

航空機騒音被害와 受忍限度論

A study on the aircraft noise suffering and endurance level

김선이*

Prof. Kim, Sun Ihee

Dept. of Air and Space Law Hankuk Aviation University

소재선**

Prof. So, Jae Seon

Dept. of Law Kyung Hee University

- I. 問題의 提起
- II. 우리법제상 騒音의 概念과 航空機騒音
- III. 受忍限度論
- IV. 受忍限度論의 機能
- V. 受忍限度論과 禁止請求權
- VI. 受忍限度에 대한 日本의 橫田基地公害訴訟(제1심)判決
- VII. 受忍限度에 의한 日本의 大阪國際空港 夜間飛行禁止請求
- VIII. 受忍限度에 의한 매항리소음피해사건
- IX. 결론

I. 問題의 提起

현대사회에서 騒音¹⁾은 중요한 환경문제의 하나로 등장하고 있으며, 특히 항

* 한국항공대학교항공우주법학과교수, ** 경희대학교법과대학교수

1) 독일에서는 소음을 이웃 또는 제3자를 방해할 수 있거나 또는 방해하고 장시간의 음량으로

공교통량이 폭주²⁾하면서 공항주변의 주민들에게 있어서 항공기 소음은 정신적, 신체적으로 피해를 끼치고 있다. 이처럼 항공기가 현대산업사회에서 필수 불가결의 인간의 삶의 질을 향상시키는 기능을 하는 반면에 이러한 항공기 소음으로 인하여 피해를 호소³⁾하는 역기능의 조정에서 주요한 법이론으로 등장한 것이 소위 受忍限度論이다. 우리나라의 경우도 1990년대 이후에 와서는 공항의 인근주민들이 항공기 소음으로 인한 재산상·정신적·신체적피해와 관련하여 소음피해방지대책을 정부측에 요구하기에 이르나 예산상의 문제로 소극적으로 대처해 오고있는 실정이다⁴⁾. 우리나라 수도권 주민의 60% 이상이 “심한 騒音”을 인지하고 있다고 하는데 이처럼 우리 사회에 소음이 일반화되어 있다는 것을 의미하기도 한다⁵⁾. 최근 매항리주민이 국가를 상대로 손해배상청구를 청구한 사건에서 처음으로 항공기소음으로 인한 피해를 인정한 서울지법의 판결은⁶⁾ 그런 의미에서 그 의의가 크다. 또한 최근(2002.1.16일자) 주택가에 위치한 대형음식점에 대하여 중앙환경분쟁조정위원회가 피해배상을 판결한 사건

병을 유발할 수 있는 원치 않는 소리를 말하며 데시벨(dB)이라는 단위로 표시된다(Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm vom 16. 7 1968). 항공기의 종류에 따라 다르겠지만 공항에서 150m 떨어진 지역이 대략 80-90 dB, 600m 이상 떨어진 지역에선 70dB으로 주택지역(60dB)은 적어도 공항으로부터 약 1.5km 이상의 원거리에 조성되어야 한다고 한다(일본환경청 <http://hudson.idt.net/~beck/soundpressure.html>, 1면 참조.)

2) 항공수요는 소득수준의 향상으로 인하여 해외여행 및 국제교역량이 급속히 증가하고 있다. 아시아태평양지역의 경우 매년 10%이상 성장하고 세계에서 두 번째로 큰 항공시장으로 부상하고 있다(건설교통부, 건설교통백서(1993-1997), 1998, 371면 참조). 예컨대 김포공항의 경우 1993년(451회/1일), 1994년(490회/1일), 1995년(539회/1일), 1996년(586회/1일), 1997년(628회/1일), 1998회(575/1일). ... 이러한 통계에서 항공기 운항횟수가 전체적으로 증가할 것으로 보이며(환경부, 「환경부백서2000」, 2001. 307면 참조), 이러한 추세는 미국 테러사건으로 주춤한 듯하다가 2001년 연말을 기하여 다시 활기를 찾고 있다.

3) 항공기 소음이 공항주변의 거주자에게 미치는 대표적인 피해로는 수면방해, 청력상실과 소음난청, 신체적반응 및 통신방해, 기타 학교의 수업방해 등을 들 수 있다; 金明龍, 航空機騒音의 法的 規制方案, 법제연구 20호, 212면 참조.

4) 한국항공공단, 「항공기소음대책현황」, 1998, 8면 이하 참조.

5) 우리나라 환경부가 2001년 6월 13일부터 일주일 동안 서울, 인천, 수원, 10개지역 주민 1002명을 대상으로 소음 등 생활환경 만족도에 관한 여론조사를 한 결과에 따르면 수도권 주민의 62.6%가 “주거지역의 소음이 심하다”고 느끼고 있는 것으로 나타났다. 특히 소음진동으로 인한 피해경험이 있다고 답을 한 사람은 전체의 30.7%였고, 구체적으로는 집중력감소, 대화장애, 수면장애, 두통, 공부방해 등을 호소했다고 한다.

6) 서울지법, 2002.1.9. 제9민사부 판결(재판장 윤영선).

은⁷⁾ 음식점의 소음피해에 대한 첫 번째 배상판결로 앞으로 이와 유사분쟁조정이 늘어날 전망이다. 특히 항공기소음피해의 문제에 적절히 대처하는 방법으로는 분쟁이 발생할 경우 이를 조정하기 위한 법규의 마련 즉 공항에서 발생하는 騒音의 事前 豫防的 防止措置 및 부득이하게 발생한 경우 事後的으로 배상하여야 할 기준치를 설정해야만 한다. 여기서 騒音으로 인한 피해가 있더라도 이를 受忍해야 하는 기준 및 그 정도는 어디까지인가의 문제가 생긴다. 사실 일상생활 중에 소음은 늘 발생하기 마련이기 때문에 騒音을 絶對적으로 금지시킬 수는 없지만 그 허용기준을 어떻게 정할 것인가의 受忍限度論이 문제라 할 수 있겠다. 이에 관하여 우리민법 제217조는⁸⁾ 私法的인 입장에서 騒音·振動規制法⁹⁾은 공법적인 입장에서 소음에 대하여 규율하고 있다. 최근 우리나라 대법원 판례도 受忍限度에 대하여 “사회통념상 수인한도의 초과여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 態樣, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인허가관계, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”¹⁰⁾고 판시하고 있다. 이에 항공기소음피해에

7) 한국일보, 2002.1.17일자 참조.

8) 우리민법 제217조는 독일민법 제906조를 따른 것으로 두 임미시온법은 많은 공통점을 가지고 있다. 그러나 독일민법 제906조는 그 후 2차례에 걸쳐서 개정이 되었으며 현행 독일민법 제906조와 우리 민법 제217조는 상당한 차이가 있다. 따라서 양법이 동일한 해석을 하기에는 무리가 있다고 여겨진다.

1959년 개정된 독일민법 제906조: (1) 토지소유자는 ... 소음, 진동의 유입 및 다른 토지로부터 오는 이와 유사한 영향이 자기의 토지의 사용을 침해하지 아니하거나 또는 그 영향이 본질적이지 아니한 경우에는 이를 금지할 수 없다. (2) 본질적 침해가 다른 토지의 그 지역의 통상적인 사용으로 말미암아 야기되고, 이러한 종류의 토지사용자들에게 경제적으로 기대될 수 있는 조치에 의하여 그 침해를 방지할 수 없는 경우에도 그러하다. 이에 따라서 소유자가 그러한 생활영향을 인용해야 하는 경우에, 그 영향이 자기의 토지의 지역의 통상적인 사용 또는 그 토지의 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서 침해하는 경우에는 소유자는 그 다른 토지의 사용자에게 적절한 금전보상을 청구할 수 있다. (3) 특별한 유도시설에 의한 流入은 허용되지 아니한다

1994년 개정민법 제906조에서는 제1항에 제2문과 제3문이 추가되었는데, 그 내용은 다음과 같다. “法 혹은 法規命에서 정한 한계치 내지 표준치가 이러한 법령의 규정에 따라서 조사되고 평가된 생활방해에 의하여 초과되지 아니하는 경우에는 원칙적으로 비본질적인 침해가 있다. 연방임미시온보호법 제48조에 의하여 제정되고 기술의 수준에 상응하는 一般行政規則에 포함되어 있는 수치에 대하여도 동일하다.” 에서 임미시온의 한 예로 騒音이 명시되어 있다.

9) 1990년 8월 1일에 법률 제4259호로 제정된 이 법률은 그 후 수 차례 개정되었으며, 최근에도 2000년 2월 3일에 법률 제6262호로 일부개정이 이루어진 바 있다.

관하여 우리나라의 대법원 판례는 아직 그 예가 없기 때문에 본고에서는 일본의 대표적인 항공기소음으로 인한 환경소송을 受忍限度論에 限定하여 학설과 판례를 정리하고, 최근 서울지법의 매향리 항공기소음의 피해에 대한 손해배상 판결은 이에 관한 거의 최초의 우리나라 판결이기 때문에 하급심 판결이지만 앞으로 항공기소음피해는 물론이고 각종 소음피해로 인한 손해배상소송에 큰 영향을 미칠 것으로 생각되어 본고에서 간단하게 다루고자 한다.¹¹⁾

II. 우리법제상 騒音의 概念¹²⁾과 航空機騒音¹³⁾

우리 민법초안에서는 제2편 물권 제3장 소유권 제1절 소유권의 한계 중 상린관계의 한 내용으로 제206조에서 생활방해에 대한 규정을¹⁴⁾ 두고 있었는데, 그 예로 “음향”이 명시되어 있었다. 그 후 수정안¹⁵⁾과 민법 제217조(거의

10) 大判 1995.9.15, 95다23378(부산대학교사건), 법원공보 1995년, 3399면; 大判 1997.7.22, 96다56153(봉은사사건), 법원공보 1997년, 2636면.

11) 서울민사항소9부는 미공군폭격주민피해대책위원장 전만규(44)씨 등 매향리 주민 14명이 인근 쿠니스격장의 미군전투기 사격훈련으로 피해를 봤다며 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 “국가는 주민들에게 1,105만~975만원씩 배상하라”며 원고승소판결을 내렸다(한국일보, 2002년 1월 10일자).

12) 이에 관한 자세한 자료는 주로 “안경희, 騒音에 의한 生活妨害, 한국민사법학회(2001) 추계 학술대회발표문”을 참조하였음을 밝혀둔다.

13) 항공기소음, 특히 제트엔진에서 발생하는 음압은 이륙의 경우 전방 100m 지점은 120-13dB의 음압, 제트엔진에서 발생하는 소음은 인근 25m 부근에서 130-140dB로 측정되고 있다. 항공기로부터 발생하는 물리적 소음은 항공기종류 및 크기, 풍향 등에 의해서 달라진다. 이에 대한 자세한 함은; 日本環境廳 <http://hudson.idt.net/~beck/soundpressure.html>, 1 면 참조.

14) 민법초안 제206조 [매연 등에 의한 隣地에 대한 생활방해금지] 토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동, 기타 이에 유사한 것으로 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적절한 조치를 할 의무가 있다. 이웃 거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 適宜한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.

15) 민법안심의소위원회에서 심사 중에 토지소유자를 토지 및 건물소유자로 하는 문제에 대하여 논의되었는데, 이 조문이 토지소유자의 상린권에 관한 것임을 이유로 초안을 그대로 유지하기로 하였고, 이웃거주자의 생활에 고통을 주는 경우만을 규정할 것이 아니라 이웃토지에 손해를 주는 경우도 함께 규정하자는 제안이 민법안심의소위원회에서 받아들여져 제1항중 “유사한 것으로”의 다음에 “이웃토지의 사용을 방해하거나”를 삽입하도록 수정하였다. 민법안심의록,

수정안이 그대로 확정된)16)에서도 생활방해의 예로 음향이 예시되고 있다. 원래 제217조는 구 민법에는 없던 조문을 신설한 것이나 이에 대한 입법당시의 자료는 거의 없다. 당시 우리의 상황은 농경중심사회였기 때문에 소음이 사회 문제로까지 확산되지 않은 상태여서 임미시온 문제에 대한 진지한 검토가 없이 당시에 임미시온에 대한 명문규정을 두고 있던 독일민법 제906조, 기타 스위스민법 제604조 제2항17)과 중화민국민법 제793조18)의 입법례와 특히 독일민법 제2초안을 참조하여 이에 대한 규정을 민법전에 신설한 것으로 추측된다.19)

이처럼 우리민법규정에서는 “騒音”이라는 개념에 대하여 직접적으로 정의의 내리고 있지 아니하고 있으며, 생활방해의 예로 騒音이라는 단어가 예시되어 있지도 않고 다만 騒音·振動規制法에서 騒音에 대한 규정을 하고 있을 뿐이다20). 특히 이 법에 의해서 발효되는 施行令·施行規則 내지는 환경부고시

상권, 137-138면 참조.

16) 민법 제217조 [매연 등에 의한 隣地에 대한 방해금지] (1) 토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동, 기타 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다. (2) 이웃 거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다.

17) 매연, 악취, 음향 또는 진동에서 생기는 유해하고 토지의 위치 및 성질상 또는 관행상 이웃 사람이 인용하지 않으면 안 될 범위를 넘는 침해는 이를 금한다.

18) 토지의 소유자는 타인의 토지로부터 瓦斯, 증기, 후기, 熱煙, 열기, 灰屑, 喧騒 진동 및 기타 이와 유사한 것이 침입한 때에는 이를 금지할 수 있다. 다만 침입이 경미하거나, 토지의 형상, 지방관습에 의하여 상당하다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

19) 이에 관한 입법자료로는 민사법연구회(한국민사법학회의 전신)의 民法案意見書에서 草案의 잘못을 지적하고 있는 것이 거의 유일하다. 이 의견서에서도 相隣關係에 관하여 조문을 신설한 것은 국민공동생활의 원활을 기하는 의미에서 원칙적으로 찬성한다는 정도의 포괄적인 입장 표명만 하고 있을 뿐 제217조에 대하여는 별다른 언급이 없다: 民事法研究會, 民法案意見書, 일조각, 1957, 10면 참조.

20) 騒音·振動規制法은 1990년 공장·건설공사장·도로·철도 등으로부터 발생하는 騒音·振動으로 인한 被害를 防止하고 騒音·振動을 적정하게 管理·規制함으로써 모든 국민이 정온한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 제정되었다(동법 제1조). 同法에서 “騒音”이라 함은 기계·기구·시설 기타 물체의 사용으로 인하여 발생하는 강한 소리를 말한다(동법 제3조 제1호). 이 개념은 동법시행규칙에서 정하고 있는 기준치에 의하여 해석된다. 즉 기준치를 초과하는 경우에 이 법의 규율대상이 되는 소음이 있는 것으로 보게 된다. 그 밖에도 이러한 기준치들은 동법의 적용대상이 되는 시설의 “허가기준”이 되기도 하고, 허가를 받은 시설영업자의 소음방출행위의 “위법성”을 판단하는 기준이 되기도 한다. 同法施行規則에서는 騒音原을 중심으로 공장소음, 생활소음, 교통소음, 航空機騒音으로 나누고 각각에 대하여 상이한 기준치를 제시하고

에서는 騒音을 측정하고 평가하는 데 필요한 세부적인 기준까지도 명시되어 있다. 이러한 기술적인 요소들이 騒音의 개념을 법적으로 분석함에 있어서 그 전제가 되어 있다. 특히 소음의 한계기준치를 설정하려면 우선 소음을 기술적으로 측정하여 전국적인 소음의 실태를 파악하여야 한다. 이에 소음진동규제법에서는 환경부장관에게 - 관계기관의 장과 미리 협의하여 - 소음측정망을 설치하고 상시 측정할 의무를 부과하고 있다(동법 제3조 제1항). 이처럼 소음을 측정하는 경우에 환경부장관은 측정망의 위치, 범위 및 구역 등을 명시한 측정망 설치계획을 결정하여 고시하고 그 도면을 누구든지 열람할 수 있게 하여야 한다(동법 제4조 제1항). 뿐만 아니라 소음측정의 정확과 통일을 기하기 위하여 환경부장관은 소음·진동공정시험방법도 고시하여야 하는데, 환경부 고시 제2000-31호(소음·진동공정시험방법)에는 소음·진동규제법에서 정하는 소음 배출기준, 소음규제기준 및 기타 소음을 측정하기 위한 시험(측정)방법에 대하여 자세한 규정을 두고 있다.

이러한 소음 중에서도 본고에서 다루고자하는 항공기소음은 그 범위가 매우 광범위하여 피해범위가 넓고 계속적, 반복적으로 신체와 동식물에 영향을 미치므로²¹⁾ 이에 대한 대책이 요구되고 있으나 우리나라의 현행법상 대책은 거의 존재하지 아니한다. 단지 환경부장관은 항공기소음이 대통령령이 정하는 항공기소음의 한도를 초과하여 공항주변의 생활환경이 매우 손상된다고 인정하는 경우에는 관계기관의 장에게 방음시설의 설치 기타 항공기소음의 방지를 위하여 필요한 조치를 요청할 수 있고(소음·진동규제법 제42조 제1항), 이러한 소음피해 방지를 위한 조치는 군용항공기법시행령 별표 가목 및 나목에 해당되는 공항(전술항공작전기지 중에서 부산광역시 강서구에 소재하는 것을 제외한다)을 제외한 공항에 대하여 취할 수 있다(항공법시행령 제40조 제1항). 이 경우 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 공항의 공항개발사업시행자 및 공항시설의 관리자로 하여금 건설교통부장관이 지정·고시한 공항소음피해 지역 또는 공항소음피해예상지역에 대하여 항공기소음 저감을 위한 사업계획, 토지이용계획, 자원조달 및 투자계획, 사업시행으로 인한 효과, 기타 건설교통

있다.

21) 航空機騒音은 주로 睡眠妨害, 聽力喪失과 騒音難聽, 通信(對話)妨害 등에서 일어나고 있다. 이에 관한 자세한 것은 金明龍, 航空機騒音의 法的規制方案, 법제연구 20호, 215 이하 참조.

부장관이 정하는 사항을 포함하는 소음대책을 수립하도록 하여야 하며, 소음 영향도에 따라 재원의 범위안에서 대책사업을 시행하게 할 수 있다(항공법시행령 제40조 제2항)고 규정하고 있다. 또한 항공기소음은 옥외측정을 원칙으로 하며²²⁾ 그 지역의 항공기소음을 대표할 수 있는 장소나 항공기소음으로 인하여 문제를 일으킬 우려가 있는 장소를²³⁾ 택해야 한다. 항공기소음의 한도는 공항주변인근지역은 항공기소음영향도(WECPL: 웨클은 비행기소음측정단위) 90으로 하고, 기타 지역은 80으로 한다(항공법 시행령²⁴⁾ 제10조의2 제1항).²⁵⁾

민법 제217조(“音響”)²⁶⁾와 騒音·振動規制法 제3조 제1호(“騒音”)²⁷⁾에서는 상이한 표현이 사용되고 있으나 兩法은 모두 騒音을 그 적용대상으로 하고 있으며 소음이 법적으로 의미를 갖는 것은 이로 말미암아 法益이 침해되는 경우이다. 소음·진동규제법의 적용대상이 되는 것은 기계·기구·시설 기타 물체의 사용으로 인하여 발생하는 소음에 한한다. 즉 동법에 따라 허가를 받은 소음 배출시설에서 발생하는 소음, 소음규제지역내에 있는 공사장, 사업장 등에서 발생하는 소음, 교통소음규제지역에서 발생하는 도로·철도·자동차소음, 공항소음피해지역 또는 공항소음피해예상지역에서 발생하는 항공기소음에 대하여서만 소음·진동규제법이 적용된다. 반면에 제217조는 “소음일반”에 대하여 적용된다. 그리고 소음을 배출한 시설이 공법상의 허가, 예컨대 건축허가 내지는 영업허가를 받았는지의 여부도 중요하지 아니하다. 따라서 소음·진동규제법에 따라 소음배출시설허가를 받은 시설로부터 발생하는 소음도 제217조의 규율대

22) 각국의 항공기소음 측정방법에 관한 자세함은, 金明龍, 上揭論文, 222면 참조.

23) 측정점은 지면 또는 바닥면에서 1.2~1.5m 높이로 하며, 상시측정용의 경우에는 주변환경, 통행, 타인의 측수 등을 고려하여 지면 또는 바닥면에서 1.2~5m 높이로 할 수 있다(소음·진동규정시행방법 제5장 제3절 1).

24) 항공법시행령은 대통령령 제17269호로 2001. 06. 30. 일부개정 되었다.

25) 본 시행령상에서의 “공항주변인근지역”은 항공법시행규칙 제271조의 규정에 의한 소음피해지역을 말하고 “기타지역”은 항공법시행규칙 제271조의 규정에 의한 소음피해예상지역을 말한다(동법 시행령 제10조의2 제2항 및 시행규칙 제58조의2).

26) 제217조는 相隣法의 한 부분으로서 서로 경계를 같이 하고 있는 “토지 소유자들” 사이에서의 이해관계의 조절을 목적으로 한다. 따라서 소음이 발생한 곳과 이것이 영향을 미치는 곳이 모두 토지와 관련을 맺고 있어야 한다.

27) 소음·진동규제법의 보호객체는 이웃토지 뿐만 아니라 널리 환경전반에 까지 확대되고 있으므로 반드시 토지관련성을 요하지 아니한다. 다만 소음피해방지의 실효성을 확보하기 위하여 일정한 지역을 규제지역으로 정하도록 하고 있다.

상이 된다.²⁸⁾ 다만 특별법인 소음·진동규제법이 우선해서 적용될 것이다. 그러나 民法은 私인들간의 법률관계를 규율하기 때문에 군용기로부터 발생한 소음과 같은 고권적인 임미시온(hoheitliche Immission)에 대하여는 제217조가 적용되지 아니한다.²⁹⁾ 우리나라 대법원 판례는 “악취, 소음 등의 개념은 공공의 위협, 음란, 공연성 등과는 달리 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적 개념이 아닌 것이므로 오물청소법시행규칙 제24조 제1항 제8호, 제2항 등에서 정한 악취인가 여부를 판단함에 있어서는 당해 법규가 정하는 기준치의 측정방법에 의하지 아니하고서 막연하게 함부로 판정할 수 없다”³⁰⁾고 판시하고 있다.

III. 受忍限度論

우리민법 제217조 제2항에서 受忍限度論에 따라 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 임미시온에 대한 피해지소유자의 인용의무를 규정하고 있으며, 이러한 수인한도를 넘는 생활방해의 경우에는 제217조 제1항에 따라 이웃토지의 소유자가 적당한 조치를 청구할 수 있는 것으로 파악한다. 그 결과 소음 등에 대하여 이웃 토지 사용자가 제217조 제1항의 적당한 조치를 청구할 수 있기 위해서는, 그 소음의 정도가 이웃 토지 사용자가 인용할 한도를 초과하여야

28) 김재형 교수는 “건축업자 등이 국가나 지방자치단체로부터 건축허가를 받아 공사를 진행 중에 있는데, 국가기관인 법원이 인근 소유자의 청구에 따라 위와 같은 공사를 금지시키는 것은 사회경제적으로 많은 손실을 초래할 수 있으므로, 독일연방임미시온보호법 제14조와 같은 규정을 도입하여, 이웃 토지 소유자는 관할관청이 인가한 사적 영업의 임미시온을 인용해야 한다고 규정할 필요성이 있다”고 강조하고 있다: 김재형, 소유권과 환경보호, 韓國民法理論의 發展(무암이영준박사화갑기념논집), 1999, 327면.

29) 최근에 서울지방법원은 미군 사격장 소음으로 고통을 받은 경기도 화성시 매항리 주민 14명이 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서, 역학조사결과 미군 사격장의 소음이 90dB 이상으로, 참을 수 있는 정도를 넘어 주민생활 침해행위의 위법성이 인정되고, 이로 인해 주민들이 청력손실, 고혈압, 스트레스 등 피해를 받은 사실이 인정되므로 국가는 주민들에게 1억 3200만원을 배상하라는 판결을 내린 바 있다(조선일보 2001년 4월 12일 27면). 그러나 이러한 소음을 이유로 제217조에 기한 적당한 조치 청구권을 행사할 수는 없다.

30) 大判 1989.1.31, 88도1650, 법원공보 1989년, 376면.

하고, 반대로 소음이 제2항에서 정한 수인한도를 초과하지 않는다면 이웃토지 사용자는 이를 인용하여야 한다고 보고 있다. 이처럼 제217조 제2항을 - 환경침해의 위법성을 판단하는 기준으로 제시되었던³¹⁾- 受忍限度論³²⁾을 표현하고 있는 것으로 해석하는 것이 일반적이다.³³⁾

독일민법은 물권법예비초안 제105조에서 “임미시온자유”를 원칙으로 삼고 있다. 그 입법이유는 임미시온의 경우에는 개인의 희생이 전체를 위하여서는 장점을 가지기 때문에, 유해한 임미시온이라 해도 일정한 정도까지는 허용되어야 한다는 점을 들고 있다.³⁴⁾ 이후 독일민법 제1초안도 “임미시온자유”를 원칙으로 삼고있는 바, 그 논거는 임미시온을 금지하는 것은 실현가능성이 없다는 점과 임미시온금지로 말미암아 산업발전을 마비시키게 될 수 있다는 점이 제시되고 있다.³⁵⁾ 제2초안도 다시 보통법의 입장으로 돌아가 “임미시온금지”를 전제로 하였는데, 제2초안에서 임미시온자유 원칙을 배격하는 이유로 이 원칙을 취할 경우 법에서 명시적으로 금지하지 않는 모든 임미시온은

31) 環境被害에 대한 不法行爲를 원인으로 하는 損害賠償은 가해행위가 위법해야 한다. 즉 법적인 보호법익을 위법하게 침해한 경우 그에 대한 배상책임을 인정할 수 있는 것이다. 그러나 環境被害의 경우에 가해행위의 위법성을 밝히는 것은 매우 어려워 이 경우의 환경피해시 위법성의 문제를 극복하기 위하여 등장한 것이 수인한도론이다. 즉 환경피해가 사회생활상에서 일반적으로 용인될 수 있는 범위내의 것인 때에는 위법성이 없는 것으로 보고, 그러한 수인한도를 넘는 경우에 한하여 위법성이 있는 것으로 판단하는 것이다: 윤철홍, “환경권의 본질과 停止請求權 -대판 1997.7.22, 96다56153, 공보 1997(하)-2636면 이하-”, 民事法學(韓國民事法學會), 제17호 (1999년), 370면.

32) 제217조 제2항에서는 매연 등에 의한 생활방해가 토지의 통상의 용도에 적합한 것인 때에는 이웃 거주자에게 인용의무를 부과하고 있다. 문제는 임미시온에 의한 생활방해의 위법성을 조각시키는 수인한도의 기준으로 제시되고 있는 “토지의 통상의 용도에 적당한지의 여부”를 판단하는 기준이 무엇이나 하는 것이다. 문헌에서는 이러한 판단기준으로 -독일민법 제906조에서 처럼- 침해의 비본질성, 지역의 통상성, 기대불가능성이 제시되고 있다. 이에관한 자세한 권오승, “환경소송의 효용과 한계”, 민법학논집 제2(후암곽윤직선생고회기념), 박영사, 1995, 513면 이하; 김상용, “환경침해불법행위”, 민법학논집 제2(후암곽윤직선생고회기념), 박영사, 1995, 542면 이하; 윤철홍, 상계논문, 372면; 이용우, “공해의 위법성”, 사법논집, 제10집 (1979년), 88면 이하 등 참조.

33) 김상용, 전계서, 358면 이하; 김재형, 전계논문, 319면; 서광민, “물권적 청구권에 관한 일고찰 -물권적 청구권의 내용에 관한 논의의 매듭을 위하여-”, 민사법학(한국민사법학회), 제17호 (1999년), 491면; 전경훈, 전계논문, 197면.

34) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Sachenrecht und Begründung in 3 Bänden, Berlin 1880, Bd. 2, S. 584.

35) Motive III, S. 266.

허용된다고 보게 되어 사소한 침해에 대하여 방해배제청구를 할 수 있기 때문에 산업발전을 저해시킬 수 있다는 점도 고려되었다.³⁶⁾ 그리고 산업지역이 확장됨에 따라 그 지역에 인접해 있는 토지소유자들이 산업용 토지로부터 발생하는 임미시온에 의하여 피해를 입을 가능성이 상당히 증가하였다는 점을 인정하면서 자유로운 산업의 발전에 따른 국민경제적인 이익을 고려할 때 이웃에게 임미시온에 대한 인용의무를 지우는 것은 불가피하다고 보았던 것이다.³⁷⁾ 그리하여 결국 제2초안 제820조는 모든 종류의 임미시온의 금지에서 출발을 하고는 있지만, 상린자간의 평화로운 공동생활과 토지소유권의 경제적인 환가성이라는 측면을 고려하여 일정한 경우에 상린자에게 인용의무를 부담시키고 있다. 이러한 입장이 그 후에 제3초안 제890조, 독일민법 제906조에서도 그대로 이어졌다.

IV. 受忍限度論의 機能

일본의 사례를 통해서 살펴보면, 工場騒音의 事例에서 明示的으로 受忍限度論을 排除한 原審判決에 대해서 受忍限度 判斷을 하는 것이 마땅하다고 하여 파기·환송한 사례가 있다³⁸⁾. 본 건은 상업지역에는 건축이 금지되고 있는 시설의 콘크리트제조공장의 소음분진에 대한 조업금지청구사건에 대해서, 원심이 “위법조업이 현저하게 질이 나빠 위법성의 정도가 극히 높은 본 건에 대해서는 상기의 受忍限度論을 도입하는 것은 적절하지 않다. 만약 피해가 지극히 경미한 경우에도 불구하고 굳이 조업가동의 금지청구를 하고 있는 것이면, 이것은 권리남용으로서 배제하면 충분하다”³⁹⁾고 하여 금지 및 손해배상의 청구를 인정하고있다. 이에 대해서 日本最高裁는 “만연하게 被上告人의 피해가 계

36) Ebenda, S. 124.

37) Mugdan III, S. 582.

38) 日本最判平6.3.24(判時 1501호 96면); 本件 원심판결의 비평에 관하여는 阿波聯正一, 「コンクリート製造工場事件」, 森島昭夫=淡路剛久編, 「公害·環境判例百選」(別冊ジュリ, 126号, 1994年) = 以下.

39) 東京高判平元8.30判時 1325호 61면.

속되고 있다고 인정한 이상, 상기와 같은 각 판단 요소를 종합적으로 고찰할 것 없이, 상고회사의 본 건 공작물의 조업이 현저하게 질이 나빠 위법성이 높은 것을 주된 이유로 상고회사의 본 건 공작물의 조업에 동반하는 소음, 분진에 의해 피상고인의 권리 혹은 이익을 위법하게 침해하고 있다고 판단했다”는 위법이라고 하여 파기·환송한 사례이다. 건축확인·공해방지조례에 기초를 두는 지사의 허가를 얻지 않고 건설과 조업을 개시하고, 조업정지명령, 시정조치명령 등을 따르지 않는 채로 약 8년을 경과한 소음, 분진의 방지대책을 강구한 뒤의 소음의 측정 결과에서는, 작업소리가 환경소음과 동수준이라는 사정이 있고, 피상고인의 주거의 건물대체후(10층, 본건 공작물에 면한 옆에 開口部가 없는)에는 분진의 유입은 없으나 음량 등이 변화되어 조업에 동반하는 소음에 의해 입고 있는 피해의 질, 정도가 변화되고 있는 것이 경험칙상 분명하기 때문에, 피해의 정도의 변화에 대해서 심리하고, 이것을 고려하여 수인하는 것이 마땅한 정도를 초과했는지의 여부를 판단해야 마땅하다고 한 것이다. 그런 의미에서 最高裁가 이러한 사례에 受忍限度論을 적용해야 마땅하다고 한 것은 受忍限度의 판단을 하는 경우에 지역성을 고려의 대상으로 하는 것을 명한 것이라고 말할 수 있다. 地域性은 수인한도 판단의 한 요소로 되는 것이지만, 그 의미는 어떠한 곳에 있는 것일까? 손해배상은 금전배상이므로 효과는 상대적인 의미를 가지는 것에 지나지 않지만, 금지는 판결에서 當事者間에 지역과 달랐던 기준을 마련하려고 하면, 지역에 의해 판결마다 다른 기준이 설정되거나 혹은 특정의 당사자간의 기준이 지역전체를 규율해 가는 것이 된다. 이같이 禁止訴訟으로는 조업정지 등의 금지에 의해 당사자가 받는 손실이 큰 것도 있지만, 이같이 해당 지역의 환경기준을 형성해 간다는 공공적인 이유가 생긴다. 이 때문에 禁止請求로는 손해배상청구에 비해 한 층 地域性이 중요한 요인이 된다. 最高裁가 본 건에서 受忍限度를 판단한 것은 이러한 의미로 보는 것이 필요하다⁴⁰⁾. 본 건 최고재판소가 금지청구와 손해배상청구를 함께 파기·환송하고 있는 것으로부터도 알 수 있는 것처럼, 본 건은(방지대책 및 원고의 주거건물 교체 전에 대해서는 손해배상이 인정될지도 모르지만) 현재에 있어서 손해배상청구의 受忍限度를 넘고 있는 사례라고 말할 수 있을지 어떨지, 즉 권리침해가 있다고 할 수 있는 사례인지가 문제이다. 受忍限度論(違法性段

40) 大塚直, 「生活妨害の禁止に關する一考察(八)」, 法協107卷 4号, 538면 以下.

階說)은 금지청구에 대해서 권리설로부터의 비판이 있었지만, 일면 손해배상에 대해서는 인정하기 쉽다는 것이 지적되고 있다⁴¹⁾. 따라서 수인한도론을 배제하는 原審은 사례로서의 의의는 크지 않다고 생각해야 마땅할 것이다.

오늘날은 大塚 教授에 의해서 判例, 學說의 상세한 분석을 통해 大氣汚染 등의 積極的 侵害事例과 消極的 侵害事例을 구분하고, 積極的 侵害事例에 대해서는 인격권적 구성 혹은 물권적 구성(점유권을 포함한다)에 의해서 생명건강(질병)에 대한 침해에 대해서는 항상 受忍限度를 초과하는 것으로서 즉시 금지를 인정하고, 질병에 달하지 않는 건강침해나 중대한 정신적 침해에서는 공공성, 지역성 등을 고려하는 受忍限度 判斷을 하고 消極的 侵害事例에 대해서는 인격상의 이익에 대한 침해로서 불법행위에 기초를 두어 정면에서 이익형량을 한 다음 금지를 인정하는(조망침해, 간판의 遮蔽등의 사례) 피침해이익의 주된 재산적 이익, 권리남용의 경우에 한하여 금지를 인정하는 견해가 제기되고 있다⁴²⁾.

그런데 지금까지의 公害訴訟, 특히 公共事業에 의하는 소음 등의 사례에 있어서 손해배상은 인정하면서 금지는 인정하지 않은 재판에는 아래에서 소개되는 大阪空港騒音訴訟 上告審 判決을 시작으로 일본에서 정착하는 경향에 있다⁴³⁾. 동 판결은 손해배상청구에 관해서 國家賠償法 제2조 제1항에는 소위 供用關聯瑕疵도 포함한다고 풀어 손해배상을 인정함과 동시에 일면 運輸大臣의 공항관리권에 기초를 두는 관리와 항공행정권에 기초를 두는 규제의 양자가 不可分一體的으로 행사가 실현되는 것을 이유로 민사소송으로서의 금지청구를

41) 大塚直, 上掲書, 482면; 본 건과 같은 절차적 주관적 사정은, 名古屋地判昭47.10.19, 判時683号 21면, 利川製鋼事件 같이 금지청구를 인정하는 방향에서의 요인으로 작용했다.

42) 大塚直, 上掲論文, 524면.

43) 최근의 사례로서, 단독의 기업에 대한 청구 사례로는 千葉地判昭63.11.17, 判時臨時增刊平成元年8月5日号, 22면; 權複數企業과 道路管理者에 對한 請求로서는 大阪地判平3.3.29, 判時1383号 22면(西淀川大氣汚染公害第一次訴訟, 禁止請求는 却下, 道路管理者에 對한 損害賠償請求棄却), 横浜地川崎支判平62. 25判時1481号19면(川崎大氣汚染公害訴訟, 禁止請求는 却下, 道路管理者에 對한 損害賠償請求棄却), 複數企業에 對한 請求事例에서는 岡山地判平6. 3231, 判時1494号3면(倉敷大氣汚染公害訴訟) 등이 있다. 國道43号線騒音等訴訟(大阪高判平4.2.20, 判時1415号 3면, 判夕780号 64면)에서는 抽象的禁止를 요구하는 請求에 대하여 特定性を 缺한 경우는 없다고 했지만, X들의 被害가 "生活妨害"에 멈추는 것에 대하여 本件道路의 "公共性이 아주 크게 게다가 이에 代替할 수 없는 道路가 없다" 는 등으로부터 禁止請求를 棄却하고있다(第一審判決은 訴의 却下).

각하했지만, 이 판결은 그 후의 금지청구소송에 큰 영향을 주었으며 禁止請求가 인정되었다는 지적이 되고 있다.

損害賠償은 인정하면서 금지를 부정하는 의문 자체는 추상적인 논의와 같이 보이지만 금지청구의 각하는 결과적으로 사업의 사회적 활동을 용인하는 것이고 법적으로는 사업자체의 적법성을 인정하는 것과 같은 것이 된다. 그뿐 아니라 금지청구가 却下 혹은 棄却이 되는 경우에 있어서의 피해자구제로서의 손해배상소송에 있어서 무엇이 위법인 상태인가를 검토하고 금지청구권의 실체에 맞는 법률구성을 해 가는 것이 필요하다 하겠다.

V. 受忍限度論과 禁止請求權

公害로 인한 禁止請求權의 법적 근거로는 物權的請求權인 人格權, 不法行爲, 環境權 등이고 오늘날에는 物權的請求權의 계보에서 人格權이 判例上에서도 인정되고 학설상 다수의 견해도 그러한 위법성으로 일방은 판례와 학설도 피해의 정도와 사업의 공공성, 地域性, 토지이용의 先後關係 등을 比較衡量하여 수인한도론으로 타방의 권리침해에 대한 직접적으로 禁止請求權이 생긴다는 權利說이 주장되고 있다.

일본에서는 권리설로부터의 受忍限度論에 대한 批判은 環境權說⁴⁴⁾로부터의 비판과 原島 教授의 권리설의 비판⁴⁵⁾이 대표적이다. 이에 관해서 大塚教授는 다음과 같이 지적하고 있다. 즉 생활방해금지의 判斷基準(“適當한 範圍를 넘어간”)에 관한 受忍限度論의 淵源은 프랑스의 權利濫用論이고, 학설이 그후 받아들인 獨逸의 物權的請求權의 觀念은 權利濫用論과 融合되어 일본에서 특유의 발전을 이루었으며 物權的妨害排除에 있어서의 “妨害”의 觀念에 대해서도 被害者에게 社會的으로 인용하는 것이 마땅한 의무가 있는 경우에는 방해

44) 大阪辯護士會環境權研究會, 『環境權』(日本評論社, 1973年), 85면 以下; 木村保男=川村俊雄, 「公害訴訟における環境權論の展開」, 木村保男編, 『現代實務法の課題』, 有信堂, 1974年, 189면 以下.

45) 「わが國における權利論の推移」, 法の科學, 4号 67면 以下; 「開發と差止請求」, 九大法政研究, 46卷214号, 275면 以下.

에 해당하지 않는다고 이해하였으며, 2차대전후에는 受忍限度論에 대한 환경권설 및 권리론의 구조를 강조하는 原島教授로부터의 비판이 있었으나, 일본의 판례가 일반적으로 物權的請求權의 구성을 취하는 경우에도 동시에 受忍限度論을 채용해 왔다. 그뿐 아니라 獨逸法에 있어서의 物權的妨害排除請求權도 실제로는 일본의 受忍限度論과 같은 제약을 받고 있다는 것을 지적하고 있다⁴⁶⁾. 즉 생명, 신체침해 등의 중대한 피해의 사례를 구별하여 공해금지청구는 近隣者間의 相隣關係의인 관계라고 보는 것이 적절하고, 이 관계에서의 금지청구권은 物權的請求權이라고 본다고 해도 受忍限度 判斷에 의한 기준이라는 점에 눈을 돌리는 것이 필요하다는 지적이다. 여기서 환경권설은 受忍限度論에 있어서의 利益衡量을 批判하는 것이지만, 환경권설의 현대적 의의는 환경상의 이익을 禁止請求權에 도입하는데 있다고 할 수 있다. 오늘의 公害環境訴訟은 개인의 私的利益의 보호뿐만 아니라 環境上의 利益을 얼마나 保全하는가와 節次的保障과 住民의 訴訟適格을 어떻게 적절히 해결 할 수 있는 지에 달려 있기 때문이다.

민사소송으로서의 손해배상청구소송이나 금지청구소송은 私權(被侵害利益)의 침해가 구제의 전제가 된다. 그러나 손해배상에 있어서의 권리침해로부터 위법성의 전개, 또는 공해소송으로의 상관적인 위법성판단을 하는 受忍限度論의 전개는 적법행위에 의하는 손해를 불법행위로 인정해서 손해배상에 의하는 구제를 하며 이 경우 판단요소 중에서 권리침해(行爲의 違法)뿐만 아니라 지역성 기타의 제요소를 받아들이는 것으로부터 분명하게⁴⁷⁾ 私權保護의 절차를

46) 大塚, 法協, 107卷3号, 475면 以下.

47) 我妻榮 博士는 「事務管理 不當利得 不法行爲」(日本評論社, 1937年), 101면에서 不法行爲가 適法한 行爲에 기초를 두는 손해배상이라는 것도 정말로 문제로 하지 않으면 안 되는 것이라고 지적한 다음 相隣關係나 鑛害, 化學工業으로부터 발산하는 害毒의 예를 들고 不法行爲理論으로서 는 위법이 아닌 행위에 의한 손해배상을 정면에서 인정함이 마땅하지 않다고 해서 "손해배상하는 것을 조건으로 허용되는 행위" 라고 말하고 따라서 "발생하는 손해를 배상하지 않고 이것을 하는 것이 공서양속에 반한다는 것으로" 그 행위를 "違法"으로 하는 것이라고 말한다. 그 후 이 입장은 수인한도론에 의해 위법성 판단의 要素이 심화되어 가지만 수인한도론이 생성된 후에는 적법행위론, 손해배상하지 않고 한 행위를 "違法" 이라고 해서 權利侵害에 있어서의 위법과의 이질성이 의식되고 있던 점으로 보아 불법행위법의 이해는 적고, 오히려 공해방지에 대한 사회적 비난을 배경으로 적법행위론은 의식되어 갔다. 수인한도론은 이러한 공해피해의 현상에 대해서 위법성판단에 지역성 기타의 판단요소를 가져오는 것에 의해 합리적인 해결을 생각해 왔다. 수인한도론이 대부분은 법률구성으로서의 손해배상에 대해서는 불법행위, 금지청구에 대해서는 물

통하여 사실상 해당지역에 있어서의 환경의 기준을 정하는 법형성의 이론이었다고 볼 수 있다. 私的利益(예컨대 일조방해나 騒音에 의하는 정신적고통)은 공해소송에서는 자주 법형성상에 있는 이익으로⁴⁸⁾ 권리침해인가 어떤가를 판단하는 基準이 명확하지 않은 것으로, 여기서 재판을 통하여 공공적인 환경의 기준을 위법성판단의 상관관계설의 전개로서의 受忍限度論은 공해환경소송 중에 私的權利의 해소도 없이 公共的인 환경의 기준을 법률구성상에서 금지소송으로 받아들이고 있다. 그 법률 구성상의 문제점은 법이론면에서 받아들여지고 있다. 이러한 환경의 기준 즉 환경이익은 민사소송이 권리침해를 전제로 하는 것인 이상 금지청구로는 私權的인 구성에 기초를 두어 행해져 왔다. 이 점에서는 환경권설도 같다. 환경권설에서는 환경이익의 보전을 요구하는 금지청구소송이 却下 혹은 棄却이 되어 왔다⁴⁹⁾.

그러나 오늘날은 소송법학의 입장에서 소송에 있어서의 환경이익의 담당자 이론의 구축이 시도되고 있는 것도 간과할 수 없다. 당초의 환경관리권은 最判昭和 60 12. 20에 의해 否定되었지만⁵⁰⁾ 환경보호단체에 의하는 임의적 소송 담당이론으로서 이론적인 보장이 시도되고 있다⁵¹⁾. 손해배상청구는 인정하지

권적청구권 혹은 인격권과의 구성을 취하지만, 그들의 판단 요소를 대적하는 것에 의해서 종래 환경의 기준이 없었던 곳에 재판을 통하여 사실상 환경의 기준을 법 형성에 타당한 이론이 될 수 있다 라고 말할 수 있다. 수인한도론을 俄妻博士의 상계서의 전개에서 볼 때 이 것은 분명할 것이다. 그러나 타방의 손해배상에 대해서 모두 불법행위법을 적용하는 것에 의해서 적법인 행위의 관념이 잃게 되어 간 것도 부정할 수 없다. 금지행위(違法行爲)와 금지하지 않는 행위(適法行爲)의 구별은 권리남용론으로부터 수인한도론, 신수인한도론에 도달하는 학설의 변천에 대한 위치설정에 대해서는, 中山充, 「公害の賠償と差止に關する法的構成の變遷」, 磯村哲還曆記念, 『市民法學の形成と展開(下)』 (有斐閣, 1980年), 219면.

48) 예를 들면 10년 전에는 수인하는 것이 마땅한 도로소음에 대하여 오늘날은 소음방제시설이나 기술이 진행되어 타지역과 비교해 보다 강한 騒音에 노출되었다고 보게 되면, 受忍限度를 초과하고 있다고 하여 손해배상청구가 인정된다.

49) 東京高判昭48.7.13, 判時710号 23면(日光太郎杉事件에 대한 文化的景觀), 天津地判平元. 3.8, 判時 1307号, 24면(琵琶湖總合開發計畫工事差止訴訟에 대한 淨水享受權); 最判平元. 6. 20, 判時 1334号 201면(伊場遺跡事件) 등.

50) 豊前火力發電所事件, 判時 1181호, 77면.

51) 본 判決에서는 "X들의 本件 訴訟進行은 법률의 규정에 의해 제삼자가 당연히 소송수행권을 가지는 법정소송담당의 경우에 해당하지 않는 것이 아니라, 기록상 상가지역의 주민들로부터의 受權이 있던 것이 인정되지 않는 이상 受權에 의해 소송수행권을 취득하는 임의적소송담당의 경우에도 해당하지 않는 것이기 때문에 자기고유의 청구권에 의하지 않고 같은 지역 주민의 대표로서 본 건 禁止請求訴訟을 수행할 수 있는 경우에 해당하는 것이라고 말해야 마땅하다" 라고

만 금지청구는 부정한다는 판결의 결론이 합리적이라면⁵²⁾, 손해배상은 실질적으로는 행위자체의 위법이라는 것보다도 손해배상이 되고 있지 않은 것이 위법이라는 것을 의미한다. 相隣關係의 규정이 공공사업으로부터 생기는 騒音 등에 대한 피해구제에는 法文上 적합하지 않기 때문에 이것을 불법행위로서 구제할 필요가 있는 것은 부정할 수 없다. 그러나 不法行爲法에 의하는 구제의 결과, 사업자체의 적법성을 잃고 결과적으로 不法行爲를 근거로 하는 것은 오히려 구제를 위한 과대한 입증책임의 부담을 부과하는 것이 되고 있지 않을까 하는 의문이 생긴다. 그런데 손해배상청구는 인정하지만 금지청구는 부정하는 사례를 염두에 두고 있어서, 禁止請求와 損害賠償請求權의 私法的인 근거를 바꾸어 검토하는 것이 필요하고 또한 환경권설이 제기한 환경이익의 실체법적 위치설정을 명확하게 해서 소송절차를 밝히는 이론이 필요하다고 생각된다.

VI. 受忍限度에 대한 日本의 橫田基地公害訴訟(제1심) 判決

1. 문제의 제기

본 판결은 美軍이 사용하고 있는 橫田基地(비행장)를 오후 9시부터 다음날

하여 소위 "분쟁관리권"에 의하여 환경보호단체 등 環境利益(農業, 漁業, 주민의 健康 등)의 주체가 아닌 사람의 當事者適格을 부정했다. 이에 대해서, 伊藤 教授는 環境保護團體가 環境利益의 귀속주민을 주체로서 구성하고 있고 구성원주민으로부터 환경이익보호를 위한 재판상, 재판 외의 수단을 맡는 것이 受權 되고 있는 이상 해당 단체가 주민의 環境利益의 보호를 위해서 계속적으로 관계되어 있고 소송수행에 대해서 충분한 지식과 경험을 가지며, 주민에 의한 개별적인 호소제기가 있는 경우 주민에게나 피고측에 있어서 환경보호단체에 의하는 호소제기의 합리성이 인정되면 변호사대리의 원칙 등을 벗어나지 않는 것으로서 임의적소송담당을 인정해도 좋고 이들 요건에 분쟁관리권이 실질적으로 생긴다고 본다(伊藤算, 公害百選, 30면).

52) 배상위법과 금지위법의 위법성단계설에 대해서는 일률적 금지의 위법성이 보다 강하다고는 말할 수 없다는 지적이 있다(大塚直, 上掲論文, 482면 以下).

오전 일곱시까지 사이에 항공기의 이착륙을 시켜서는 안 되는 것과 거주지에 있어서 55ppm이상의 소음이 되는 엔진테스트소리, 항공기유도음 등을 유발하는 행위를 하여서는 안 된다고 하는 금지청구 및 소음을 그 원인으로 하는 과거 및 장래의 손해에 대한 배상 청구에 대해서 과거의 위자료청구에 대해서는 일부를 인용하고, 장래의 위자료청구와 금지청구에 대해서는 이것을 부인한 것이다. 여기서 야간비행 등 금지청구에 대한 소는 부적당하다고 하여 기각하고 손해배상청구의 소에 대해서 판단하고 있다. 그리고 그 판단의 중심이 된 것이 “원고들이 주장하는 被害가 사회통념에 비추어 受忍限度를 넘은 것을 부인하고” 있는 것이다.

본 판결은 “受忍限度”의 문제가 중요한 포인트가 되는데, 이 점에서는 공익사업활동에 동반하는 대규모 騒音公害訴訟으로서 공통성을 가지는 大阪國際空港訴訟⁵³⁾이나 東海道新幹線訴訟⁵⁴⁾과 공통된다. 다만 이 두 판결에 있어서는 손해배상청구에 관계되는 수인한도의 문제와 함께 금지청구의 수인한도의 문제를 검토하고 있는데 대하여 본 판결에서는 손해배상청구에 관계되는 수인한도의 문제에 한정하고 있는 점에 차이가 있다. 이 때문에 수인한도를 문제로 하는 경우 금지청구의 경우와 손해배상청구의 경우에 있어서 정도에 차이가 있는 것인지 여부가 문제가 되지만, 본 판결로부터는 그 답을 끌어 낼 수 없는 관계로 본 판결에서는 손해배상청구에 관계되는 受忍限度에 관해서만 정리하고자 한다. 다만 이 경우에도 과거의 慰藉料請求와 將來의 慰藉料請求에 受忍限度가 문제되고 있는 점이 주목된다.

2. 環境侵害와 受忍限度論

公害訴訟 특히 環境의 대규모적인 侵害를 가져오는 訴訟에서 受忍限度論을 어떻게 설정 할 것인가는 중요한 문제이다. 본 판결에서 원고측은 公害에 기초를 두는 侵害行爲의 私法的救濟手段을 둘러싼 受忍限度論과 환경권론의 대

53) 大阪地判昭和 49.2.29判時 729号 3面; 大阪高判昭和 50.11.27判時 797号 36面.

54) 名古屋地判昭和55年 9.11 判時 976号 40면.

립이었다. 前者는 가해자측의 사정과 피해자측의 사정 및 地域性 등 기타의 사정을 비교형량해서 손해가 일반인에 있어서 합리적인 사람으로서 통상 受忍하는 것이 마땅한 限度(受忍限度)를 넘고 있는 경우에는 위법성이 있고, 후자는 공해가 인류에게 주어진 훼손 없는 자연환경에 대한 침해라는 인식에서 환경에 대한 권리는 만인이 공유하는 것이라는 기반으로부터 피해가 존재하는 경우에만 위법성을 인정해야 마땅하고 침해행위의 態樣(公共性, 防止措置, 先住性 등)은 일절 고려되지 않는다는 것을 분명하게 한 후, 본 건은 橫田基地에 있어서의 항공기의 離發着 등에 의해서 동 비행장 주변 지역의 주민들은 이상한 騒音振動배기가스 및 추락의 위험에 노출되어 도시환경·교육환경 기타 생활환경 전체가 침해되고 있는 것이기 때문에 受忍限度論에 의하는 것은 타당하지 않은 것으로 보고있다. 이에 대해서 피고 측 주장은 “侵害行爲가 受忍限度를 넘고 있는지 여부”가 중요하다고 해서 대립하고 있다.

이러한 양자의 주장에 대해서 본 판결은 “新安保條約이 가지는 고도의 공익성에서 보면 미군시설의 관리운영자는 미군의 활동을 원인으로 私人的 권리 혹은 법적 이익이 침해되고 민사특별법에 기초를 두는 피고의 책임요건이 존재되는 경우에도, 그 침해의 내용 정도의 여하에 따라서는 社會通念上 여전히 受忍하는 것이 마땅한 범위 내에 있다고 하지 않으면 안되는 경우가 있을 것이고 특히 본 건의 경우 航空機 騒音 등에 의해 원고들의 거주지역의 환경이 급격하게 악화하고 이것이 원고들 주민에 대해 일반적으로 신체적, 정신적 및 일상생활상 다양한 고통을 가져오고 있는 것(人格權 또는 환경에 대한 침해라고 부르는 것이 적절한지 어떨지는 중요한 문제가 아님)에 대한 위자료로서 청구되고 있는 것이기 때문에, 이러한 청구의 가부를 단순히 피해의 내용, 정도에만 국한하여 판단하는 것은 상당하지 않고, 침해행위의 態樣과 공익성, 피해의 방지경감을 위해서 취해진 조치 등에 따라 검토하고 이들 사실을 종합해서 원고들이 주장하고 있는 피해가 사회통념에 비추어 수인한도를 넘고 있는지 여부가(장래청구에 관해서는 바꾸는 요건을 포함) 검토되지 않으면 안 된다”라고 한다. 즉 공해소송에 있어서의 受忍限度論을 긍정함과 동시에 환경이익의 침해를 이유로 하는 경우에는 더욱더 그것이 필요하다는 것이고, 더욱이 비행장의 관리하자의 판단에도 受忍限度論이 적용되는 것이다. 그런데 이러한 受忍限度論은 공해피해를 받고 있기 때문이라고 말해 단지 손해배상 청

구가 인정된다는 “사회공동생활을 경영하고 있는 이상은 서로 어느 정도까지는 受忍하지 않으면 안 되는 범위라는 것이다⁵⁵⁾”. 이러한 생각은 일본의 학설에 있어서도 다수 승인되고 있고⁵⁶⁾ 生活妨害에 관한 戰後 判例가 일반적인 경향으로서 이것을 승인하고 있다⁵⁷⁾. 또한 昭和 41년 10월의 후생대신의 자문기관인 공해심의회의 “공해에 관한 기본시책에 대해서”의 답신에서도 “공해에 대해서는 일정한 사회적인 受忍限度가 존재되는 것이고 이를 넘는 손해에 대해서는 불법행위로서 책임이 발생하는 것이 된다”고 하고 있다. 더욱이 앞의 두개의 판결에서도 “수인한도”에 대한 판단이 중요시되고 있다. 그런데 이상과 같은 상황에서 볼 때 본 판결은 공해소송에 있어서의 受忍限度論의 위치설정에 대해 다수설과 판례의 일반적 이론에 의한 것이라고 말할 수 있다. 이런 의미에서 무언가 새로운 것은 아니고 다만 受忍限度論에 대해서는 생존에 불가결한 요소에 절대적 가치를 인정하지 않고 모두를 상대적 평가 기준 중에 투입해 이익형량이라는 점에 문제가 있다든가⁵⁸⁾ 혹은 “재판관에게로의 백지위임”에 빠지는 것이 된다든가⁵⁹⁾, 소규모적인 생활방해적 사건으로 판례로부터 전개해온 이론을 대규모 공해사건에서 어느 정도 적용가능한지 그 유효성을 발휘할 수 있는지는 의문이지만⁶⁰⁾ 그것은 안이한 현상의 긍정을 허용하는 이론이라는 점등을 이유로⁶¹⁾ 비판되어 왔고, 이것이 본 판결에서 받아들여지지 않았던 이유이다. 그러나 본 판결에서의 受忍限度論은 被害의 種類程度와 공공성·방지조치 등의 제요인과 “동일차원에 총합형량하는 단순한 비교교량”에 의해서가 아니라 그 평가에 내포한 것이라고 말할 수 있다⁶²⁾. 이는

55) 加藤一郎編, 公害法の生成と展開, 27면.

56) 野村好弘, 「故意過失および違法性」, 加藤編, 上掲書 387면; 淡路剛久, 公害賠償の理論, 111면; 藪重夫, 「日照の私法的保護に關する諸問題」, 北大論集 25卷 3号 1면 이하; 澤井裕, 公害の私法的研究, 405면 이하 등.

57) 奥田昌道編, 民法學6, 81면 이하 참조.

58) 篠塚昭次, 「『環境權』否定判決への疑問」, 法時 46卷 5号 19면; 伺旨, 齊藤博, 「差止請求」, 判時 976号, 13면.

59) 大阪辯護士會環境權研究會, 環境權, 139 면.

60) 西原道雄, 「總論」, 判時 976호, 5면.

61) 牛山積, 公害裁判の展開と法理論, 175면.

62) 본 판결에서의 “環境破壞를 가져온 이상 ... 高度의 公益성과 ... 受忍限度 ... 判斷의 위에서 고려하는 것이 마땅한 事情의 한 가지에 지나지 않는다”라는 견해에 의해 나타나고 있다고 할 수 있다.

환경권론 등의 영향이 변용하고 있는 受忍限度論⁶³⁾ 의하는 경향을 나타낸 것이라고 봐도 좋을 것이다.

그 다음에 본 판결에서는 受忍限度論에 의하는 必要性이 個別的·具體的인 財産的·身體的損害의 배상청구가 아니라 환경이익의 손해에 의한 총량적 피해를 이유로 하는 배상청구인 점을 강조하고 있는 것이 주목된다. 즉 환경권론에서는 “환경은 유한하고 또한 인간생존에 있어서 불가결의 조건이라는 인식에 기초를 두고 환경공유의 법리가 생성된 것을 승인하는 한, 개개인의 법률상의 이익을 넘어 환경파괴를 저지하는 권리가 인정되는 것은 당연한 결론”⁶⁴⁾이라고 본 점에서 배상책임의 가부를 판단하면서 受忍限度論을 등장시키지 않을 수 없는 논리를 제기했다고 할 수 있기 때문이다. 그것은 왜 그런지는 분명하지 않지만 총체적으로 피해를 보는 경우 특별히 “사회공동생활상의 受忍限度”라는 것을 이미 한편에서 판단하지 않으면 안 된다는 생각에 의한 것으로 추측된다. 이에 의해서 환경권론은 타방에서 受忍限度論을 배척하며 등장했음에도 불구하고 결국은 受忍限度論에 접합되는 결과에 도달했다. 결국 본 판결에서 보여지는 것 같은 이러한 접합은 환경권이론이 흡수해버리는 것에 지나지 않는다는 반론도 예상될 것이다. 그러나 개별적 구체적인 권리의 침해로 한 구제이론의 측면에서 보다 총량적인 환경이익의 침해를 전제로 한 私法的 救濟의 장면에 있어서의 受忍限度論이 파고 들어가기 쉬운, 예상 반론을 포함해서 향후 더욱 검토하지 않으면 안 되는 과제가 환경권론자에게 부과되었다고 본다.

본 판결에서는 受忍限度論이 관계되는 측면에 대해서 약간 검토를 더하자면 受忍限度論 이라고 말할 때 일반적으로 불법행위성립의 요건으로서의 위법성판단에 관계되는 것으로 논의되어 오고 있다고 할 수 있을 것이다. 그러나 수인한도는 그러한 경우에만 한정되지 않고 종전부터도 權利濫用의 여부 혹은 정당한 권리행사의 유무를 판단하여 “社會觀念上 被害者에게 인용하는 것으로부터 일반적으로 인정될 정도를 넘을 때”⁶⁵⁾ 라는 취지의 이론으로서의 의의가 있다⁶⁶⁾. 위법성과 과실의 통일요건화로 관계되는 신수인한도론도 등장했기

63) 受忍限度論의 變容에 대해서는 澤井, 公害差止の法理, 23면 이하 참조.

64) 牛山, 「私權としての環境權とその私法的救濟」, Law School, 20호 33면.

65) 大判大正8. 3.3, 民錄25輯, 356면.

66) 奥田編, 前掲書, 72면 參照.

때문이다. 그리고 이로부터 수인한도의 판단에 맞추어 차이가 있는 것인지의 여부에 관한 문제도 당연히 생겼기 때문에 그것을 먼저 분명하게 하지 않으면 안 된다.

그런데 이점에 관해서 본 판결을 보면 “航空機騒音 때문에 受忍限度를 넘는 피해를 줄 때는 상기 비행장의 설치관리는 주변 주민에 대한 관계에 있어서 위법성을 띠게되고 瑕疵가 있다는 평가를 받지 않으면 안 된다고 생각한다”로 하고 있는 것으로부터, 일방의 위법성판단에 관계되는 것으로 하면서 타방에서는 瑕疵判斷에 관계된다고 보고 있다. 그런데 전자에 대해서는 오늘의 일반적 견해에 의한 것으로 특별히 문제는 없다. 그러나 후자에 관해서는 공해에 관계되는 수인한도론의 전개에 남겨둔 논의되어 오지 않았던 영역이 아닐까. 이 때문에 하자판단에 맞는 수인한도론이 어떨까라는 논의로부터 시작하지 않으면 안 되는 것으로 생각된다. 본 판결은 이 점에 대한 배려를 전혀 하지 않은 문제를 남기고 있다. 다만 이것에 관해서는 東海道新幹線訴訟에 있어서 이미 “국가배상법 제2조 제1항 소정의 하자의 유무는 수인한도와 상관적으로 판단하는 것이 마땅한 것이라고 말하지 않으면 안 된다. 즉 신간선의 騒音·振動에 의해 원고들이 생각하고 있는 피해는 정신적 피해 및 생활 방해로 중심으로 하는 피해여서 그 피해해 이익은 인간의 정신적, 일상생활의 자유, 평온 등의 쾌적한 생활상의 이익이기 때문에 하자의 유무를 판단하기 위해서 이익형량은 불가결하기 때문이다”는 것이 참고가 될 것이다. 이 때문에 하자판단에 관계되는 수인한도론은 공해에 관계된 수인한도론과는 약간 다른 것이다. 특별히 지금까지 논의의 중심이었던 위법성판단에 관계되는 수인한도론과 다른 것을 먼저 인식하지 않으면 안 되는 것이다. 그리고 어느 쪽이든 권리행사의 瑕疵判斷에 관계되는 수인한도론에 가까운 것이라고 봐도 좋다. 어쨌든 수인한도론이 하자판단의 영역에까지 확대 적용되고 있는 것은 중요시되지 않으면 안 된다. 그리고 본 판결에서 이 하자판단에 관계되는 수인한도나 위법성판단에 관계되는 수인한도가 의식적으로든 무의식적으로 동렬에 놓여 있다는 점을 주목하지 않으면 안된다⁶⁷⁾.

67) 또한 受忍限度의 判斷에 있어서는 違法性判斷에 관계되는 경우와 瑕疵判斷에 관계되는 경우에서 다른 것인지는 東海道新幹線訴訟에 의하는 한 구별할 필요는 없을 것 같이 느껴진다.

3. 過去の賠償請求와 受忍限度의 判斷

본 판결로 항공기소음 등이 受忍限度를 넘을 때는 위법성 혹은 하자가 발견되면 불법행위가 성립하고 배상청구가 성립된다는 논리를 전제로 受忍限度에 대해서 판단하였다. 여기서 과거의 배상청구와 장래의 배상청구로 나누어 판단하고 있는 것에 대해서 이하에서 살펴보도록 하겠다. 그런데 受忍限度의 판단요소로서 일반적으로 침해된 이익의 내용과 정도, 침해행위의 態樣, 침해행위의 공공성, 침해방지조치, 先住性 혹은 위험에로의 접근, 지역성, 공법상의 기준준수, 개선권고준수 등의 종합판단 상에서 판단해야 마땅하다⁶⁸⁾. 본 판결로 過去の賠償請求에 관계되는 受忍限度의 판단에 맞는 요소를 전제하고 있다고 할 수 있다. 그런데 그 판단에 맞추어 특별히 문제가 되고 있는 요소를 개별적으로 보면 다음과 같다.

1) 公益性

본 판결에서 요코타비행장의 사용은 일본의 안전과 극동에 있어서의 국제평화와 안전에 기여한다는 고도의 공익성을 가지려고 하는 점은 고도의 공익성이 주변주민의 피해가 受忍限度를 넘었는가의 판단 위에서 고려되는 것이 마땅한 사정의 하나에 지나지 않고, 평화시에 있어서 航空機 騒音 등에 의해 受忍限度를 넘는 환경파괴를 가져오고 있는 이상 금전배상책임의 유무를 판단하는데, 동 비행장의 설치관리에 하자가 있다고 평가하는 것을 방해하는 것이 아니라고 하고 있다. 여기서 受忍限度의 판단에 있어서 공공성을 어떻게 설정할 것인가가 문제이다. 그러나 오늘의 학설에서는 이 공공성의 평가에 대해서는 상당히 소극적이다⁶⁹⁾. 또 판례에서도 大阪空港第1審判決에서는 “공공성이

68) 加藤編, 前掲書 409면 以下; 奥田編, 前掲書, 74면, 75면; 牛山, 現代の公害法, 83면 등.

69) 加藤編, 前掲書, 31면, 32면; 牛山, 前掲書, 178면; 澤井, 公害の私法的研究, 433면; 潮海一雄, 「大阪空港控訴審判決と違法性」, 判時797号, 7면.

있기 때문이라고 말해 즉시 배상책임이 면책되는 것은 아니므로 ... 심한 피해가 발생하고 있는 것을 고려한다면 공공성을 이유로 피해자에게 受忍을 강요하는 것은 도저히 허용되지 않는다” 라고 하고 東海道新幹線訴訟에서도 “손해배상의 관계에서는 공공성이라는 衡量要素는 受忍限度의 판단에 영향을 주지는 않는다” 라고 하였다. 이러한 공공성에 대한 평가를 본 판결에서는 공익성에 관계되어 답습한 것으로 그것은 정당하다고 말할 수 있다.

이러한 판단은 평화시를 기준으로 한 것으로 “일본에 대한 타국의 무력공격에 대처하기 위한 긴급” 한 때는 구별하려고 해서 공익성이 극히 높은 상태의 경우는 이와는 다른 판단의 여지를 남기고 있다. 그러나 이러한 경우에 있어도 손해배상책임과의 관계에 있어서 볼 때는 상기와 같이 생각해야 마땅하지 않을까 생각한다.

2) 侵害防止措置

横田飛行場の 주변대책으로 지출한 보조금 총액이 昭和 53년 제2/4분기말 현재 약 462억엔 이라는 거액인데, 그것을 평가하면서 구체조치로서 안전한 것이 아니다. “방음실내에 있어서도 일상생활의 방해, 심리적·정서적 영향이 완전히 해소되고 있다고는 말하기 어렵고, 수면방해도 경감되고 있다고는 해도 상당히 영향이 남아있다” 는 것이 확인된 이상은 受忍限度를 넘은 것이라고 판단할 수 있다. 이 때문에 침해방지조치라는 요소도 그에 의해 침해가 방지되는 것에 도달해서 비로소 의미가 있는 것에 지나지 않는다고 풀이하고 있는데, 그것도 또한 타당하다고 말할 수 있다.

3) 危險에로의 接近

공해발생후에 거주자의 피해를 호소한 자들의 배상청구에 대해서도 受忍限度의 판단으로 고려해야 한다는 견해가 있다. 구미에서는 “위험에로의 접근” 이나 “先住權” 으로서의 논의가 되고 있지만 고려하고 있지 않은 것이 실상이라고 한다⁷⁰⁾. 그러나 일본에서는 이것을 중시하는 견해가 있고 배상책임의 성립

70) 澤井, 公害の私法的研究, 428면 참조.

을 부정하거나 과실상계를 하기 위한 요소가 될 수 있는 것이 있다⁷¹⁾. 大阪空港第1審判決에서도 “同人들은 본건 항공기공해의 피해 지역 내에 감히 스스로 나아가 주거를 선정한 것이고 고도의 公共性を 생각하면 ... 위자료의 지급의무를 지게 하는 것은 타당하지 아니하다” 고 보고 있다. 그러나 이러한 고려에 반대하여 “피해자가 후에 접근했다는 이유로 가해자가 자기의 불합리한 가해행위까지 정당화하려고 하는 것을 용인하는 것은 엄격하게 하지 않으면 안 된다”⁷²⁾ 라고 해서 배상청구를 당연히 거주한 경우는 없어야 마땅하지만, 피해자의 회피 가능성을 이유로 受忍을 요구하는 것은 타당하지 않다는⁷³⁾ 비판이 있다.

본 판결에서 원고들은 미군기의 활동을 제약하고 손해배상을 요구할 의도로 전입한 것이 아니고, 주거지역으로서의 편리함, 경제성, 조용하고 건강친화적 이라고 믿어 전입한 경우, 비록 항공기소음 등에 대해서 충분한 조사를 하지 않은 경우라도 손해배상청구를 허락하지 않는다는 것은 형평의 원칙상 타당하지 않다고 하는 비판설이 나타나고 있다. 또 과실상계의 사유로 하는 것도 상당하지 않다고 보고 있다. 이것은 大阪空港第1審判決보다 진일보한 것이라고 타당하다 하겠다.

4. 將來의 賠償請求와 受忍限度의 判斷

장래의 위자료청구에 관해서는 大阪空港第1審判決에서는 소음방지대책의 결과로 손해가 경감·소멸되는 것이 예상되기 때문에 손해액산정의 기초가 확정될 수 없다고 해서 부인한 것에 대해서 동 공소심판결은 장래에 걸쳐 같은 침해상태 및 손해의 발생이 계속되는 것으로 추정할 수 있고 청구권발생의 기초사실 관계를 현재 확정할 수 있다고 하여 이를 긍정하고 있다⁷⁴⁾. 그런데 東

71) 加藤編. 上掲書, 33면 이하.

72) 澤井, 上掲書, 431면.

73) 牛山, 上掲書(法理論), 179면.

74) 竹下守夫, 「差止請求の強制執行と將來の損害賠償請求をめぐる諸問題」, 判時797号, 33면, 34면 참조.

海道新幹線訴訟에서는 “현재 즉시 강제적인 이행의 필요가 있다고는 판단하기는 어렵다”고 이것을 부인해 온 사정 하에서 본 판결은 “위자료청구권발생의 요건인 환경과피의 정도가 受忍限度를 넘고 있다는 것을 부인한 점”의 판단에 대하여 피해상황을 예측하기에는 불확정한 요소가 많고 현재 확실한 판단은 불가능하기 때문에 요건사실의 증명이 불충분하다고 하여 새로운 부인의 논리를 구축했다고 할 수 있다. 그런데 장래의 배상청구에 관계되는 受忍限度의 판단요소를 생각하는 경우 이러한 장래적 요소를 고려에 넣지 않으면 안 되는 것일까, 그리고 만약 그렇다고 한다면 항상 불확정 요소가 개재되는 것이 되어 受忍限度의 판단은 할 수 없는 것이 되기 때문에 大阪空港控訴審判決의 논리를 빌려 受忍限度의 판단요소에 대해서도 현재의 요소가 장래에 걸쳐 계속되는 것으로 추정하는 것이 타당하지 않을까. 장래의 배상청구에 관계되는 受忍限度의 판단요소에 대해서 언제로 확정할지는 향후의 과제가 될 것으로 생각한다.

VII. 受忍限度에 의한 日本의 大阪國際空港 夜間飛行禁止請求

1. 서론

大阪國際空港夜間飛行禁止請求事件에 대해 일본최고재판소는 昭和 56년 12월 16일에 ① 大阪國際空港의 供用の 금지청구에 대해서는 소위 통상의 민사상청구는 주장할 수 없고(찬성 9명, 반대 4명), ② 과거의 손해배상청구에 대해서는 일부의 사람에 대해서는 과기·환송을 하고(찬성 8명, 반대 5명), 기타는 인용하고 있다(찬성 9명, 반대 4명), ③ 장래의 손해배상청구에 대해서는, 이를 부인(찬성 12명, 반대 1명)하고 있다. 이중 과거의 손해배상청구의 판단에 있어서 일본의 “국가배상법 제2조 제1항의 營造物の 설치 또는 관리의 하자로 영조물이 갖추어있어야 하는 것이 마땅한 安全性을 결여하고 있는 상태를 말하는 것이지만, 그곳에서 말하는 안전성의 결여, 즉 타인에게 위해를 주는 위

협성이 있는 상태는 해당 영조물을 구성하는 물적 시설자체에 존재하는 물리적, 외형적 결함 혹은 불비라는 일반적으로 상기한 것처럼 危害를 발생시키는 위험성이 있는 경우만이 아니라 그 영조물이 供用目的에 따라 이용되는 것과 관련하여 危害를 발생시키는 위험이 있는 경우를 포함하고 또한 그 危害는 영조물의 이용자에 대해서만이 아니라 이용자 이외의 제삼자에 대한 것을 포함하는 것으로 풀이함이 마땅하다고 하여 본 건을 국가배상법 제2조 제1항의 영조물책임의 문제로서 보는 것의 타당성을 분명하게 한 후 그 판단에 대하여는 그 空港供用行爲가 위법성을 띄고 있는지, 그 위법성에 대해서는 그 空港供用行爲에 의해 입게되는 피해가 사회생활을 영위하는 경우에 受忍하는 것이 마땅한 것으로 생각될 정도의 소위 受忍限度를 넘는 것인지 여부에 대하여 검토를 더하고 있다. 그런데 본 판결에서는 과거의 손해배상청구에 관련하여서는 空港供用行爲와 受忍限度의 관계가 하나의 큰 쟁점으로서 검토되지 않으면 안 된다. 그래서 본 판결에서는 B활주로의 供用開始 사이에 거주하고 있던 피해자와의 관계에서 受忍限度를 넘는 것이라고 판단하고 있는 것에 대해서, B 활주로 供用開始後에 이주해 온 피해자와의 관계에서는 위험에로의 접근이론과 관련하여 受忍하는 것이 마땅한 것인지 어떤지의 판단을 위해서 원심에서 다루고 있는 것으로부터 본고에서는 양자를 구별해서 검토하는 것으로 하였다.

1. 本件訴訟에서의 受忍限度論

대규모인 환경파괴를 가져오는 공해소송에서의 손해배상청구에 있어서 受忍限度論을 어떻게 취급할지는 늘 쟁점이 되어 왔다. 이에 대해서 본 건 판결에서는 본 건 공항의 供用に 대하여 국가가 행하는 공공사업이 제삼자에 대한 관계에 있어서 위법인 권리침해 혹은 법익침해가 될지 어떨지를 판단할 때에는 피해가 受忍限度를 초과하고 있는지 어떨지가 판단 요소가 되는 것을 긍정하고 있다. 이것은 본 건 소송의 제1심 및 원심판결의⁷⁵⁾ 사고처럼 東海道新

75) 大阪地判 昭和49年2.27, 判時 729号3면; 大阪高判 昭和50年, 11.27 判時 797号, 36면.

幹線訴訟에서⁷⁶⁾ 나타난 思考와 基本的으로 공통되는 것으로 판례이론으로 확립되어 있던 것이라고 말할 수 있다. 이 때문에 환경과피 공해소송과의 관련하여 受忍限度論을 가지는 것에 비판적 혹은 소극적인 유력학설이⁷⁷⁾ 받아들여지지 않고 있다. 그러나 이것은 환경피해 공해소송에 있어서의 일반론으로서 받아들이는 것이 문제이다. 그것은 본 건 판결에 나타난 국가배상법 제2조 제1항 하자의 의미와의 관계에 한정되지 않으면 안 되는 것이다.

그런데 본 건 판결에 있어서 受忍限度가 어떻게 설정되었는지를 확정하지 않으면 안 된다. 여기서는 먼저 일본국가배상법 제2조 제1항에 의거하는 배상청구과 관련하여 受忍限度가 문제되고 있고, 그 다음에 문제가 되고 있는 하자는 영조물의 물리적 하자가 아니라 작용적인 기능적 하자에서 이와 관계된 受忍限度가 문제가 되고 있다는 것을 확인해 두지 않으면 안 된다. 그러나 이에 대하여 타면에서는 공항의 供用에 대해 受忍하는 것이 마땅하다는 것을 요구할 수 없고 법에 의해 승인되는 것이 마땅히 적법한 행위라고는 말할 수 없다고 하여 空港供用行爲의 위법성의 판단과의 관계에서 판시하고 있는 것으로 보여진다. 그리고 이 양자의 관계가 어디에 결부되고 있는 것인지는 아주 명확하지 않다. 즉 공항의 작용적인 기능적 하자의 문제와 空港供用行爲의 위법성의 문제가 어디에 관계된 것인지 또한 그것들의 판단에 관계되는 受忍限度는 어떻게 위치설정 할 것인지 명확한 이해가 없는 것이다. 다만 본 판결은 원심의 판단에 나타난 이해로부터 추측컨대 空港供用行爲와 같은 공공성이 있는 경우의 공항의 설치·관리의 하자를 판단하는 것으로 일반적으로 사회생활상 受忍하는 것이 마땅한 한도를 넘는 경우에 일정한 한도까지는 이것을 감수하지 않으면 안 된다고 하는 것이 마땅한가의 여부에 따른 受忍限度를 판단하고 이러한 의미에 있어서의 위법성 판단에 관계되는 것이라고 생각하고 있다. 즉 공공성이 있는 영조물의 작용적인 기능적 하자의 판단에 있어서 受忍限度가 문제되는 것을 판시하고 있는 것으로 풀이할 수 있는 것이다. 이 때문에 본 판결에 있어서의 수인한도의 위치설정에 대하여 자세히는 말할 수 없지만 지금까지 受忍限度論이라는 것은 “가해자측의 사정과 피해자측의 사정 및 지역성 등 기타의 사정을 比較衡量해서 손해가 일반인으로 통상의 受忍限度(受

76) 名古屋地判昭和55年 9.11, 判時 976号, 40면.

77) 반대설의 논거로는 伊藤進, 「受忍限度について」, 判時 1008号 10면 참조.

忍限度)를 넘고 있다고 인정되는 경우에는 위법성이 있다” 78) 라고 하는 위법론의 문제가 되어 왔지만, 여기서의 受忍限度라는 것은 공공성있는 영조물의 작용적인 기능적 하자 판단의 요소로서 이해되고 있다고 할 수 있다.

그런데 하자판단의 영역에서의 受忍限度論의 확대적용에 대해서는 東海道新幹線訴訟이나 横田基地公害訴訟에서⁷⁹⁾ 인용하고 있고 학설에도 기능적 하자가 있는 공항이라고 말할 수 있을지의 여부는 사회통념상 한도를 넘은 소음이 부근의 주민에게 확산된 것에서 결국 그 한도를 넘은 소음인지의 여부는 부근 주민의 受忍限度를 넘는 것인지 여부에서 결정된다고 보고있다. 이에 대하여 일부는 긍정하여 왔다⁸⁰⁾. 그리고 본 판결에서도 기본적으로는 이러한 사고에 의거하고 있다고 볼 수 없는 것이 아니지만 공항이 가지고 있는 공공성과의 관련에서 受忍限度를 강조하고 있는 점을 유의하지 않으면 안 된다. 그리고 본 판결이 공공성이 있는 영조물의 작용적 하자판단의 경우에 한정해서 수인한도의 문제를 한정적으로 본 것은 일단 수긍할 수 있는 것이라고 말할 수 있다.

더욱이 그 공공성과 受忍限度와의 관계에 대해서는 受忍限度를 판단하기 위한 한 요소로서 공공성을 대비시키고, 공항의 하자에 의한 손해배상청구의 판단에 연계시킨다는 논리가 보여진다. 또 위험에로의 접근이론에 대해서도 受忍限度를 판단하기 위한 요소로 보고 있는 것에 주목해야 마땅하다. 이와 같이 해서 受忍限度의 문제는 공항의 하자나 공공성, 위험에로의 접근이론과 결부시켜 그에 집결하여 손해배상청구에 대해서 판단하고 있는 것이다. 이 때문에 형식론적으로는 공항의 설치·관리의 하자에 의하는 배상이라는 가면을 씌우면서 실질적으로는 국가의 空港供用이라는 공공사업과 그에 의하는 부근 주민이 입는 피해와의 사이에 利益衡量에서 판단된 것으로, 그 利益衡量이 受忍限度의 問題로서 행해지고 있는 것으로 이해하는 것은 잘못이다.

78) 淡路剛久, 公害賠償の理論, 14면.

79) 東京地八王子支判昭和56.7.13, 判時1008, 19면.

80) 古崎慶長, 「大阪空港控訴審判決と國家賠償責任」, 判時 797号, 13면.

2. 受忍限度의 判斷要素

본 판결에서의 受忍限度는 공공성있는 영조물의 작용적인 기능적 하자의 판단에 관계되는 것으로 그 판단 요소로서 지적되고 있는 것은 위법성판단의 경우에서의 요소와 같다. 즉 “침해행위의 형태와 침해의 정도, 피침해이익의 성질과 내용, 침해행위가 가지는 공공성 혹은 공익상의 필요성 내용과 정도 등을 비교·검토하는 것 외에 침해행위의 開始와 그 후의 계속적인 경과 및 상황, 그 동안에 취해진 피해의 방지에 관한 조치의 유무 및 그 내용, 효과 등의 사정을 고려하고, 이것들을 종합적으로 고찰해서 결정하는 것이 마땅한 것이다” 로 하고 있다. 이것으로부터 受忍限度의 판단에 있어서 위법성에 관계되는 경우와 하자판단에 관계되는 경우도 고려하는 것이 마땅한 판단요소라는데 대해서는 차이가 없는 것이 일본의 판례이론이다⁸¹⁾.

다음으로 그 종합형량의 결과로서 受忍限度를 넘는 것으로 인정한 것이지만, 거기서의 판단 내용은 아래와 같고 향후의 재판의 기준이 될 것이다. 그것은 ① 공항의 供用이라는 공공적 요청은 국민의 일상생활의 유지존속에 불가결, 절대적인 역무의 제공이 아닌 것, ② 지역주민에게로의 피해의 다수성, 피해 내용의 광범·중대성의 존재, ③ 공항의 供用に 의하는 공공적 이익의 실현이 일부 소수자의 특별한 희생을 강요하는 것이 되어 불공평할 것, ④ 사전의 조사예측과 피해의 방지·경감조치가 강구되고 있지 않은 것, ⑤ 기성사실을 만들어 내는 공공적 요청을 이유로 확장한다는 일종의 순환작용만 일 것, ⑥ 제반의 피해 대책도 피해의 경감에는 효과를 올리고 있지 않은 것 등이다. 이 중에서 ①은 空港供用은 불가결·절대적인 공공 사업이 아니라고 평가한 것은 주목되고, ③에서는 공공적 이익과 개인 피해의 관계를 어떠한 시점에서 측정할 지에 의해서 개인피해에 대한 평가가 감퇴되는 두려움이 있는 것이지만, 본 판결은 공공성이 있는 사업에 의해 피해자가 어떤 이익을 받고 있을지, 받는 이익과 피해와의 사이에 피차 상보관계가 있을지 어떨지의 관점에서 보아 타당하다고 말할 수 있고, ④에서는 환경종합평가의 필요성을, ⑥에서는 실효

81) 伊藤進, 上掲論文, 10면 이하.

성이 있는 방지 대책으로 없으면 안 되는 것을 분명하게 한 것 등과 제요건에 대해서는 경중을 고려해 판단한 것이 그렇다. 이런 의미에서 무원칙인 노출된 이익형량이라는 비판은 면할 수 있는 것으로 보인다.

3. 公共性과 受忍限度

본 판결에서는 受忍限度를 문제로 하는 경우 空港供用の 공공성의 문제와 합쳐질 수 있는 점이 중요하다. 즉 지적한 것처럼 공공성을 受忍限度를 판단하기 위한 한 요소로서 대비시키고 있다는 것이다. 공항의 하자라는 형태에서의 손해배상청구를 공항의 공공성의 문제와 어떻게 조화시킬 지는 하나의 논점이다. 이에 대해서는 공공성도 국가배상법 제2조의 면책의 항변사유로서不可抗力에 준하여 법률구성하는 것도 생각된다는 지적이 본 판결에서는 인용되고 있지 않다. 이 의미로는 공공성의 비중을 피해보다도 무겁게 본다는 것은 法理論上 없었다고 할 수 있다. 또한 공공성을 受忍限度의 판단요소에 넣는 것이 맞아도 공공의 일반이익에 주목하는 것만이 아니라 그 공공적 이익이 피해자에게 미치는 이익이라는 것에도 주목했다는 점에 중점을 두지 않으면 안 된다. 그리고 이 점이 반대의견과 명확한 차이가 보여진다. 반대의견에 의하면 “피해자가 받고 있는 피해가 공항의 공공성(공익성·필요성)과의 대비해서 受忍限度를 넘는다고 할 수 없는 이상, 그 가해행위를 위법이라 할 수 없다”에서 다수의견과는 같은 입장에 서면서 고도의 공공성이 있는 국가사업의 집행에 동반해 제삼자에게 피해가 생기는 경우, 가해행위를 위법으로 하기 위해서는 일반적인 사적사업과의 관계에서 受忍限度를 초과하는 피해가 생기고 있다는 것으로 족하다. 해당사업의 공공성의 성질·내용에 따라 수인한도의 한계가 고려되고 공공성이 높으면 그에 상응하여 수인한도의 한계도 높게 되는 것이라고 말하지 않으면 안 된다. 그리고 고도의 공공성이 있는 국가사업의 집행과 관계되어 제삼자에게 발생하는 손해가 ... 정신적 고통 생활방해 같은 비재산적 손해인 경우에는 원칙적으로 피해는 受忍限度內에 있는 것과 ... 신체적 피해의 원인이 될 수 있도록 심각한 가해가 존재하는 때에만 受忍限度를 넘는

피해가 있는 것으로서 그 청구가 허락되는 것으로 보는 것이 상당하다 라고 보고, 그 이유로서 “근대국가는 제반의 공공적목적의 실현을 위해서 다양한 책무를 지고, 이것을 완수하기 위해서 필요하다면 자율적으로 사업을 경영하는 것이어서 국민은 개개의 사업활동에 의해 직·간접의 은혜를 받고 있는 것이기 때문에, 상기한 사업활동이 고도의 공공성을 띠는 것에 수반해서 발생하는 범위의 희생에 대해서 국민이 이것을 수인하는 것을 요구하는 것은 상기의 은혜와의 대비에서 어쩔수 없다” 는 생각에 의거하고 있다. 그곳에서는 국민 일반의 이익·은혜라는 관점에서 보고있는 것이다. 분명히 공공적 사업활동의 필요성을 부정하는 것은 할 수 없고 그에 의해 국민은 이익을享受하는 경우가 많을 것이다. 그러나 그 것과 그러한 공공적 사업활동에 의해 일부의 국민이 입는 피해를 수인하지 않으면 안 된다고 하는 논리와는 직접 연결되는 것이 아니고 또한 고도의 공공적 사업이기 때문이라고 해서, 그것이 국민의 생존에 불가결한 것이 아닌 한 일부 국민이 희생 할 수 있다고 보는 것은 매우 위험하다. 특별히 개인의 피해구제를 목적으로 하는 소송에 있어서 이러한 사고는 타당성을 결한 것이 아닐까하여 이상과 같은 견해와 본 판결의 다수의견은 타당한 것이었다고 볼 수 있다.

4. 危險에로의 接近理論과 受忍限度

본 판결에서는 위험에로의 접근이론도 受忍限度를 판단하기 위한 하나의 요소로 보고 있는 것을 특별히 유의하지 않으면 안 되는 점이다. 다만 위험에로의 접근이론은 受忍限度의 한계를 높이기 위한 하나의 요소로서는 환영을 받는 것이지만 이는 지금까지의 통설적 견해에 역행하는 것이라고 말할 수 있다. 이것은 본 사건 피상고인의 답변서에서 특별히 강조되고 있다. 즉 학설은 위험에로의 접근이론을 인정하는 것은 환경과피자에 대해 環境專有權을 인정하는 것이 되어 타당하지 않다고⁸²⁾ 본다. 왜냐하면 적어도 주민의 일상 생활

82) 清水誠, 「損害賠償請求について」, 法時·公害裁判第4集, 34면; 同旨, 山口和男, 「騒音の規制と被害者の救済」, 法曹時報 24卷 10号, 50면, 潮海一雄, 「公害訴訟における損害論」 判夕 314号

근저를 파괴하고 동시에 정신적·신체적 피해까지 발생시키고 있는 경우에 고려해야 마땅하다고 주장⁸³⁾되어 왔기 때문이다. 또 비교법적으로 독일의 임미시온법리에 있어서 토지이용의 선후관계를 고려하는 것은 없다면, 영미법의 先住法理에 있어서도 “先住에로의 접근”이라든가 “先住權”은 논의되고 있지만 고려하는 것이 마땅한 중요한 요인이 아니라고 보고 있는⁸⁴⁾ 것에도 문제를 남기는 것이라고 말할 수 있을 것이다.

더욱이 위험에로의 접근이론을 受忍限度의 한계를 높이기 위해서 受忍限度의 判斷要素로서 영입하기 위한 요건을 원심보다 넓은 것도 문제이다. 즉 원심에서는 “위험에로의 접근이론에 대해서 住民이 특히 공해문제를 이용하려고 하는 의도를 가지고 접근했다고 인정되는 경우가 아닌 한 상기 이론은 적용이 없다는 견해”에서, B滑走路供用開始後에 입주한 피해자에 대해서도 그 적용을 부인한데 대하여 본 판결은 “그 사람이 위험의 존재를 인식하면서 굳이 그에 의하는 피해를 용인하고 있던 때에는 사정여하에 의해 가해자의 면책을 인정하는 것이 마땅한 경우가 없다고는 말할 수 없다”라는 견해를 나타내는 것에 도달하고 있기 때문이다. 가령 “사정의 여하에 의해”의 제약요건으로서 두개가 지적되고 있다. 그 하나는 정신적 고통 혹은 생활방해에는 적용되지만 직접 생명, 신체에 관계되는 피해일 때는 구별되지 않으면 안 된다는 것이다. 피해의 중대함 정도에 대응해서 위험에로의 접근이론의 적부가 생각되고 있어 주목된다. 그 둘은 피해자가 인식한 소음으로부터 추측되는 정도의 피해에 머물 때는 적용되지만, 그 정도를 넘는 피해였는지 입주 후에 소음의 정도가 현저하게 증대했다는 사정이 있는 경우는 적용되지 않는다고 하였다. 위험에로의 접근이론을 受忍限度의 判斷에 적용하는 것 자체에 대해서는 약간의 의문이 있지만, 이것을 인정한 이상 이러한 제한은 당연할 것이다. 그리고 향후에는 그 제한의 인정에 대해서 신중하게 판단되는 것이 요망되고 있다.

그런데 위험에로의 접근이론을 받아들이는 것은 이러한 제약이 붙여진 것으로부터 향후에는 그 인정 판단을 둘러싸고 다투게 되는 것은 필연이고 그 여하에 따라서는 그 적용을 부정할 수 있는 여지도 남겨져 있다고 봐도 좋을

34면.

83) 加藤一郎編, 公害法の生成と展開, 34면; 淡路, 「大阪國際空港公害判決の問題點」, ジュリ, 559号 43면.

84) 澤井裕, 公害の私法的研究, 25면, 428면 참조.

것이다⁸⁵⁾. 특히 반대의견을 강조하는 원심의 판서에서 나타나 있는 것처럼 항공기소음 등에 의하는 피해의 내용 및 성질은 일상 특히 야간에 있어서의 반복적인 항공기 소음이 계속되므로 신체적 피해와 각종의 생활방해가 총체적으로 생기는 누적적인 고통이며 이러한 피해는 거주해 봐야 비로소 알 수 있는 것이고 현지에 있어서의 일시적인 소음에로의 폭로의 경험만으로는 도저히 예측할 수 없는 것이라는 특질과 인식한 소음으로부터 추측된 피해를 넘는 피해였다고 하는 것이 특별히 인정되고, 위험에로의 접근이론 적용이 배제될 가능성이 많이 있을 수 있는 것이 아닐까 추측된다.

VIII. 受忍限度에 의한 매향리소음피해사건

1. 매향리事件의 背景

원고들은 경기도 화성군 우정면 소재 매향리에서 수십년간 농어업을 영위하면서 살아온 주민들로서, 한국전쟁이 한창이던 1951년 매향리 앞 해상 농섬을 표적으로 항공기 사격훈련장으로 사실상 설치된 매향리 주변일대에서 현재까지 계속 거주해온 주민들이다.

2. 매향리 住民들의 騒音被害狀況

비행편대가 사격훈련을 위하여 매향리 및 인근 지역의 상공을 선회하는 과정 및 사격을 위하여 사격목표물을 향하여 급강하하고 사격후 급상승하는 과정과 폭탄투하 및 기총사격시 심함 소음이 발생하여 항공기의 소음의 측정결

85) 澤井裕, 上掲書, 428면.

과 항공기소음영향도(WCEPNL) 90 내지 110에 이르는 피해를 주민들에게 입혔다는 것이다⁸⁶⁾. 이로 인한 주변 반경 4km 이내 마을(매항1,2,3리, 석천 3,4리, 이화 1,2,3리 등)에서 80dB-150dB의 소음이 발생한 것으로 조사되었다⁸⁷⁾. 사격훈련이 없는 경우의 위 소음측정지역의 배경소음수준은 평균 50dB 정도인 것으로 측정되었다.

매항리사격장 인근 주민들은 주말이나 공휴일을 제외하고 매일 평균 70dB, 매일 10회이상 실제 비행기가 상공에서 훈련을 끝마칠 때까지의 매회 20분 정도는 90dB, 실제 사격이 행해지는 시간동안에는 순간적으로 130dB 전후의 소음이 수십년 동안 지속적으로 노출되어 왔다고 한다. 특히 그 소음도 전투기들의 저공비행, 급상승, 급강하, 폭탄이 폭발, 기관총 발사시에는 매우 날카롭고 충격적이었다는 것이다. 이는 공업지역의 환경소음 기준인 70dB를 훨씬 초과한 것으로 확인되었다.

3. 騒音으로 인한 身體的·精神的 被害

상기한 바처럼 피해지역 주민들은 공업지역 기준을 초과하는 높은 소음 그것도 전투기의 급강하 및 상승, 폭탄의 폭발, 기관총 발사 등 매우 불쾌하고 충격적인 소음으로 인하여 스트레스와 정신적 불안, 초조감, 수면장애 등을 겪

86) 상기 서울지법재판 판결문 7면이하.

87) 1989년 경기도지사 명의로 작성된 '미 제7공군 사격장 소음공해에 따른 화성군 우정면 주민반발대책건의'에 의함; 1990년 3월 국회 국방위원회전문위원이 작성한 '사격장소음공해피해보상에 관한 청원검토보고서'에 따르면 90dB로 나타나 있다; 1989년 인도주의실천협의회 등에 의하여 매항리사격장의 소음이 지역주민의 건강에 미치는 영향에 대한 연구에서는 주간의 사격훈련시 매항리, 석천리, 이화리 일대의 7개지점에서 소음정도를 측정한 결과 평균 90dB-100.4dB 정도의 소음이 발생한 것으로 조사되었다; 또한 1997년 1월경 국방부작성, '고온리 미공군 비행사격장 인근 피해주민 대책에 관한 청원검토'에 의하면 90dB-120dB의 소음이 발생한 것으로 나타나 있다; 이에 관한 사단법인 시민환경연구소는 사격장 인접 5개 지점에서 주간의 사격훈련시 발생하는 소음을 측정한 결과 실외에서의 소음도는 94dB-133.7dB, 문을 닫은 경우 실내에서의 소음도는 61.2dB-84.9dB 정도이고, 문을 열었을 경우 실내에서의 소음도는 117.5dB 정도라고 나타나 있다.

게 되었으며, 이는 고혈압, 난청 등의 신체장해까지 초래할 수 있고, 역학조사에 의하면 인근 타지역 주민들에 비하여 매향리 주민들의 남청유병율, 고혈압 유병율 및 소화불량, 불안, 불면 등을 호소하는 비율이 훨씬 높은 것으로 밝혀졌다⁸⁸⁾. 이러한 소음으로 훈련시간 중 TV시청, 전화통화 및 일상대화, 그리고 자녀교육 등 일상생활에 막대한 방해로 받음도 명백하다고 서울지법은 판시하고 있다. 게다가 오폭으로 인한 피해가 산발적으로 계속되어 주민들은 오폭이나 유탄의 피해에도 불안감을 안고 살고 있는 것으로 확인되고있다⁸⁹⁾.

88) 인도주의실천의사협의회 소속 의사들이 1989년 4월 1일부터 동월 4월 23일 까지, 2000년 6월 4일부터 2일간의 역학조사에 따름.

89) 실제로 매향리사격장 설치 후 1952년부터 2000년 5월까지 훈련과정에서 오폭, 유탄 등의 사고 내지 폭발물 사고가 발생하고 그로 인하여 일부주민들이 피해를 입거나 사망하고 가옥이 파손되는 등의 사고가 계속되었다고 한다.

IX. 결론

상기한 서울지법 민사항소9부(2002년 1월 9일)의 매항리 항공기 소음피해로 국가를 상대로 소송을 낸 항소심에서 “국가는 주민들에게 1,105만 ~ 975만원 씩 배상하라”는 원고승소판결은 주한미군훈련으로 인한 소음피해를 위법한 것으로 인정하여 損害賠償을 하라는 첫 판결로서, 향후 이 판결은 예컨대 항공기소음피해소송 등에 큰 영향을 미칠 수 있는 것으로 예상되기 때문에 앞으로 대법원의 태도여하에 따라서는 본고에서 다룬 수인한도론이 중요한 이론적 배경으로 등장할 것으로 예상된다. 또한 최근 신축중에 있는 용산 미군기지촌 부근 국립박물관의 경우도 주변 헬기장의 소음으로 박물관에 소장할 소장품들의 보존문제와의 관계로 개관이전부터 소음진동이 중요한 문제가 되고 있는데 이 문제도 향후 항공기 소음의 피해대책으로 중요한 사안이 될 것으로 사료되어 본고에서 다룬 항공기소음에 따른 피해와 損害賠償請求와의 관련해서 受忍限度의 문제가 우리나라 법정에서도 활발히 논의될 것으로 예상된다.

이상에서는 受忍限度에 대하여 우리민법과 특별법, 그리고 독일의 임미시온 제도 등을 통하여 이론적인 접근을 시도했으며 일본의 판례와 학설을 통하여 보다 다양한 문제를 제시하려고 시도해 보았다. 일본에서는 국가배상법 제2조의 영조물의 하자의 판단요소로서 受忍限度를 설정하고 있으며 수인한도의 판단의 대비요소로서 公共性을 구비한 점은 독일이나 우리의 경우에도 수용된 이론으로 생각한다. 또한 受忍限度의 한계를 높이는 요소로서 일정한 조건에서 위협에로의 접근이론의 포함을 승인한 것도 확인하였다. 좀 더 근본적으로는 일본의 항공기소음피해에 따른 판결에서의 受忍限度는 형식·논리적으로는 위법성판단을 위한 受忍限度와는 다른 것이지만 실질적으로는 受忍限度라는 논리로 空港供用の 違法性이 판단되고 있는 것은 분명히 하였다. 특히 空港의 瑕疵를 판단하기 위한 受忍限度도 위법성의 문제에는 동일하다는 생각이 옳은 것인지, 이점에서 공항의 하자는 공항공용행위에 위법성이 있는 경우에만 인정된다는 것이고, 하자위법성은 동일한 내용의 책임개념으로서 이해되는 것이지만 일본의 국가배상법 제2조의 영조물책임의 문제로 하는 경우에 과연

그것으로 옳은 것인지 생각해 볼 필요가 있다.

특히 損害賠償請求는 인정하지만 禁止請求를 부정한 空港騒音에 대해서 大阪空港騒音訴訟의 最大判昭 56.12.16⁹⁰⁾이 국영공항에서는 運輸大臣의 空港管理權과 航空行政權이 불가분·일체적으로 행사되는 것을 이유로 금지청구를 각하⁹¹⁾하고 또한 自衛隊機에 대해서는 橫田基地騒音第1次訴訟의 最判平 5.2.25⁹²⁾가 주변주민에게로의 騒音의 受忍義務도 防衛廳長官의 公權力行使(防衛行政權의 行使)이고 民事上の 禁止請求를 不適法하고 미군기에 대해서는 동판결 및 橫田基地騒音訴訟(美軍機)의 最判平 5.2.25⁹³⁾가 미군기에 의하는 비행장의 管理運營이 條約에 기초를 두는 것에서 그 활동을 제약할 수 있는 것이 아닌 것을 이유로 禁止請求를 却下한 경우이다. 이 大阪空港訴訟 上告審判決에 있어서의 空港의 管理權이 「航空行政權」이라는 불가분·일체인 것을 이유로 하는 금지청구의 각하에 대하여는 동 판결에 반대의견이 있을 뿐만 아니라 학설상의 비판도 많았는데도⁹⁴⁾ 그 후 미군기의 소음만이 아니고 일본자위대기의 소음금지를 요구하는 民事訴訟에 대해서도 소를 각하한 실질적인 이유는 무엇인가, 특별히 橫田基地騒音第1次訴訟上告審判決이 禁止請求를 却下하든가, 손

90) 民集 35권 10호 1369면

91) 却下の 실질적인 이유는 담당재판관 伊藤正巳 표현 중에 명료하게 나타나 있는바, “민사의 禁止請求가 부적법하다고 하는 이유에 대해서는 航空行政權이라고 말하는 航空運送事業의 면허 부여 혹은 사업계획변경의 인가에 있어서는 「법은, 運輸大臣이 해당 사업 활동에 의하는 제삼자의 法益侵害의 可能性의 유무 및 그 정도를 고려해 그 허락 여부의 판단을 하는 것이 마땅한 것과 이에 의해 제삼자의 권리, 이익을 가급적 침해로부터 옹호하는 것으로 하는 것과 동시에, 더욱더 불이익은 이들 사람에게 있어서 受忍하는 것이 마땅한 의무를 부과하고 있는 것으로 해석하는 것이 상당해서」 따라서 이들의 行政處分은 공권력의 행사에 맞는 것을 지적, 국영공항의 설치 관리 또는 供用行爲를 둘러싼 供用者 以外の 제삼자와 국영공항의 사업주체와의 법률상의 쟁송의 처리에 맞는 적절한 쟁송절차의 선택이 필요하다고 하고, 그 상에서 「(本件 請求는)私法上の 청구권의 형식을 취하고 있다고는 해도, 동시에 또는 그 실질에 있어서는 運輸大臣의 항공행정권에 의해 그것을 기반으로 존립하고 있는 본건공항의 供用行爲의 禁止를 요구하는 것에 귀착하여, 결국 운수대신의 항공행정권의 행사에 관한 불복을 내용으로 하는 것으로 풀이하는 의의가 상당한」 것으로(운수대신의 항공행정권을 기반으로 하는 종합적인 空港供用行爲와 밀접·불가분의 관계에 있는 供用行爲의 적법성을 다투는 소송에서는) 공공이익의 유지와 私人的 권리옹호와의 조화를 생각한다는 관점에서 이것을 심리하는 것이 필요하기 때문에 사법 관계로서 협의의 민사 소송에 의하는 것은 허용되지 않는 것이라고” 했다.

92) 民集 47권 2호 643면

93) 判時 1456호 53면

94) 學說의 자세한 狀況은 阿部泰隆, 民訴判例百選8면 參照.

해배상청구에 대해 고도의 공공성을 이유로 청구기각을 한 원심 판결을 파기하고 있는 것도 미공군의 주둔과 우리공군의 주둔 등이 유사한 형태를 갖추고 있는 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각된다. 또한 公害問題는 土地의 近隣關係에 있어서 생기는 것이 통상이지만 民法이 不法行爲와는 다른 손해보상에 관한 규정을 마련하고 있는 것에 주목할 필요가 있다. 相隣關係의 規定은 건축규제나 구분소유의 관계에서는 이미 특별법이 있는 것처럼 이를 공해문제로 하여 새로운 문제에 그대로 적용하는 것은 할 수 없지만, 기본적인 사고는 공해사례 특히 損害賠償만을 인정하고 금지청구는 인정하지 않는 공해사례에 적합하다고 할 수 있다. 즉 공항이나 도로 등의 騒音事例에 도로 등의 설치방법률이 정하는 절차를 따라 적법하게 행해 질 때는 공용자체는 필연적으로 近隣地에 침해를 가져오지만, 必要 또한 損害가 가장 적은 방법에 의하는 한 適法하게 인정되는 것과 같이 私法上的의 관계에 있어서도 供用行爲 그것 자체가 違法行爲가 되는 것이 아니다. 가령 侵害行爲는 不法行爲가 되지 않지만 近隣地의 “損害” 라고 평가되는 被害를 일으키고 있을 때는 그에 대해 보상금의 성질을 가지는 補償을 하는 것이 필요하다. 이와 같이 생각하는 것은 損失補償의 사고에 유사하지만, 私法上的의 논의로서는 거의 행하지 않았다. 그 이유는 適法行爲에 의하는 損害에 대한 賠償의 관념이 무시되고 違法行爲에 대한 損害賠償制度인 不法行爲에 받아들였기 때문이다. 환언하면 損失補償의 民法上的의 청구가 되어 오지 않았던 것인데, 이 때문에 不法行爲(國家賠償法을 포함한다)에 異質的인 것을 받아들여 법의 적용이 되었지만, 이것이 被害者救濟에 있어서 원고 被害者의 主張立證責任을 輕減하는 실익을 낳고 있다고는 생각되지 않는다. 過失 혹은 瑕疵의 경우에 不法行爲의 여부가 판단되고 있지만 실질적인 判斷은 損害의 補償에 대한 판단이 행해지고 있다고 봐야 마땅할 것이다⁹⁵⁾.

95) 大阪空港騒音訴訟上告審判決에 있어서도 反對意見 중에 “公務員의 加害行爲가 不法行爲의 要件을 구비하지 않는 경우”가 있는 것을 인정하고 이 경우의 救濟方法에 대해서 “공평의 원칙 및 事情에 따른 適時適切한 選擇方法의 選擇 등의 고려로부터 損失補償의 문제로서 제1차적으로 立法行政에 있어서 책임을 지는 것이 마땅한 분야에 속하는 것으로 푸는 의미가 상당한”이라고 하는 입장은 空港騒音에 대한 법률관계의 실체를 단적으로 나타낸 것이라고 말할 수 있다. 학설에서도 雄川 教授는 不法行爲責任으로서의 損害賠償과 公法上的의 損失補償의 關係를 “公共事業의 활동에 동반해서 발생한 騒音振動 등의 피해의 경우에 대해서 損害賠償의 논리는 차

여기서 公害禁止請求權을 相隣關係法에 결부할 수 있는 의미는 相隣關係法이 所有權 規定이지만 상린자간의 관계는 近隣者에게 공통된다. 公共的인 法形成으로서의 機能을 하는 것에 눈을 돌릴 필요가 있다. 수인한도론이 이 기능을 가져 온 것은 상기한 바와 같다. 그러나 먼저 서두에서 말한 것처럼 禁止請求權의 오늘의 과제는 環境利益을 얼마나 법에서 구체적으로는 地域, 社會에 있어서의 環境의 基準 중에 받아들이느냐에 있다. 受忍限度論이 不法行爲 혹은 物權的請求權에 기초를 두어 權利侵害에 대한 禁止라고 볼 때는 이러한 近隣者에게 공통의 公共的인 의미에서의 환경에 관한 法形成으로서의 機能에 눈을 돌리는 것을 할 수 없다. 그 때문에 受忍限度論을 相隣關係에 근거를 둔 법리라고 보는 것이 필요하다. 이에 의하면 먼저 損害의 報償(賠償)基準으로서의 違法과 行爲(事業)의 違法을 명확하게 구별해 논하는 것이 가능해질 뿐만 아니라 禁止請求訴訟이 재판을 통해서 지역의 環境基準의 政策(法形成)인 것을 정면에서 파악하는 것이 가능해 졌다. 그 결과 금지청구의 소송물은 私的인 個別的인 권리라는 것보다는 公益的인 地域住民에게 공통된 公共의 利益이 된다.

이와 같이 본다면 공해의 금지청구와 환경소송은 보호될 수 있는 법익이 전자에 있어서도 사적·개별적인 이익이 아니라 公共的 基準이고 그 점에서 후자와 공통되는 것으로 이해할 수 있다. 다만 후자, 즉 환경소송에서는 종종 지역의 범위가 넓고 환경이익이 자주 개발이익과 충돌하는 것처럼 소송을 담당하는 環境保護團體 등의 주장은 환경이익의 중요성을 지적하는 것만으로는 법적 보호의 대상이 된다는 주장으로서는 충분하지 않고, 지역(사회)전체로서 개발이익보다 우위에 있는 이익으로서 의식된다는 주장이 없으면, 原告는 住民(社會)을 대표하고 있지 않다고 하여 각하 되거나 개발이익에 우선하는 이익

라리 실질적으로는 損失補償의 類型에 속한다고 보는 요소가 많다고 생각된다" 라고 하면서 그 이유로서 "해당 사업의 시행 자체에 위법이 있는 것이 아니라, 騒音·振動 등의 被害를 주민에게 발생케 한 것이 違法이라는 것이다" 라고 설명하고 있다(雄川一郎, "國家補償法總說", 現代行政法大系(6), 11-12면). 원래 제1차적으로는 사업 손실은 공법상의 손실보상에 의하여 마땅하지만 일정한 절차를 거쳐 문장화된 기준은 필요한 사태의 변화에 적용할 수 없는 곳이 있고 또 소송에 의하는 피해가 "損害" 즉 권리의 침해라는 평가는 곤란을 초래하는 경우가 많다. 이 때문에 손해라고 평가되는 한 糞網 등의 기준에 미치지 못하는 경우에도 민사상의 청구권으로서 보상 청구권이 발생하는 것으로 풀이할 수 있다.

이다 라는 입증의 없다고 해서 기각이 될 것이다. 이 것은 앞으로 항공기소음 소송에서도 중요한 과제가 될 것으로 생각된다.