의 상위가 보여 지는데, 같은 공공성이라고 하는 경우에도 공공성을 논하는 차원의 문제로서 공공성의 질

40) 澤井 裕, “差止訴訟における「公共性」の機能”, 公害研究 3卷 2号, 1973, 53面.

41) 宇賀克也, “賠償と補償”, ジュリスト 866号, 1986, 20面.

42) 遠藤博也, 國家補償法 中卷, 青林書院, 1988, 831面.

43) 阿部泰隆 교수 발언, “(鼎談) 横田基地控訴審判決”, ジュリスト 895号, 1987, 43面.

44) 最判 1993. 2. 25, 判例時報 1456号 53面.

45) 伊藤高義, “國道43號訴訟判決の問題點”, 判例タイムズ 638호 20면, 阿部泰隆, “賠償と補償の間”, 法曹時報 37卷 6号 1454面.

46) 이에 대한 상세는 “(鼎談) 横田基地控訴審判決”, ジュリスト 895号, 197, 41面 이하 참조.

을 포착하는 방법에는 여러 가지 가능성이 있을 수 있음을 시사한다.⁴⁷⁾ 오오사카공항소송 최고재판소 판결은 「항공기에 의한 신속한 공공수송의 필요성」이라고 하는 공공성과 「국민의 일상생활의 유지존속에 불가결한 역무의 제공」의 공공성을 비교하여 후자에게 우선순위를 인정하여 전자의 공공성은 이것에 뒤지는 것으로 해석하였다. 동최고재판소 판결이 중시되어야 할 공공성으로서 인정하는 「일상생활의 유지존속에 불가결한 역무의 제공」이 실제로 무엇을 의미하는가는 분명한 것은 아니지만 생활과의 직결이라는 관점으로 부터는 도로·철도·전기·가스·수도 등의 공공시설이 해당될 수 있을 것이다. 그리고 이러한 것은 공공성의 양이라고 하는 면에서 상대적 개념이라는 것에 주의해야 할 것이다. 이와 같은 관점에서는 공항과 비교하여 도로에 대해서 일상생활의 유지존속과 불가결성을 인정하는 것이 가능하지만 도로에서도 일반도로, 자동차전용도로(고속도로 등) 등 여러 가지 종류의 도로가 있을 수 있기 때문에 그러한 공공성의 양은 도로의 성질에 따라서 다를 수 있다. 또한 「일상생활의 유지존속에 불가결한 역무제공」의 판단은 시대·장소에 따른 사회통념에 의해서 변화할 수 있는 것이고 장래에는 민간공항 등이 일상생활과의 불가결성도 인정될 가능성도 존재하기 때문에, 「공공성」을 손해배상에 있어서 수인한도의 판단기준으로서 기능하게 하는 한에 있어서는 「공공성」의 질·양 각각에 대해서 불확정의 판단요소가 개입되는 것은 부정하기 힘들 것이다. 그러나 공용관련하자에 후술하는 손실보상적 고려를 넣은 경우에는 공공성의 요소가 역으로 기능할 수 있다는 것에 주의할 필요가 있다. 손실보상에 있어서는 처음부터 공공성을 전제하여 높은 공공성이 있기 때문에 보상을 한 후에 재산권 침해를 승인하는 형식으로 되어 있기 때문에 공용관련하자에 의한 손해를 사업손실로서 손실보상적으로 포착하는 경우에는 공공성이 높다는 것이 배상을 부정하는 방향이 아닌 보상을 긍정하는 방향으로 기능한다고 생각할 수 있다.⁴⁸⁾ 따라서 국가배상법 제2조의 손해배상책임의 판단에 있어서 공공성의 기능을 어떻게 인정할 것인가에 대해서는 손실보상과 관계에 있어서 재검토할 필요가 있다.

5. 손실보상적 고려

전술한 바와 같이 공용관련하자로 인하여 공공의 영조물의 주변주민이 입은 손해에 대

47) 遠藤博也, “公共性”, 判例時報 1025号, 1982, 15面.

48) 遠藤博也, 前掲書, 831面.

해서 국가배상법 제2조의 적용이라는 형태를 취하지만, 실제로는 행정법상 손실보상분야에 있어서 중핵적 요소로 되어 있는 특별한 희생의 관념⁴⁹⁾이 인정될 수 있는 상황이 전개되고 있다는 것이 판례상 인정되고 있다. 이는 공용관련하자에 관한 리딩 케이스라고 할 수 있는 전기의 오오사카공항소송 최고재판소판결의 다수의견에 있어서 이미 명확히 나타나고 있다. 즉 동판결은 「…… 결국, 전기의 공익적 이익의 실현은 피상고인을 포함한 주변 주민이라고 하는 한정된 일부소수자의 특별한 희생위에서만 가능하고 거기에서 간과할 수 없는 불평등이 존재하는 것을 부정할 수 없다」고 판시하여 공공적 이익을 위한 일부 소수자의 특별한 희생이라고 하는 손실보상이념이 동판결의 근거에 있다고 할 수 있다. 이와 같은 기술은 이 판결 이후의 다른 판례에서도 보여진다. 예컨대 「그러한 공공성은 연도주민이라고 하는 일부 소수자의 특별한 희생위에서만 실현될 수 있는 것이고 거기에서는 간과할 수 없는 불공평의 존재를 부정할 수 없다」⁵⁰⁾, 「본건도로의 공공성, 경제적 유용성은 원고의 희생위에 성립하는 것이고 무시할 수 없는 사회적 불공정이 발생하고 있다」⁵¹⁾, 「공공성을 가지는 활동에 의해서 피해가 발생하는 경우는 이러한 공공성을 갖는 활동에 의해서 은혜를 받는 국민 등의 공동부담에 의해서 국고 등에서 피해가 전보되어야 하고 이러한 활동에 의해서 특별한 이익을 얻지 않는 일부의 국민 등이 특별한 희생을 강요받을 이유는 없다」⁵²⁾등에서 볼 수 있는 공공성에 대한 특별한 희생 내지 불공평이라고 하는 손실보상의 기본관념이 판결문 중에 명확히 삽입되어 있는 판례가 다수 존재한다.

공공의 영조물의 주변주민이 입는 공용관련하자가 국가배상법상 영조물의 설치관리하자에 관한 규정의 적용이라는 형태를 취하면서도 실제로는 독특한 성격을 갖는다는 것은 행정법 영역에 있어서는 이전부터 인식되어 왔다. 일부 견해는 「공공사업의 활동에 수반하여 발생한 소음·진동 등의 피해사업에 대해서 보면 …… 손해배상논리는 반드시 맞지 않고 오히려 실질적으로는 손실보상의 유형에 속하는 것으로서 보아야 할 요소가 많은 것 같이 생각된다」고 한다.⁵³⁾ 또한 오오사카공항 상고심판결에 대해서 「손해배상이라고 하면서 실질적으로는 손실보상사건으로 해결하려 하는 것 같이 보여진다」고 지적하는 견해⁵⁴⁾도 있고 「국가배상법 제2조의 책임을 인정하는데 손실보상법리가 어떠한 영향을 미쳤다는 것

49) 전통적으로는 손실보상관념을 구성하는 중심요소로서 공권력에 의한 침해의 적법성과 재산권에 대한 특별한 희생의 관념이 제시되고 있다. 今村成和, 損失補償制度の研究, 有斐閣, 1968. 3면.

50) 전기의 國道43號線訴訟1審判決(神戸地判 1986. 7. 17, 1203号 1面).

51) 전기의 國道43號線訴訟抗訴審判決(大阪高判 1992. 2. 20, 判例時報 1415号 3面).

52) 厚木空軍基地第1次訴訟最高裁判所判決(最判 1993. 2. 25, 判例時報 1456号 53面).

53) 雄川一郎, 行政の法理, 有斐閣, 1986, 492面.

54) 錦貫芳源, “大阪空港飛行差止事件”, Law school 42号 55面.

은 부정할 수 없다」고 하는 견해⁵⁵⁾가 있다. 행정법분야에 있어서 국가의 사인에 대한 금전상 전보에 관한 전통적 2분론에 의하면, 위법행위에 대한 손해배상과 적법행위에 대한 손실보상으로 구분되지만⁵⁶⁾ 공공의 영조물의 주변피해에 대해서는 당해 공물의 공용행위인 사업시행자체는 적법인데 반하여 소음 등의 피해를 주민에게 발생시키고 있는 결과는 적법시될 수 없다는 측면을 가지기 때문에 2원론에 의할 경우 그 어느쪽에도 속하지 않는 중간적 성격을 가진다는 것은 부정하기 어렵다.⁵⁷⁾ 공용관련하자유형은 본래는 국가배상과 손실보상의 중간영역에 속하는 문제인데, 국가배상법 제2조를 적용하여 손해배상책임을 과하는 형태로 구제가 시도되고 있다고 볼 수 있다.⁵⁸⁾

종래 공용관련하자유형에 적용된 수인한도론에 있어서 공공성은 손해배상청구에 대해서 소극적으로 기능할 가능성을 포함하는 것으로서 이해하지만⁵⁹⁾ 여기에 손실보상적 고려를 넣는 경우에는 공공성의 요소는 오히려 손실보상의 전제가 되고 보상을 긍정할 기능을 가질 수 있다. 이러한 관점에서는 침해행위의 공공성 자체가 전제되어 있기 때문에 적법시된 침해행위에 의해서 발생한 피해가 금전적 보상을 받을 실질을 가지는가의 여부가 배상유무를 결정하는 요소가 될 것이다. 예컨대 손실보상에 관한 名取川砂利採取 최고재판소판결⁶⁰⁾은 당해 피해자가 주장하고 있는 손실에 대해서 「그 재산상 희생은 공공을 위해서 필요한 제한이라고 할 수 있고, 단순히 일반적으로 당연히 수인하여야 할 제한의 범위를 넘은 특별한 희생을 과한 것으로 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니다」라고 판시하여 손실보상에 대해서 일종의 수인한도를 판단기준으로 하고 있다고 해석된다. 여기에서 들고 있는 「수인하여야 할 제한의 범위」는 피해만에 착안하여 결정하고 있는 것에 주의해야 할 필요가 있다. 손실보상에 있어서 보상여부를 결정하는 기준으로서 고려에 넣을 수 있는 수인한도는 특별한 희생의 구체화의 하나로서 파악되어 공공의 이익을 위해서 일부자가 입은 피해가 보상없이 수인하여야 할 제한의 범위를 넘는가의 여부에 의해서 결정되게 된다. 따라서 공용관련하자유형은 공공성을 갖는 것을 전제로 한 손실보상유사의 성격을 갖는 것

55) 西野 章, “國家賠償法2條の解釋論”, 判例時報 1056号, 1982, 15面.

56) 田中二郎, 行政上の損害賠償及び損失補償, 酒井書店, 1954, 145面.

57) 阿部泰隆, 前掲論文, 1986, 1415面.

58) 공공의 영조물의 주변주민의 계속적 환경피해를 둘러싼 소송에 있어서는 유지청구에 대해서는 손해배상청구의 경우와 비교하여 엄격한 판단이 행하여져서 기각 또는 각하되고 있는 것이 일반적 현상이지만 공공성이 중시 또는 우선되고 유지청구를 부정한 경우에도 여전히 일정한 구제에 해당하는 손실이 존재하고 있는 경우에는 결과적으로는 손실보상과 유사한 장면이 발생할 수도 있을 것이다.

59) 東京高判 1986. 4. 9, 判例時報 1192号 1面.

60) 最判 1968. 11. 27, 最高裁判所 刑事判例集 22卷 12号 1402面.

을 중시한다면 배상을 결정할 때 공공성은 소극적 방향으로 기능하지 않고 오로지 피해의 실질에 착안하여 배상유무가 결정되게 된다.⁶¹⁾

각각의 거주지역특성의 고려는 전기의 横田空軍基地訴訟 최고재판소판결에서 명확히 인정되고 있지만 공용관련하자유형에 손실보상적 고려를 할 경우에는 피해지의 지역성의 상위에 의한 수인한도의 차이를 용이하게 설명할 수 있다. 즉 도시계획상의 주거지역 등의 지역지정이 일반적으로 수인하여야 할 재산권의 제약에 포함되고⁶²⁾ 당해 토지에 대해서 이용형태 등에 관한 일정한 제약이 이미 과하여지고 있는 이상, 각지역이 입는 소음 등의 피해에 대해서도 토지에 부착된 피해라고 포착하는 것에 의해서 당해 토지의 용도 등의 성질(지역성)에 따라서 수인한도를 설정하여 배상여부를 결정하는 것은 당연하다고 생각할 수 있다.⁶³⁾

공공의 영조물의 주변주민의 계속적 환경피해에 관한 소송에서는 대부분의 판례에 있어서 수인한도의 판단요소 중에서 피고측의 피해방지 조치의 유무·내용·효과를 포함시켜 종합적으로 판단하고 있다. 이와 같은 피해방지조치의 고려는 수인한도로서 위법성을 책임요건으로 하는 경우에 피해방지노력의 평가로서 위법성을 감하는 요소로서 기능할 수 있는 것으로 해석하는 것이 일반적이다.⁶⁴⁾ 그러나 이 점에 대해서도 손실보상적 이념을 도입한다면 오로지 주변주민이 입은 피해가 보상없이 수인하여야 할 제한의 범위를 넘는가의 여부에 의해서 판단되는 것이기 때문에 피해의 실질에 책임판단은 응축되고 당해 피해에 이르기까지의 침해행위자측의 피해방지노력, 피해방지조치의 효과 등의 고려는 반드시 필요하지는 않게 될 것이다.⁶⁵⁾

61) 遠藤博也, 前掲書, 1968, 833面.

62) 松島諄吉, “新都市計画法と損失補償の問題”, JURIST 403号, 1968, 32面.

63) 또한 손실보상의 이념에 있어서 특별한 희생으로서 불평등 또는 공평이 파괴되는 것이 전제되어 있는데 공공의 영조물의 주변주민의 피해에 있어서도 전체이익과의 관계에서의 일부 소수자가 입는 불평등을 포착하는 것이 가능하다. 이와 같은 관점에서는 당해 영조물의 공공의 결과 특별한 이익을 얻고 있는 자에 대해서 특별한 희생을 부정하는 것이 가능하다. 예컨대 도로연도에 있어서 통행차량을 상대로 영업활동을 행하고 있는 경우에 수익성이 긍정되기 때문에 배상을 부정할 여지가 발생하게 된다.

64) 그러나 예컨대 横田空軍基地訴訟 항소심판결(東京高判 1987. 7. 15, 判例時報 1245호 3면)은 불법행위의 위법성판단에는 「피침해이익(그 성질과 내용)과 침해행위(그 태양과 정도)의 양면에서 검토하는 것이 필요하다」고 하고 피해방지대책은 그 위법성판단의 독립한 고려요소로서 제시하고 있지 않다. 즉 음원대책·운항대책·주택방음공사와 같은 소음대책에 대해서 이러한 대책의 목적은 소음자체가 수인한도내까지 낮아져야 할 것이다. 그렇지 않고 소음자체가 여전히 수인한도를 넘을 때에는 소음의 위법성은 없어지지 않는다고 하여 「이러한 대책 그 자체는 위법성조각사유의 성격을 가지는 것이 아니고……위법성의 판단에 당하여 종합적으로 고려되어야 할 사항의 하나는 아니다」라고 판시하였다. 침해행위자측이 행한 피해방지노력에 대한 고려는 가해자의 비난가능성을 피해자와의 관계에서 약화시키는 의미를 갖는 것이지만 이러한 것은 전형적인 불법행위의 범주에서 보여진다. 그러나 피해자가 입고 있는 피해 그 자체는 가해자의 피해방지노력의 여하에도 불구하고 현실로서 존재하고 있다는 것에 착안한다면 피해방지노력을 고려에 넣는 것은 의문이라 할 것이다.

65) 영조물 관리자로서는 공용행위의 결과, 주변에 가져오는 피해를 최소의 것으로 하여야 할 노력을 하는

IV. 금지청구

1. 금지청구부정의 법기술적 문제점

공용관련 환경소송에서 국가배상 등의 손해배상 이외에 원고가 청구하는 내용은 자기 거주지(생활권)에의 오염물질 혹은 소음의 침입금지라는 부작위명제를 취한다. 이러한 경우 오염물질의 농도·소음의 정도는 수치로서 표시되고 그 수치를 넘은 환경침해가 존재하는가 여부가 자연과학적으로는 계측·판정 가능한 청구형태를 취하기 때문에 인용판결이 내려진다고 하더라도 피고에게 명령된 구체적 행위가 그것만으로는 특정되지 않는다. 또한 피고가 그 수단의 하나를 강구하였다고 하더라도 결과로서 예방이 달성되었는가 여부는 확실하지 않다. 이러한 소송에서는 무엇을 하여야 할 것인가가 확실하지 않은 채 결과로서의 생활환경의 침해의 부작위를 구하게 되기 때문에 이러한 종류의 청구는 추상적 부작위로 불리어지고 있다. 환경침해의 계속적 발생의 금지를 구하는 추상적 부작위소송에서 그 청구내용이 재판상 인정되지 않은 주된 이유로서 다음의 점을 지적할 수 있다.

첫째의 사유는 오오사카 공항소송 최고재판소 판결이 국영공항의 관리에 관한 사항에 대하여 공항관리권에 의한 관리와 항공행정권에 의한 규제가 있지만 이들은 운수대신이라는 동일한 기관에 귀속하고 있고 양자는 불가분 일체적으로 행사·실현된다고 하면서 공항관리권에 대한 통상의 민사상 청구는 불가피하게 운수대신의 항공행정권의 취소변경 내지 그 발동을 구하는 것을 포함하는 것으로서 원고가 행정소송에 의한 청구가 가능한가는 차치하고 민사소송으로서는 부적법한 것으로서 각하한 것에서 비롯된다. 이것에 대해서는 학설상 강한 비판이 가하여졌다.

그 후 자위대 항공기의 소음의 금지청구에 대하여 그 운항에 관한 방위청장관의 권한행사는 자위대 항공기의 운항에 불가피하게 수반하는 소음 등에 대하여 주변주민의 승인을 의무지우는 것으로 이러한 권한의 행사는 주변주민과의 관계에서 공권력 행사에 해당하는 것으로 이와 같은 청구는 필연적으로 방위청장관에게 맡겨진 상기 권한의 취소변경을 구하는 청구를 내포하는 것으로 청구가 부적법하다는 판결이 내려졌다.⁶⁶⁾ 이 판결과 오오사

것이 당연하지만, 그렇지만 방지할 수 없이 야기된 현실의 피해에 대해서는 수인의 범위를 넘는가의 판단에 의해서 그 구제여부를 결정하면 충분하다고 해석하는 것도 가능할 것이다.

66) 厚木基地 第1次判決, 最判 1993. 2. 25, 民集 48卷 2号 643面.

카 공항소송 최고재판소 판결과의 상위점은 오오사카 공항판결이 공항관리권과 항공행정권의 불가분 일체론을 취하여 부적법판결을 내린데 반하여 厚木基地 第1次訴訟 최고재판소판결은 자위대 항공기 운항에 관한 방위청장관의 권한행사를 주변주민과의 관계에서 직접적으로 공권력 행사에 해당한다고 하여 부적법판결을 내린 점이다. 그러나 이러한 판결에 대해서는 어떤 작용을 개개의 행위로 분할하여 공권력 행사에 해당하는가 여부를 판단하는 종래의 판례·학설의 경향에 반하는 것이고 권력과잉적 결론을 도출할 가능성이 높다는 지적을 할 수 있고 법치주의적 관점에서 제3자인 인근주민에게 수인을 구할 명시적 규정을 요한다고 할 수 있다.

그 후 국도43호선 소송에서는 도로행정권을 상정하여 포괄적 공권력성을 수반한다는 사고에 대해서는 동소송의 항소심 판결문⁶⁷⁾은 「도로관리자에 의한 소음 등을 차단하는 물적설비의 설치 등의 사실행위도 상정가능하다」고 하고 「원고는 공권력의 발동을 구하는 것이 아니다」고 하여 청구자체는 적법한 것으로 채용하였다. 이 소송의 상고심판결도 이것을 묵시적으로 시인하였다고 생각된다.

둘째로 일정기준을 넘는 오염물질 등을 발생시키지 않을 것을 요구하는 청구에 대하여는 종래에는 강제집행이 불가능하다는 이유로 이것을 부적법한 것으로 판결한 예⁶⁸⁾가 있었다. 그러나 이에 대해서 간접강제가 가능한 것으로서 긍정하는 판례⁶⁹⁾가 등장하였다. 그러나 그 후 청구의 특징이 재판절차에 있어서 소송요건 및 본안심리와 피고의 방어권행사를 위해서 요청된다는 관점에서 이것을 부정하는 재판례가 유력히 등장하였다.⁷⁰⁾ 그러나 그 이후의 판례는 이를 긍정하는 경향을 보이고 있는데 대표적 예로 横田基地 상고심판결⁷¹⁾ 등을 들 수 있다.

금지청구를 부정하는 법원의 논리는 이러한 추상적 부작위청구를 작위청구로 바꾸어 읽는 것이다. 즉 원고 측이 들고 있는 청구취지는 「달성되어야 할 결과」에 지나지 않고 그것을 위한 구체적 수단이 청구내용이라고 보는 것이다. 그렇기 때문에 청구문언의 취지에 상관없이 법원에 판단이 구하여지고 있는 소송물은 부작위청구가 아닌 작위청구이다. 이러한 점에서 가령 청구인용판결을 하더라도 작위의무위반이 존재하였는지의 여부를 판단할 수 없기 때문에 간접강제에 의한 강제집행도 불가능하다.⁷²⁾ 이와 같이 청구의 특정성, 집

67) 大阪高判 1992. 2. 20, 判例時報 1415号 3面.

68) 名古屋高判 1968. 5. 23, 下民集 19卷 526号 317面.

69) 名古屋 新幹線訴訟 第1審判決 名古屋地判 1980. 9. 11, 判例時報 976号 40面.

70) 國道43号線 第1審判決 神戸地判 1986. 7. 17, 判例時報 1203号 3面.

71) 最判 1993. 2. 25, 判例時報 1456号 53面.

행가능성 모두를 결여하였기 때문에 추상적 부작위소는 소로서는 부적법한 것으로서 판단하는 것이 종래의 법원의 태도였다. 그러나 추상적 부작위 그 자체를 법원에 판단을 구하는 청구 그 자체로 보아서 청구를 특정하는 것이 가능하고 또한 침해결과가 판결 이후에도 계속되는지 여부의 판단이 가능하기 때문에 민사집행법이 예정하는 간접강제에 의한 방법으로 강제집행도 가능하다고도 볼 수 있다.

추상적 부작위의 실질적 내용을 불특정의 작위요구로 볼 것인가의 문제는 기본적으로는 피해자가 침해자에 대하여 어떠한 청구권을 갖는 것인가라는 실체법상의 청구권내용의 설정문제와 연결된다. 종래의 학설에서는 추상적 부작위의무이행방법의 내용에 대해서는 피고측에게 선택권이 있고 그것을 구체적으로 지시·요구할 권리는 원고에게 있지 않다고 하였다.⁷³⁾ 이러한 이해로 인하여 간접강제가 가능하다고 하더라도 민법 제414조 제3항의 「장래를 위한 적당한 처분」을 피해자 측이 요구할 수 없다고 주장되기도 하였다. 자기의 생활영역에의 환경침해행위의 금지청구를 넘어서 피고자 측의 활동영역 중에서 구체적 행위를 요구하는 것은 실체적으로는 오히려 과도한 청구라고 하는 것이 적절한 이해라고 할 수 있다. 청구권의 기초를 인격권으로 구성하든지 물권적 청구권으로 구성하든지 생활환경의 보전이 그 실질이고 피고측의 조직과 활동 또는 시설의 변경은 그것을 위한 수단에 지나지 않기 때문이다. 그러한 피고측 내부에 있어서 작위요구는 별도의 이유가 필요하다고 생각된다. 그렇다면 금지부정의 판례가 추상적 부작위를 작위로 바꾸어서 파악하는 것은 실체법적으로 논리상의 비약을 가져온다고 평가할 수 있다.⁷⁴⁾

판례가 전술한 논리를 취하는 또 다른 요인으로서 생각되는 것은 소송과정에서 공격방어방법을 특정하여 피고에게 절차보장을 하여야 한다는 논리 및 집행대상을 특정하지 않으면 안된다는 논리이다.⁷⁵⁾ 그러나 이러한 주장도 다음의 문제점을 안고 있다. 청구의 특징이 절차상의 여러 가지 국면에서 문제로 되는 사항을 결정하는 중요한 요소라는 것을 인정한다고 하더라도 그것은 심리과정에서 절차의 보장을 보장한 후의 문제이기 때문에

72) 이와 관련하여 학설상, 추상적 부작위의무의 강제이행을 어떻게 할 것인가에 대하여 여러 가지 견해가 주장되지만 간접강제의 수단에 한정하여 이것을 증명하는 것이 통설적 견해이다.

73) 松本博之, “抽象的不作爲命令を求める差止請求の適法性”, 自由と正義 34卷 4号 29面.

74) 일정한 결과를 가져오는 수단으로서 복수의 행위가 가능한 경우에 어느 것도 금지청구수단만으로 한정할 수 없다. 전형적인 변제제공을 비롯한 금부청구의 대부분이 그러하다. 예컨대 1,000만원의 금전반환청구소송에서 그 이행의 구체적 방법이 특정되지 않는다는 이유로 소는 각하되지 않기 때문이다. 그렇기 때문에 환경오염방지를 위한 경우만 추상적 부작위청구와 관련하여 실현을 위한 작위의 특징이 청구자에게 요구된다는 것은 설득력 있는 근거라고 평가하기 어렵다.

75) 川島四郎, “大規模公害・環境訴訟に於ける差止的救済の審理構造に關する豫備的考察”, 判例タイムズ 889号, 1996, 35面.

추상적 금지청구를 부정하는 것은 되지 않는다. 결과적인 환경침해의 태양, 제거되어야 할 범위 등이 특정되면 피고측에서는 그것을 다투는 것이 가능하기 때문이다. 이것을 부정하는 것은 공격방어대상을 구체적 작위의무의 존재 및 그 내용의 선택으로 바꾸는 것이고 그 공격방어대상의 교체는 역으로 보면 환경보전의 대책입안이다. 구체적 작위의무특정을 원고측에게 소송물의 레벨 또는 공격·방어레벨에서 요구하는 것은 이러한 대책입안책임이 원고 측에 있다고 논하는 것과 같은 의미를 갖게 되는데 이것은 지지받기 어려운 주장일 것이다. 앞에서 기술한 바와 같이 이러한 종류의 책임분배의 판정이 법원에게 요구되는 기능이라고 한다면 이와 같은 대책입안책임의 소재에 관한 역전된 이해는 법원의 사회적 기능을 포기한 것이라고 비추어질 수도 있다. 절차보장이라는 것은 단순히 절차기회의 보장에 머무는 것이 아니고 이러한 주장가능성을 사회적 문맥에까지 포함시킨 의미로 이해하는 것이 바람직할 것이다.

금지청구의 가능성에 대해서는 다음의 점을 지적할 수 있다. 가장 유력하게 제기된 견해는 우선 간접강제에 의하고 그것이 실효성을 발휘하기 어려운 경우에 「장래를 위한 적당한 처분」으로서 개개의 방지설비의 설치요구를 한다는 것이다.⁷⁶⁾ 그러나 그것은 단순히 원고·피고간의 추상적 금지청구를 전제로 한다면 이해할 수 있지만 대규모 복합오염을 전제로 하는 환경소송에서 간접강제를 전치시키고 적절한 처분의 내용에 방지설비설치를 주로 염두에 두었다는 점에서 불충분하다. 이것은 역으로 집행절차와 판결절차가 일체화한 특정을 요구하는 측면을 발생시키고 부적법판단을 발생시키는 논거로도 되는 점에 주의할 필요가 있다.

기본적으로 추상적 금지청구는 오염물질의 생활영역에서의 제거를 내용으로 하는 것으로 금지를 위한 대책을 피고측이 취하는 것이 금지청구의 본래의 내용을 고려할 때 적절하다. 이러한 점에서 淡路剛久교수가 금지청구의 실질적 효과를 각각의 오염원이 「다른 오염원과 협의·협력하여」 배출량을 금지기준으로 억제한다고 이해하는 것은 많은 시사를 준다.⁷⁷⁾ 금지청구기준의 전부달성을 명령받았다고 하더라도 복합오염의 경우에는 자기의 기여비율에 따른 피고측의 내부협약이 필요하고 이러한 과정에는 원고단을 포함하여 실시하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 장래를 위한 적당한 처분이라는 것은 물적 설비설치에 한정하지 않는 보다 풍부한 내용을 포함하는 것이 바람직할 것이다.

76) 竹下史夫, “生活妨害の差止と強制執行・再論”, 判例タイムズ 428号, 1980, 27面.

77) 淡路剛久, “公害・環境問題と法理論”, ジュリスト 844号, 1984, 91面.

2. 복수오염원의 금지청구

도시형복합오염의 경우에는 피고의 소음·배출물질과 피고 이외의 소음·배출물질을 구별하기 어렵기 때문에 소송물의 특징이 어렵다는 지적이 있다. 이러한 경우에는 다른 오염원으로부터 배출되는 것을 포함한 목표치를 표시하여 특정의 오염원에게 금지를 명하면 개별주체에게 제3자의 행위를 전제한 조치를 명하는 결과가 되기 때문에, 분할적 금지청구를 원칙으로 취하는 입장을 취할 때는 개별주체에게 자기의 행위한도를 넘는 과도한 의무를 부과하는 것이므로 개별주체가 주요한 오염원이지 않는 한 적절하지 않다는 점을 지적할 수 있다.

학설상은 원고가 통상적으로 과학적 지식이 부족하고 유효한 방지조치를 확실히 알 수 없는 것에 대하여 피고는 방지조치를 결정하는데 필요한 자료와 정보를 가지고 있고 피해자는 방지결과 만에 이해관계를 가지고 있는 것에 대하여 가해자는 취하여야 할 조치의 선택에 최고의 이해관계를 가지기 때문에 추상적 금지청구는 적법하다는 견해가 유력하다.⁷⁸⁾ 재판절차와의 관계에서는 제소시에는 일응의 기준이 되는 특징으로서 충분하고 원고는 피고의 방어반응 및 소송심리의 추이를 보면서 적절하게 변경하는 것이 허용될 것이고 또한 법원도 석명에 의한 변경을 촉진할 수 있다고 하여 소송물을 기능적·단계적으로 포착하는 견해도 적지 않다.⁷⁹⁾ 이러한 견해들은 추상적금지청구를 적법한 것으로 해석하는데 중요한 근거가 될 수 있다. 또한 금지청구의 근거로 되는 인격권, 환경권, 물권적 청구권 또는 불법행위청구권이 실체법상 상대방에 대한 부작위청구도 포함하고 있다고 생각되기 때문에 취하여야 할 조치에 대해서는 피고의 선택의무를 인정할 수 있다고 생각된다.⁸⁰⁾

일부의 하급심판결이 지적하는 바와 같이 판결절차에 있어서 심리 및 피고의 방어권의 행사를 위하여 청구의 특징이 요청되는 면이 있지만 소송을 단계적·기능적으로 생각하는 최근의 학설에 따르면 소제기시의 특정성을 탄력적으로 해석하더라도 이 점은 크게 문제되지 않을 것이다. 그러나 오염원이 복수의 경우에는 피고 이외의 가해자에 의한 배출물질과의 구별의 곤란성 때문에 문제가 있을 수 있다. 이 점에 관하여 검토하여 보면 다음과 같다.

78) 松本博之, 前掲論文, 33面.

79) 竹下史夫, 前掲論文, 32面.

80) 淡路剛久, 前掲論文, 92面.

복수오염원의 금지에 관하여는 학설상 논의되어 왔지만 판례상은 오염원의 주체 상호간에 주종관계 또는 밀접한 관계가 있는 경우 등에 대하여 연대금지청구가 허용된다고 하고 그 이외의 경우에 대해서는 개별적 주체가 주요한 오염원이라고 할 수 없는 한 금지청구는 부적법하다고 한 西淀川 第2-4次 환경소송판결이 유일하다.

학설은 개별적 금지설, 분할적 금지설, 연대적 금지설로 나누어지고 표적적 금지청구를 피하기 위해서 청구를 받은 피고는 다른 오염원을 공동피고로 하여 당해 소송에 관여시키고 그 기여도가 명백하게 되면 그 한도에서 최초의 피고의 책임은 감소된다는 수정설이 있다.⁸¹⁾ 이 중에서 개별적 금지설은 환경침해발생원이 각각 수인한도를 넘는 것과 같은 침해를 하지 않는 한 개개의 침해에 대하여 청구를 할 수 없기 때문에 이것에 의할 경우 미량인 유해물질의 배출이 축적되어 피해를 발생시키는 경우에는 구제가 불가능하기 때문에 지지하는 학설이 없다.

학설상 다툼이 있는 것은 분할적 금지청구설, 연대적 금지청구설, 수정설 등이다. 분할적 금지청구설은 오염원인 복수기업을 피고로 하여 오염을 금지청구기준 이하로 할 것을 청구하는 것을 인정하지만 각 오염원은 자기의 기여도를 주장하고 입증한다면 그 비율에 따라서 책임을 진다고 한다. 연대적 금지청구설은 복수오염원으로부터의 배출물에 의하여 금지기준(수인한도 또는 적법레벨)을 넘는 피해가 발생하고 있는 경우에는 각 오염원을 표적적으로 금지청구를 행하는 것과 공동으로 청구를 제기하는 것 모두를 인정하여 오염을 금지기준이하로 할 것을 청구할 수 있다고 한다. 연대적 금지청구설에는 불법행위규정 또는 그 유추적용을 근거로 하는 학설과 헌법상 기본권에서 그 근거를 구하는 견해가 있다.⁸²⁾

주목되는 것은 분할적 금지청구설 중에는 금지청구의 경우 현실적인 오염농도를 고려하여 일률적으로 삭감률을 결정하면 되고 손해배상 등의 경우와 같이 반증 등은 문제로 되지 않고 또한 기여도도 고려할 필요가 없다고 주장하는 견해이다.⁸³⁾ 즉 예컨대 원고에게 인접하고 있고 착지농도기여도가 50%에 달하는 A와 원고로부터 멀리 떨어져 있기 때문에 착지농도기여도가 1%인 B가 있고 원고 거주지가 적법레벨 농도의 2배까지 오염된 경우에는 특단의 사정이 없는 한 각 오염원의 배출량을 각각 반감하지 않으면 목적을 달성할 수 없기 때문에 결국 A, B의 기여도와는 무관계하게 삭감률만이 결정적 요소가 된다고 한다.⁸⁴⁾

81) 牛山 積, 公害法の課題と理論, 日本評論社, 1986, 171면 ; 澤井裕, 公害差止の法理, 日本評論社, 1976, 160면.

82) 木村保男=東島敏男=坂和章平, “複數汚染源に對な差止請求”, 法律時報 50卷 10号, 1978, 89면.

83) 澤井 裕, 前掲書, 160면.

84) 牛山 積, 前掲書, 175면.

금지의 법적 근거에 관하여 불법행위설을 취하는 견해의 경우 통상적으로 각 피해의 책임이 자기 배출량을 0으로 할 때까지를 한도로 하여 연대책임을 진다고 해석되고 있고 그 한도에서 피고에게 불가능을 명하는 것은 아니다. 그러나 이 설에 의하면 표적이 된 기업은 일시적 또는 영구적으로 다른 오염원의 오염까지 자기책임으로서 지게 되어 결국 조업정지를 할 수밖에 없게 되어 불합리하다고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 이 점에 대해서는 금지의 집행방법을 간접강제로 하면 결국은 금전지급의 문제로 되지만 다른 오염원의 오염에 대하여 실제로 금지가 되지 않는 한 장래에 향하여 계속적으로 금전지급의 의무를 진다는 점에서 통상의 손해배상에 있어서 연대책임과 서로 다르다고 할 수 있으며 이 점을 고려할 때 연대적 금지청구는 재고의 여지가 있다고 할 수 있다.

절충설의 경우에도 원고의 양해 없이 피고의 수를 늘려서 소송의 지연을 초래하는 것이 바람직할가라는 문제점이 있기 때문에⁸⁶⁾ 결국은 분할적 금지청구설을 취하면서 복수오염원에 의한 오염을 금지기준이하로 하기 위해서 각 오염원에게 일률적 삭감률을 달성하도록 명령하는 방법밖에 없을 것이다. 이것에 대하여는 소송의 지연을 가져온다는 비판도 있지만 일률적 삭감률을 과한다는 점에서 그러한 위험은 없다고 할 수 있다. 그리고 이와 같이 생각한다면 西淀川 第2-4次소송판결과 같은 추상적 금지청구를 부적당한 것으로 하는 경우는 발생하지 않을 것이다.

3. 금지청구의 실체적 요건

금지청구의 법적 근거에 대해서는 인격권설, 물권적 청구권설, 불법행위설, 환경권설 등의 견해가 있으나 다수의 판례와 종래의 통설은 인격권설을 채용하고 있다.⁸⁷⁾ 금지청구의 실체적 요건에 대하여 판시한 것으로서 판례상 주목되는 것은 名古屋新幹線公害訴訟 항소심판결과 국도 제43호선 상고심판결을 들 수 있다. 전자는 수인한도론을 채용하면서 인격권 침해를 「신체에 대한 물리력의 침해」에 한정하고 일상생활에 대한 방해, 안온에 대한 방해는 그 결과로서 발생하는 것에 지나지 않는다는 생각을 표시하여 학설로부터 인격권의 정신적 면을 경시하였다는 비판을 받았다.⁸⁸⁾ 그러나 보다 중요한 것은 공공의 영조물

85) 澤井 裕, 前掲書, 158面.

86) 澤井 裕, 前掲書, 161面.

87) 大塚 直, “生活妨害の差止に關する最近の動向と課題”, 新・現代損害賠償法, 日本評論社, 1998, 190面.

88) 淡路剛久, “公害・環境問題と法理論”, ジュリスト 840号, 1984, 22面.

의 공용금지의 위법성에 대하여 실체판단을 행한 최초의 최고재판소 판결인 후자이다. 이 판결은 금지에 대해서도 수인한도론을 채용하면서 금지청구와 손해배상청구와 관계에서 「시설의 공용금지와 금전에 의한 배상이라고 하는 청구내용의 상위에 대응하여 위법성 판단에 있어서 각 요소의 중요성을 어느 정도의 것으로서 고려할 것인가에 대해서는 양자의 상위가 존재하기 때문에 이러한 장면에서 위법성의 유무판단에 차이가 발생하더라도 불합리한 것이 아니다」라고 하였다. 이것은 위법성단계설을 제기한 것으로 보이지만, 위법성의 각 판단 요소의 중요성이 청구 내용에 따라서 달라질 수 있다는 입장을 표시한 것으로 단순한 위법성단계설 만을 취하는 것은 아니라고도 볼 수 있다.⁸⁹⁾

국도 제43호선 상고심판결에 있어서 손해배상과 금지청구판단의 요소를 검토하여 보면 손해배상청구에 있어서는 「침해행위가 갖는 공공성 내지 공익상의 필요성의 내용, 정도에 대하여 본건 도로가 지역주민의 일상생활의 유지존속에 불가결하다」고까지 할 수는 없다고 하는데 반하여, 금지청구에 대해서는 「연도의 주민 혹은 기업에 대해서 뿐만 아니라 지역간 교통과 산업경제활동에 대해서 대체할 수 없는 큰 편익을 제공하고 있다」고 평가하고 있다. 이것은 공공성요소의 중요성이 청구내용에 따라서 달라질 수 있다는 것으로 보여진다. 즉 손해배상에 대해서는 공공성이 있더라도 다른 요소에 의해서 그 고려가 제한되는 것이나, 공공성은 어디까지나 하나의 판단사유에 지나지 않지만 금지청구에 관하여는 특히 수익과 수인의 상호보충성을 문제로 하지 않는다는 점에서 공공성이 보다 중대한 요소로 되었다고 할 수 있다⁹⁰⁾. 이 판결은 금지청구의 인정여부의 판단에서 피해와 공공성을 비교형량하는 사고를 취하고 있는데 이러한 사고는 대립되는 이익이 구체적 내용으로 되어 있는 환경오염으로 인한 생활방해의 경우에는 피할 수 없는 것이라고 생각되나 판단의 최종적 국면에 있어서 사용되는 것이 바람직할 것이다⁹¹⁾⁹²⁾.

공공성의 판단은 금지의 내용으로서 「도로의 공용의 부작위」를 문제로 할 것인가, 그렇

89) 학설상 금지청구에 있어서 중시되어야 할 요소로서 가해행위의 공공성 등의 사회적 유용성, 방지조치의 곤란성, 피해발생의 개연성 등을 들고 있다.(大塚 直, 前掲論文, 1998, 191面)

90) 공공성 내지 공익상 필요성의 정도와 내용은 원래 일부 소수자의 특별한 희생에 의한 공익적 이익의 실현에 의한 불공평을 문제로 한 것으로 손실보상적 배상에 선 것이라고 할 수 있다. 그러한 의미에서는 금지청구판단의 요소로 하지 않은 것에는 그 나름의 이유가 있다고 할 것이다.

91) 大塚 直, “生活妨害の差止に關する基礎的考察”, 法學協會雜誌 107卷 3号, 1990, 482面.

92) 즉 ① 본건도로의 이용이 지역적으로 적합한가 ② 가해자가 경제적으로 보아 기대가능한 조치를 취하였는가 ③ 가해자가 사전에 환경영향평가 및 주민에의 설명 등의 절차를 취하였는가 등의 사정도 금지청구의 판단에 있어서 중요한 요소이고 피해의 개연성이 중대한 것인 이상 즉시 그것을 공공성과 비교형량하는 것이 아니고 그 이전에 이러한 것들을 개별적으로 판단할 수 있는 사정을 고려하여야 하고 그것을 충족하지 않은 경우에는 가해행위에 고도의 위법성이 인정되기 때문에 종합형량을 하지 않고 금지청구를 인정하는 것도 검토되어야 할 것이다.

지 않으면 보다 경미한 작위 예컨대 단순한 설비의 설치를 문제로 할 것인가에 의해서 크게 달라진다고 해석된다. 종래 피고활동의 공공성을 판단할 때 「영조물 공용의 부작위」 및 환경오염원의 조업의 금지를 염두에 둔 논의가 많았다고 생각된다. 그러나 추상적 부작위 청구에 있어서 보다 경미한 작위방법이 취하여질 수 있고 그와 같은 것이라면 공공성을 해하지 않고 인용될 가능성도 있을 것이다⁹³⁾. 금지청구의 내용에 따라서는 공공성의 고려가 거의 필요하지 않는 경우도 있을 수 있기 때문에 금지청구의 인부를 결정하는 위법성 판단에 있어서 이러한 금지청구내용에 따른 배려가 있어야 할 것이다.

금지요건에 대해서는 종래 판결에서 첫째 금지청구의 인부판단에 있어서 피해의 광범위함을 고려하여야 하고, 둘째 적어도 가처분의 경우에는 금지청구의 피해요건을 지역적으로 판단하여야 하고, 셋째 환경침해소송에 있어서 인과관계 내지 피해에 대하여 입증책임이 가해자에게 일정정도 전환되고, 넷째 가해자가 사전에 환경평가나 주민 동의 등의 절차를 취하였는가 여부를 금지청구의 인부판단에 있어서 중요한 요소로 하였다는 점 등이 제시되었다⁹⁴⁾.

첫째의 요소는 오오사카 국제공항 환경소송 항소심판결이 취하여 나고야신간선환경소송 제1심판결과 항소심판결에서 고려되었지만 국도 43호선 상고심판결에서는 고려되지 않았다. 셋째 요소는 기피시설의 금지청구의 판례에 있어서 종래에 거론되었으나 최근의 판례에 있어서는 이것에 대하여 입증책임은 민사소송의 일반원칙에 따른 것이 적지 않다⁹⁵⁾. 원자력발전소의 건설·운전의 금지청구에 관하여 시설의 안전성의 결여에 대해서는 원고가 증명책임을 진다고 하면서 이 점에 관한 자료는 모두 피고가 가지고 있다는 점을 감안하여 원고는 안전성의 결여에 대하여 일응의 입증을 하면 피고측이 반증을 하는 것이 필요하고 피고가 이것을 다하지 않은 경우에는 안전성의 결여가 사실상 추정된다고 한 것이 있다⁹⁶⁾. 넷째의 요소인 금지청구의 인부판단에 있어서 소위 절차적 위법성 특히 환경영향평가제도의 불이행 등의 위치설정에 대해서는 많은 논의가 진행되어 오고 있다. 판례에서는 공공시설의 금지청구소송에 있어서 사전의 환경영향평가의 불이행 또는 주민의 동의가 없다는 것을 금지청구의 판단요소로 하는 판결이 상당히 축적되어 있다⁹⁷⁾. 이 요소와 관련하여 문제로 되는 점은 절차적 하자만으로 피해발생의 개연성을 문제로 하는 것 없이

93) 大塚 直, 前掲論文, 1990, 585面.

94) 大塚 直, 前掲論文, 1988, 192-193面.

95) 대표적 예로, 大阪地判 1991. 6. 6, 判例時報 1429号 85面.

96) 仙台地判 1994. 1. 31, 判例時報 1429号 85面.

97) 이에 대한 최초의 예로서 大津地判 1962. 9. 10, 下民集 13卷 9号 1812面을 들 수 있다.

금지가 인정될 수 있는가의 점이다. 이 점에 대해서는 판례는 거의 부정하고 있다고 해도 과언이 아니고 어떠한 형태로든 수인한도를 넘는 피해발생의 개연성을 요건으로 하는 사고를 채용하고 있다⁹⁸⁾. 이에 대하여 학설에 있어서는 견해가 나뉘어져 있다. 환경영향평가 절차의 하자만을 근거로 하여 금지청구를 인용하여야 한다는 견해도 있지만⁹⁹⁾ 다수의 견해는 어떤 형태로든 권리침해의 개연성의 유무가 문제로 된다고 하는 피해발생의 개연성과 환경영향평가의 결합과의 관계를 고려하고 있다¹⁰⁰⁾.

4. 금지청구와 손해배상청구에 있어서 위법성판단의 차이

국도 43호선 상고심 판결은 금지청구를 인용하여야 할 위법성이 존재하는가 여부를 판단함에 있어서 고려되어야 할 요소는 배상청구를 인용하여야 할 위법성이 있는가 여부를 판단함에 있어서 고려되어야 할 요소와 거의 공통하지만 시설의 공용금지와 금전에 의한 배상이라는 청구내용의 상위에 대응하여 위법성의 판단에 있어서 각 요소의 중요성을 어느 정도의 것으로 고려할 것인가에 대해서는 스스로 상위가 존재하기 때문에 각각 위법성 유무의 판단에 차이가 발생한다고 하여도 불합리하다고 할 수 없다고 하였다.

이 판결의 입장은 위법성 이원론에 입각한 것이지만 손해배상과 금지청구 간에 수인한도 판단에 차이를 가져오는 가장 큰 요인은 수인한도의 고려요소 중의 공공성에 관한 판단의 상위라고 생각된다. 금지청구에 있어서는 공공성이 중시되어 「본건 도로가 그 연도의 주민 및 기업에 대해서 뿐만 아니라 지역간 교통과 산업경제활동에 대해서 그 내용 및 양에 있어서 대체할 수 없는 많은 편익을 제공」하고 있기 때문에 수인한도는 높아지게 되어 금지청구가 인정되기 위해서는 피침해이익의 성질·내용이 보다 중대한 것이 되어야 한다고 하였다. 이와 같은 위법성의 이원론은 공항, 도로 등의 공공시설에 대해서는 「배상은 하더라도 금지청구를 인정하지 않는다」는 결과를 도출하기 쉽게 되어 공공시설의 주변주민에 대하여 그 피해를 금전으로 보상하는 손실보상의 국면과 유사한 상황을 출현시키는 것에 주의할 필요가 있다. 이러한 상황 하에서 손해배상책임에 관한 판단에 있어서는 공공성이 존재하고 있다는 것이 전제되고 있기 때문에 손해배상에 있어서 수인한도의 고려요소로서 공공성을 포함시키는 것은 무의미에 가깝다.

98) 예컨대 高松高判 1986. 11. 18, 訟務月報 33卷 12号 2871面.

99) 原島重義, “開發と差止請求”, 九大法政研究 46卷 2=4号 293面.

100) 富井利安=伊藤護也編 公害法と環境法の展開, 法律文化社, 1987, 131面.

금지청구에 대한 수인한도를 손해배상청구보다도 높게 파악하는 것에 대해서는 비판이 존재하고 가능한 범위 내에서의 어떠한 소음저감조치를 명하여야 하는 것이 아닌가라는 입장도 있을 수 있다. 그러나 적어도 피해가 건강피해, 신체피해에까지 중대하게 미친 경우에는 금지청구에 대해서도 위법성이 인정되어 위법성이 일원화될 것이다. 국도 43호선 최고재판소 판결이 취하는 위법성 이원론은 공공시설의 주변주민에게 건강피해에까지 이르지 않은 생활방해가 미친 상황에서 취하여진 이론이고 여기서 문제된 공용관련하자에 있어서는 보상의 논리가 내재하고 있는 것을 인정할 수 있다.¹⁰¹⁾

V. 맺음말

오오사카공항소송 최고재판소 판결 이후 공공의 영조물의 주변주민이 공용행위에 관련하여 입게 되는 계속적 환경피해에 대해서는 국가배상법 제2조(우리 나라의 경우 국가배상법 제5조)가 적용되어 영조물의 설치·관리의 하자에 대해서 공용관련하자라고 불리는 특수한 성격을 갖는 책임법리가 기능하고 있다. 이와 같은 공용관련하자판례에서는 민법영역의 환경침해판례에서 적용되는 수인한도와 같은 판단기준이 제시되어 동조가 작용된 다른 하자유형과 차이를 나타낸다. 공용관련하자는 공공의 영조물의 정당한 공용에 수반하여 불가피하게 손해가 발생한다는 점에서 민법의 통상의 환경침해판례와 다른 성격을 내재하고 있는데 이러한 점에서 손실보상적 성격을 갖는다고 할 수 있다.

판례는 공공의 영조물의 주변주민이 입게 되는 환경침해소송에 있어서 국가배상법 제2조(우리 나라의 경우 국가배상법 제5조)의 하자책임형태를 취하면서 수인한도론의 조작에 의해서 균형있게 책임유무를 결정하고 있다. 이 과정에서 손실보상의 성격을 가미한 수인한도의 판단이 요청되는 것은 민법의 수인한도론과는 다른 공용관련하자의 특수성에서 비롯된다고 볼 수 있다.

손실보상적 관념과 관련시켜 공용관련하자유형을 파악할 경우 공공의 영조물 주변주민이 입는 피해의 실질이 수인한도범위를 넘는가의 여부에 의해서 구제유무를 결정하는 공통의 판단기준을 설정하는 것이 가능하다. 이와 같이 공용관련하자에 대해서 손실보상적 성격을 내포하는 것으로 파악하는 것은 국가배상과 손실보상의 구별을 상대화하는 것이며

101) 小幡純子, “國家賠償法2條の再構成”(下), 上智大學論集 38卷 2号, 1999, 40面.

국가배상법 제2조(우리 나라의 경우 국가배상법 제5조)의 재구성을 시사하는 것으로 해석할 수 있다.

한편 공용관련하자에 대한 법적 구제수단으로서 활용되는 금지청구에 대해서는 손해배상청구에 비하여 인용되는 경우가 거의 없다고 하여도 과언이 아니었으나 최근의 일부 판례에서는 이에 대하여 적극적으로 판단하는 판례가 등장하고 있는데 이들 청구가 인용될 경우 청구내용이 되는 추상적 부작위가 현실적 행정과정에서 구체적으로 어떻게 실현될 것인가는 금후 주목되는 점이라고 할 수 있다.

주제어 : 공용관련하자, 손해배상, 금지청구, 공공성, 예견가능성, 결과회피가능성.

【ABSTRACT】

The Liability for Environmental Damages Caused by
Defects in Public Structures in Relation to the Third
Parties

Kim, Chang Jo

The problem of the liability for environmental damages caused by defects in public structures is increasingly raised by the persons who live near the public structures. The legal relief measures for damages caused by defects in public structures through the State Compensation Act article 5 are composed of the compensation for damages and injunction.

The redress for environmental damages caused by defects in public structures in the relation to the third parties is decided by the theory of limit not to interfere which is formed in case law. This case law is different from that of usual liability for damages caused by defects in public structures. The features of case law for the injunction for continuous environmental infringements caused by defects in public structures in relation to the third parties is that the contents of the request are abstract. This is derived from the peculiarity of continuous environmental infringements caused by defects in public structures in relation to the third parties.