

하천관리상의 하자로 인한 수해에 대한 국가배상채임

- 판례를 중심으로 한 고찰 -

임 현*

차 례

- I. 머리말
- II. 하천수해의 유형과 특수성
- III. 수해소송에 있어서 하천관리상의 하자
- IV. 불가항력에 대한 고찰
- V. 하천수해의 유형에 따른 판례의 검토
- VI. 맺는말

I. 머리말

우리나라는 해마다 여름철이면 태풍의 피해와 더불어 집중적인 호우로 인해 하천 등이 범람함으로써 물적 인적 피해를 받고 있다. 그런데 이와 같은 수해는 예부터 천재로 보아 온 전통적인 사고방식으로 인해 피해를 입은 경우에도 국가배상을 문제삼는 경우가 많지 않았다. 이와 같이 강한 비 등에 의하여 일어나는 재해인 수해는 그 형태에 따라 하천수해 또는 홍수해(하천의 물이 제방을 넘거나 제방이 붕괴되어 일어나는 수해), 침수해(농지나 시가지가 침수되는 현상으로서 배수의 미비로 일어나는 경우), 산사태피해(강한 비가 원인이 되어 산의 암석이나

* 법학박사, 순천향대학교 법정학부 교수

토양의 일부가 돌발적으로 붕괴되는 현상) 등으로 나누어 볼 수 있다.

그 중에서도 하천의 범람으로 인한 하천수해로 피해가 발생한 경우 하천관리상의 하자를 이유로 한 국가배상법 제5조의 영조물책임을 묻게 되는데, 기존의 입장은 하천을 다른 영조물과 달리 취급하여 하천관리의 경우에는 그 책임을 한정적으로 이해하는 것이 일반적이었다. 본 논문에서는 하천의 관리를 다른 영조물의 관리의 경우와 차별을 두고 하천관리의 하자로 인한 수해에 대해 국가의 책임을 감경시키는 것이 과연 타당한지의 여부를 살펴보고자 한다. 먼저 하천관리와 도로관리의 구별의 타당성 여부, 하자의 판단기준으로서 논의되고 있는 계획고수유량의 의미, 영조물 책임의 면책사유로서 불가항력의 의미와 체계적 위치 등에 관하여 살펴본 후 우리나라와 일본의 판례를 중심으로 수해의 유형에 따른 국가배상책임의 인정모습을 검토하겠다.

II. 하천수해의 유형과 특수성

1. 하천수해의 유형

하천수해는 하천에 제방 등이 설치되어 있지 않아 호우 등으로 인하여 하천이 그 유역 등에 범람하여 수해가 발생하는 경우와 하천에 제방이나 댐 등은 설치되어 있으나 그 불완전성으로 인하여 하천이 범람하여 수해가 발생하는 경우(시설제방 또는 댐의 높이가 계획고수유량에 미달하는 데 기인하는 일수로 인한 수해, 제방이나 댐 등 시설의 일부가 파괴되어 하천의 범람현상이 발생한 데에 기인하는 수해, 유수지의 갑문이나 수문 등 하천부속물의 작동과 관련하여 발생하는 수해) 등으로 나누어 볼 수 있다.

2. 수해사안의 특수성

(1) 하천과 도로의 차이

공물을 인공공물과 자연공물로 대별해 본다면 도로는 인공공물로, 하천은 자연

공물로 볼 수 있다. 보통 이러한 공물의 실체의 성립과정의 차이에서 도로관리와는 구별되는 하천관리의 특수성을 발견할 수 있다고 설명한다.

즉, ① 하천은 본래 이를 설치하는가 아닌가의 선택의 여지는 없고 위험을 내포한 상태대로 공용되고 있고, 반면 도로는 이를 설치하는가 아닌가의 선택의 여지가 있고 따라서 설치하는 것에 의하여 위험이 창출된다. 또 ② 하천에 대하여서는 위험상태의 회피를 위한 손쉬운 수단이 없고, 반면 도로에 관하여서는 통행금지·출입금지 등 간이한 회피수단이 있다. 다음 ③ 하천은 유수라는 자연현상을 대상으로 하기 때문에 그 원천인 강우의 규모, 범위, 발생시기 등 예측이나 홍수의 발생, 작용 등 예측이 극히 곤란한 반면 도로는 사람이나 차라는 인위적인 것을 대상으로 하기 때문에 그 외력의 규모, 작용 등 예측은 비교적 쉽다고 할 수 있다. 마지막으로 ④ 홍수작용 등의 파악은 실제 실험에 의하는 것이 불가능하기 때문에 실제 출수에 의하지 않을 수 없고, 자동차공학에서는 신제품에 관하여 실용 전에 실물실험도 행하고 그 안전성을 확인할 수 있다.

이와 같이 도로와 하천의 성질에 차이가 있다는 것을 전제로 하천관리의 책임을 한정적으로 이해하는 입장이 일반적이었다.¹⁾

(2) 하천과 도로의 구별의 상대성론

반면 당해 영조물이 인공공물이나 자연공물이나라는 기본적 구별은 존재하지 않는다고 하면서 하천이 자연공물이라는 이유로 다른 영조물과의 차이를 강조하는 것을 배제하는 견해가 있다. 즉 일본 동경지재 다마천 손해사건 제1심 판결에서는 “인공공물, 자연공물이라는 공물성립상의 분류에 의하여 그 적용범위 정도를 구별하여 양자에 관하여 관리책임에 질적인 차이를 설정하든가 또는 도로 등 인공공물의 그것과 비교하여 자연공물인 하천에 관하여 특히 제한적인 판단기준을 도출하는 것은 단순한 개념에 구애되고 실태를 경시한 것이라고 말하여야 하며 국가배상법의 해석상 그 취지에 반하고 상당하지 않다”고 하여 자연공물이라는

1) 강창웅, 손해와 국가배상, 사법논집 제19집, 242면.

사실을 국가배상법 제5조의 요건해석에 도입하는 것에 반대입장을 제시하였다. 즉, “하천이 자연공물이고 그 점에서 인공공물인 도로와 다르지만 자연공물인가 인공공물인가는 결국 공물성립상의 분류로서 이 구분의 의의는 공물의 설정절차에 있어서의 차이를 나타내는 것에 지나지 않기 때문에 자연공물, 인공공물의 구분을 그대로 영조물의 관리책임의 존재방향과 직결하는 것은 옳바르지 않다”고 하면서 현재 하천과 도로를 자연공물과 인공공물로 구분하여 국가배상법 제5조의 요건해석에 연결시키는 것은 의미없는 것이라고 판시하였다.

(3) 소결

하천은 그 성질상 설치 여부에 대해서는 선택의 여지가 없고 위험을 내포한 상태 그대로 공용되고 있다는 것은 사실이다. 그렇지만 그와 같은 성립상의 특징 때문에 하천 그 자체에 대해서는 설치상의 하자를 물을 수 없고 관리상의 하자만을 물을 수 있게 되는 것이고, 또 설치과정에서 안정성을 확보할 수 있는 여지가 없었으므로 관리 과정에서의 위험성 제거작업에 집중될 수밖에 없다. 그 점에서 오히려 요구되는 안전성의 기준은 더 높다고 할 수 있다. 또한 하천은 우수라는 자연현상을 대상으로 하기 때문에 그 원천인 강우의 규모, 범위, 발생시기 등 예측이나 홍수의 발생, 작용 등 예측이 극히 곤란한 것은 사실이지만, 도로의 경우에도 자연력에 의한 재해의 가능성은 항상 존재하는 것이고, 다만 하천의 경우에는 본래 자연력에 의한 재해의 방지를 목적으로 설치·관리되고 있기 때문에 도로에 비해 자연력이 외래적 위험으로서 불가항력으로 인정되는 범위가 상대적으로 한정된다는 정도의 문제가 있을 뿐이지 이를 두고 하천과 도로에 있어서의 책임의 정도를 구별할 징표가 된다고 할 수는 없다.

오히려 도로의 경우 피해자는 주로 도로의 이용자이고 하천의 경우에는 이용자가 아니고 주변주민이어서 도로라면 도로통행의 안전성은 그와 같은 위험에 대면하여 도로를 이용하는 통행자 개개인의 책임으로 확보할 수 있는 방법이 전혀 없는 것은 아니지만, 하천 주변의 주민으로서는 늘 집중호우가 예상되는 여름철에는 하천범람으로 인한 피해발생을 걱정하지 않을 수 없고 그렇다고 하여 위험성

을 가진 하천주변을 왜 떠나지 않았는가 하는 비난을 가할 수도 없는 일이다. 또한 하천수해는 다른 인공영조물의 설치·관리상의 하자에 기인하는 피해발생에 비해서는 그 빈도가 낮은 것이나, 일단 발생하면 그 피해자의 범위가 넓고 피해액의 규모가 크다.

따라서 단순히 도로와 하천 사이에 사물적인 특성에 차이가 있다고 하여 하천관리의 책임을 한정적으로 해석할 수는 없다고 할 것이고, 하천관리에 투여되는 비용 등의 노력과 손해 등이 방지되는 것에 의한 인접자의 이익은 서로 정당하게 비교형량하는 등 특히 종합적 판단이 강조된다고 할 것이다.

Ⅲ. 손해소송에 있어서 하천관리상의 하자

1. 하천관리상의 하자

(1) 사회통념

최근 일본의 판례에서 영조물책임에 있어 설치·관리상의 하자판단에 있어 통상적으로 갖추어야 할 안전성의 기준으로 사회통념을 도출하는 경우가 많아지고 있고 이 경향은 특히 손해소송에서 현저하다. 무엇이 사회통념인지는 행정측의 입장에서만 판단하여야 할 것은 아니며, 동시에 피해자의 입장만으로 판단하여야 할 것도 아니다. 사회통념이란 '사회일반에서 수용되는 상식 또는 견해' 또는 '자연스러운 사회의 일상생활에 있어서의 양식'을 말하기 때문이다. 따라서 사회통념의 확정에 있어서는 납세자로서의 국민의 의식과 국가의 재정사정 등을 형량하지 않을 수 없다. 다만 사회통념이 일반적·추상적 기준이기 때문에 그 확정은 구체적 기준에 의하여 행하여지게 된다. 영조물의 종류가 다르면 안전성의 수준도 다르게 되고, 동종의 영조물이라 해도 장소와 이용의 상황 등에 의하여 안전성의 수준이 달라지게 되기 때문이다. 이러한 사회통념은 사회의 윤리질서로부터의 요구(인권 의식 및 권리의식을 포함)와 현재 과학기술의 수준 특히 재해방지를 위한 과학기

술 수준의 변천에 따라 부단히 변화되어 가는 것이다.

(2) 관리의 일반수준

관례에 있어서의 관리의 일반적 수준은 사회통념과 함께 통상성의 판단기준으로 다음과 같이 제시되고 있다.

(가) 대법원 2002. 1. 11. 선고 99다63190 판결

“원심은 이 사건에서와 같은 배수시설 등의 수해방지시설은 과거에 발생한 수해의 규모, 발생의 빈도, 발생 원인, 강우상황, 지역의 지형 등 자연적 조건, 지역 토지의 이용상황 등 사회적 조건 및 그 시설의 용도와 경제성 등을 종합적으로 참작하여 설치되는 것이므로 그러한 시설이 통상의 안전성을 결여하였다고 보기 위하여는 위와 같은 사정을 종합하여 볼 때, 수해방지를 위하여 수해방지시설을 신설하거나 개수, 유지하는 것이 필요불가결한 것임에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 아니하였음이 수해방지시설의 설치, 관리의 일반수준 및 사회통념에 비추어 명백하다고 볼 사정이 있어야 한다고 전제한 후...”

(나) 대법원 1998. 2. 13. 선고 95다44658 판결

“댐이 건설되면 정도의 차이는 있으나 댐의 상류로부터 저수지에 토사가 유입, 퇴적되어 시간이 경과함에 따라 저수지의 저수용량이 점차 감소되는 것은 불가피한 현상이라고 할 것인바, 이와 같이 댐의 저수용량이 감소되는 경우 홍수조절과 관련하여 댐 관리에 하자가 있다고 하기 위하여는, 댐의 저수용량의 감소로 인하여 수해발생의 위험성이 현저히 증가하였음에도 불구하고 그 위험성을 배제하거나 감소시키기 위하여 상당한 조치를 하지 아니하였음이 댐 관리의 일반수준 및 사회통념에 비추어 명백하다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것이다.”

관례는 이와 같이 사회통념에 더하여 ‘관리 등의 일반적 수준’이 하자의 판단기준으로 실시되고 있으나 그 필요성 및 내용에 대하여 반드시 명확하지는 않다. 이

에 대하여는 동종·동규모의 하천관리의 일반수준이 국가의 태만으로 상대적으로 낮은 경우 손해소송은 승산이 없는 것으로 된다고 하여 비판적으로 보는 견해가 있다. 즉 하자판단의 기준인 이상은 마땅히 도달하여야 할 수준을 나타내는 규범적 의미의 것이어야 하나, 관리의 일반수준이라는 기준이 하천관리의 하자판단기준에 포섭되는 것은 전적으로 현상을 긍정하는 방향으로 작용하지 않을 수 없다는 것이다.

확실히 재정적 제약 등을 무시할 수 없는 현실이 있는 이상, 저효율의 홍수에 까지 방재공사를 할 수 없다는 논의에도 일리는 있다. 또한, 행정기관과 같이 전문가를 보유하고 있지 않은 법원이 하천관리 계획의 합리성을 전면적으로 통제할 수 없는 것도 사실일 것이다. 그러나 사법이 행정의 일반계획의 타당성을 통제할 수 없다고 하는 인식 하에서는 그 일반계획 아래에서 권리를 침해당한 국민의 권리구제의 방법은 없게 된다. 한편 하천관리의 일반수준을 판단하기 위한 자료를 누가 제출하여야 하는지라는 문제가 제기되는데 원고측이 일반수준의 판단자료를 제출하는 것이라고 하면 손해소송의 제기는 더욱더 곤란하게 될 것이다.

2. 하자판단기준으로서 계획고수유량

영조물의 설치 또는 관리의 하자란 '영조물이 통상 갖추어야 할 안전성을 결여하여 타인에게 손해를 미칠 위험성이 있는 상태'를 말한다. 여기에서 영조물이 통상 갖추어야 할 안전성이란 구체적으로 무엇을 의미하는가에 대하여, 학설은 하천법 제17조 및 같은 법 시행령 제10조 규정의 하천정비기본계획에 따라 적절한 유량, 수위 등을 기준으로 하여 산정한 계획고수유량내의 출수로 제방이 붕괴 또는 일수하여 손해가 발생한 경우에 하자가 있는 것으로 보고 있다.²⁾ 따라서 하천관리에 있어서 통상적으로 요구되는 안전성의 기준으로서 계획고수유량이 중요한 판단 기준이 되고 있다.

2) 김원주, 하천수해와 국가배상법 제5조, 사법논집 제9집, 1978, 703면.

(1) 계획고수유량의 의의

계획고수유량이란 하천법 제17조 1항에서 말하는 ‘하천정비기본계획’의 한 내용으로서 치수시설계획의 지표로 되는 기본고수(홍수방어에 관한 계획의 기본으로 되는 홍수)를 댐 등 홍수조절시설에 의하여 조절한 후 하도의 최대유량을 말한다.

(2) 학설의 검토

계획고수유량을 기준으로 한 하자의 판단에 관한 일본의 학설을 살펴보면 다음과 같다.

(가) 계획고수유량설

계획고수유량설은 홍수가 계획고수유량 이하이었는데, 그것을 초월하였는가에 의하여 하자의 유무를 결정한다.

먼저 제방이 있는 경우에도 하천이 범람하여 수해가 발생한 경우 수해로 인한 책임은 성립하지 않으며, 제방이 무너진 경우에도 그 설치 또는 관리에 하자가 없다면 책임은 발생하지 않는다는 견해가 있다. 이 견해는 또한 하자의 존재는 배상을 청구하는 측에서 입증하여야 한다고 하며, 계획고수유량은 하자의 유무를 판단하는 기준으로서 작용한다. 즉 계획고수유량 내에서 제방이 무너지면 그 사실로부터 바로 하자가 있다고 할 수 있다. 계획고수유량을 상회하여 제방이 무너진 경우에는 계획고수유량이 적정하였는지 혹은 그 후에 개정할 필요가 있었는지의 여부를 검토하여야 하고, 예상된 조건하에서 계획고수유량이 적정하며 수해에 대한 예견가능성이 없었다면 책임은 성립하지 않지만 그 산정이 부적정한 경우에는 책임이 성립되게 된다.

다른 견해는³⁾ 하천을 방치한 경우에는 제방을 만들 필요가 있었는데 이를 만들지 않은 것이 하자인 것과 같이 월류의 경우에도 제방이 계획고수유량에 상당하는 제고를 가지고 있었는가의 여부, 계획고수유량의 산정이 올바른가의 여부에

3) 有倉遼吉, "洪水と河川管理上の賠償責任", 行政法演習Ⅱ, 13面.

의하여 하자의 유무를 결정하여야 한다고 한다. 즉 앞의 견해는 하천의 방치·유풍결재라는 하천의 하자의 내용을 구별하여 계획고수유량 내의 출수에 의한 결재에 한하여서만 하천관리책임을 긍정하지만, 뒤의 견해는 위 하천의 하자형태여하를 묻지 않고 계획고수유량 내의 출수에 의한 손해에 관하여 하천관리책임이 있음을 인정한다.

(나) 신계획고수유량설

이 입장은 영조물 책임의 본질을 영조물 설치·관리자의 손해(사고)방지 조치의 해태·방치로 파악하는 의무위반설에 의거한 계획고수유량설이다.⁴⁾

위 학설은 우선 하천의 설치 또는 관리의 하자를 통상의 강우에 의한 홍수인지 이상호우에 의한 홍수인지에 따라서 하천의 내재적 하자유형과 하천의 외재적 하자유형으로 구분하여 책임유무를 판단하고 있다. 앞의 경우는 통상의 강우에도 불구하고 제방공사의 결함이나 미개수하천의 극단적인 협착부분의 방치 또는 하상의 준설을 오랫동안 해태·방치하는 등으로 하천이 하천으로서의 통상의 안전성을 결여하여 수해를 야기하는 경우이며, 뒤의 경우는 하천이 일정한 제방이나 하천시설을 갖추었지만 이상호우에 의하여 일수 또는 파제하여 수해를 야기하는 경우가 이에 해당한다. 즉 이 견해는 자연현상으로서의 홍수의 통상성과 이상성의 한계를 무엇에 의하여 확정할 것인가가 중요하다는 입장이며, 현재의 하천공학 또는 하천법하에서는 계획고수유량을 기준으로 삼는 것이 타당하다고 본다. 단 여기서의 계획고수유량은 정치적·경제적 제반사정을 배제한 치수적 관점에서 파악되는 순수공학상의 기준이라는 점에서 계획고수유량설이 묵시적으로 전제하고 있는 현재의 하천공학의 통설적 견해와 같은 의미의 계획고수유량은 아니라고 한다.

종래의 계획고수유량설에 따르는 경우 하천의 외재적 하자유형에 대하여 하천관리자의 불가항력의 항변을 용이하게 인정할 수 있음에 비하여 이 견해는 이 경우에도 하천관리자가 수해방지를 위하여 궁극적인 손해회피의무를 다하였는지를

4) 植木哲, 災害와 法—營造物責任의 研究, 一泣社.

책임의 판단기준으로 한다. 따라서 하천관리자는 이상호우에 의한 수해의 발생을 이유로 즉시 면책되는 것은 아니며, 당해호우에 수반한 위험성이 예견가능하였는지의 여부, 예견가능한 경우에는 하천관리자가 적극적인 손해회피의무를 다하였는지의 여부에 의하여 결정된다고 한다.

(다) 종합적 고려설

이는 제반사정을 종합적으로 고려하여 하자의 유무를 판단한다는 견해이다.⁵⁾ 즉 수해는 하천에 따라 부정기적으로 다른 형태로 범람하고 다수피해를 초래하는 점에 특색이 있으므로 수해사안의 판단기준의 문제에서 특히 종합적 판단이 강조되지 않으면 안된다고 본다.

(라) 소결

우리 하천법 시행령 제10조 제1항은 하천정비기본계획을 수립함에 있어서는 하천유역의 국토개발계획 및 도시계획 등에 대한 변동상황을 고려하여야 하며, 하천의 개항에 관한 사항(유역의 특성 등 일반현황, 강우, 기상 및 수질등 자연조건, 수해 및 가뭄피해현황, 하천유수의 이용현황 등의 사항), 하천공사의 시행에 관한 사항(기본홍수량(홍수피해로부터 인명과 재산을 보호하기 위한 홍수방어계획의 기본이 되는 홍수량을 말한다) 및 이의 배분에 관한 사항, 주요한 지점에서의 계획홍수량(하천부속물의 설치계획을 수립함에 있어서의 기준이 되는 홍수량을 말한다. 이하 이 조에서 같다), 주요한 지점에서의 계획홍수위(계획홍수량에 해당하는 홍수위를 말한다), 계획하폭(계획홍수량의 소통에 필요한 양안사이의 거리를 말한다. 이하 같다)의 경계, 기타 하천의 환경보전과 적절한 이용에 관한 사항)이 포함되도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 즉 하천관리의 기본인 하천정비기본계획은 주로 수해방지라고 하는 안전성의 확보가 중심과제로 되어 있고, 계획홍수량을 계획의 수립에 있어 고려하도록 함으로써 하천관리에 있어서 통상적으로 요구되는 안전성의 판단에 계획홍수량이 중요한 기준이 된다.⁶⁾

5) 下山瑛二, 水害와 賠償責任, 雄川一郎외 2人共著, 現代行政法大系 6卷, 133面.

생각건대 자연현상으로서의 홍수의 통상성과 이상성의 한계는 오늘날의 하천공학 또는 하천법 하에서는 계획고수유량을 기준으로 판단할 수밖에 없다. 이 계획고수유량은 정치적·경제적 제사정을 배제한 치수적 관점에서 파악되는 순수공학상의 기준이어야 한다. 다만 계획고수유량은 안전성확보의 필요조건에 불과하며 그것의 결정방법이 객관적으로 하천에 요구되는 통상의 안전성을 보장하는 것인가 하는 것은 별개의 문제이다. 그리고 이상호우에 의한 손해가 발생한 경우에도 하천관리자는 즉시 면책되는 것이 아니라 당해 호우에 수반한 위험성이 예견 가능하였는지의 여부, 예견가능한 경우에는 하천관리자가 궁극적인 손해방지조치를 다하였는지의 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 면책의 여부가 결정된다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 통상성 또는 사회통념이라는 추상적 개념의 한계에서 파생되는 문제로서 하천관리자측과 피해자인 주민 사이에 그 판단기준이 다를 수 있다는 점이 있다. 이에 대한 구체적 기준의 제시는 앞으로 해결되어야 할 과제라 하겠다.

IV. 불가항력에 대한 고찰

1. 불가항력의 의미

수해사안에서 두드러지게 나타나는 현상은 피고측이 손해발생 방지조치 수행상의 여러 제약을 면책사유로 주장하고 소송이 이 점을 중심논의로 하여 진행된다는 점이다. 하천관리자의 면책의 항변사유로서는 재정적, 기술적, 사회적 제약 등을 들 수 있으며, 이에 시간적 제약을 더하는 것이 최근의 경향이라 할 수 있다. 이 면책의 항변사유는 사회·경제적으로 회피가능성이 없다는 것을 의미하며 또한 불가항력론의 주요 내용을 형성하는 것이다. 불가항력이란 용어는 매우 다의적인 내용을 포함하는 것으로 무과실책임을 규정한 입법례에서 면책사유 내지 참

6) 김원주, 전제논문, 703면 이하.

작사유로서 들고 있는 천재사변에 한정하지 않는 보다 광범위한 개념이다. 국가 배상법 제5조에 의거한 책임에 대해서는 특별히 규정되어 있지는 않지만, 이 불가항력이 면책사유라는 점에 학설 및 판례는 일치하고 있다. 특히 영조물책임의 본질을 무과실책임으로 규정하는 통설인 객관설은 그 성질상 불가항력의 문제와 본질적으로 대립하므로 양자의 관계를 명확하게 하여야 할 필요가 있음에도 불구하고 시종일관 영조물책임의 예외를 형성하는데 불과하다고 하여 본질해명에 철저하지 않다.⁷⁾ 불가항력에 관해서는 주관설인 의무위반설과 객관설 양자 모두 예측가능성 및 회피가능성을 언급하고 있으며, 판례 역시 예측가능성, 회피가능성에 대해 판시하고 있는 경우가 많다.

(1) 학설의 태도

(가) 객관설

영조물의 설치·관리의 하자의 내용으로서 예측가능성 및 회피가능성을 요한다는 것은 영조물의 하자가 설치 또는 관리와 관련된 것이어야 하고, 예측가능성 및 회피가능성 판단은 객관적으로 하여야 한다는 입장이다.⁸⁾

(나) 주관설

이점에 대하여 의무위반설은 불가항력의 문제를 다음과 같이 정리하고 있다.⁹⁾ 첫째, 손해발생에 대한 예견가능성이 없으며(자연현상의 발생에 대한 예견가능성이 없음), 따라서 손해의 회피가능성이 없는(사회현상으로서의 재해의 회피가능성이 없음) 경우에는 영조물 설치·관리자에게 있어 귀책요소로서의 의무위반이 없는 것이기 때문에 손해회피 의무위반이 없는 것은 당연하다. 이러한 경우는

7) 박균성, 영조물의 설치·관리의 하자로 인한 배상책임의 재검토, 헌법규범과 헌법현실: 권영성 교수 정년기념논문집, 635면; 김동희, 한천범람으로 인한 손해에 대한 국가등의 배상책임, 법무자료 제141집, 682면.

8) 吉戒修一, "河川の管理と國家賠償法2條", 民事研修 226號. 1976, 50面.

9) 植木哲, 前掲書, 137面.

불가항력이 인정된다.

둘째, 손해발생(자연현상의 발생)에 대한 예견가능성은 있지만 이른바 손해발생(사회현상으로서의 재해의 발생)에 대한 회피가능성이 없는 경우, 이것은 영조물 관리자에게 귀책요소로서의 의무위반은 있지만 손해회피 의무위반이 존재하지 않는 경우이다. 즉 영조물 관리자에게 위법성 조각사유가 있는 경우이며 본래 의미의 불가항력의 문제는 아니다. 따라서 여기에서는 사회적·경제적 손해회피 불능원인이 영조물 관리자의 위법성 조각사유로 될 수 있는지 여부가 검토되어야만 한다.

셋째, 객관설을 취하면 피고에게 불가항력의 주장입증책임을 부담시킬 수 있으며 피해자구제에 기여한다고 하나, 판례를 검토해보면 피고에게 불가항력의 주장입증책임을 부담시킨 예는 없으며 오히려 피고의 불가항력의 항변을 타파하기 위해 위험의 예견가능성에 대한 주장입증이 최대의 쟁점으로 되고 있다. 이것은 판례가 의무위반설에 입각하여 관리책임을 파악하고 있는 증거이며 예견가능성은 회피가능성의 논리적 전제로서 논의되고 있는 것을 단적으로 나타내 보인 것이라고 주장한다.

(2) 그 밖의 견해

이와 같이 불가항력의 내용으로서 예측가능성 및 회피가능성을 고려해야 할 것이라는 견해가 학설의 대세이다. 그러나 이에 대하여 이론이 없는 것은 아니다. 영조물책임의 성질을 상태책임·무과실책임·위험책임으로 파악하는 영조물하자설은 하자판단기준으로서 예측가능성 및 회피가능성을 요구하지 않으며 국가의 배상책임의 한계를 결정하는 것은 '통상성'이라고 한다. 다만 대부분의 사례에 있어서 예측가능성, 회피가능성과 통상성의 판단이 중복될 수도 있지만 이것은 별론으로 하며, 또한 앞으로 예측가능성 및 회피가능성이 완화되어 해석되면 통상성의 판단과 동일하게 귀속하는 것으로 될지 모르나 이것은 오히려 예측가능성 및 회피가능성의 유무를 문제로 할 필요성이 없게 되는 것을 반증하는 것이라 주장한다.

2. 불가항력의 내용

(1) 예견가능성

수해사안의 경우 거의 대부분이 자연현상과 관련되는 경우이므로 국가 또는 자치단체는 반드시라고 해도 좋을 만큼 불가항력의 항변을 주장한다. 이에 대하여 원고는 이 불가항력의 항변을 배척하기 위하여 피고의 사고발생에 대한 예견가능성을 주장·입증하고, 법원도 자주 이 예견가능성을 인정하고 있다. 그러나 원래 발생할지 안할지, 발생한다고 해도 시기·장소·규모 등에 있어서 불확정요소가 많은 자연현상에 대하여 어떠한 경우에 발생에 대한 위협을 통상 예측할 수 있다고 할 수 있는지 즉, 어느 정도의 위협에 대한 예견가능성이 있으면 충분한 것인지는 어려운 문제이며 영조물책임의 소재를 밝히는데 있어서 중요한 쟁점이라 할 수 있다. 자연현상의 발생에 대한 위협이 예견가능한지 여부에 대하여는 종래 두 가지 사고방식이 대립하는데, 정량적 예견가능성설과 정성적 예견가능성설이 그것이다.

(가) 정량적 예견가능성설

정량적 예견가능성설에 따르면 자연현상의 발생 그리고 그 결과로서의 재해의 발생은 전자가 시기, 장소, 규모 등에 있어서 정량적으로 확정되지 않는 한 예견 불가능한 것으로 된다.

(나) 정성적 예견가능성설

이에 대하여 정성적 예견가능성설은 도로가 그 기능에 비추어 통상 갖추어야 할 안전성을 결여함에 이른 원인이 불가항력적인 재해에 의한 것이었다고 해도, 그 재해의 발생을 사전에 예측하는 것이 가능하므로 도로관리자로서 통행자의 생명, 신체 또는 재산에 대한 위해의 발생을 방지하기 위한 필요한 조치를 취할 수 있었음에도 불구하고 하지 않았다면 그 부작위로서 도로관리상의 하자가 있다고 본다.

정량적 예견가능성설에 따를 경우에는 불확정요소가 산재하는 자연현상의 발생에 대하여 충분한 대응을 할 수 없을 뿐만 아니라 영조물관리자의 면책의 항변을 대폭으로 허용하여 자연현상의 발생위험에 대한 예견가능성은 영조물관리자에게 다소라도 손해회피수단의 존재를 인식시키면 족하다는 방재의 본질 및 피해자의 권리구제라는 국가배상법의 제정취지에도 반하며, 그 결과 자연현상의 발생구조 등이 해명될 때까지는 재해의 피해자를 위해에 노출시키는 것과 하등 다를 바가 없는 것으로 되어 명백하게 부당하다고 비판한다. 예컨대, 하천수해에 국한하여 보더라도 하천에는 오히려 예상외의 유속이나 유방향, 토석류의 발생 등의 현상에 의하여 제방 등의 하천관리시설이 손괴하여 수해가 발생하는 경우가 많은 것을 들어서 구체적인 위험에 대한 예견가능성이 필요하게 되는데, 이러한 정량적 예견가능성설에 따르면 하천수해 발생의 메카니즘에 대하여 과학기술적 지식이 확립되고 있지 않은 불이익을 원고인 피해자에게 귀착시키는 것으로 된다. 이러한 반성에 입각하면 자연현상의 발생에 대한 정량적 예견가능성설에는 한계가 있으며 정성적 예견가능성설로 대체하지 않으면 안되는 것은 필연이라 할 수 있다고 주장한다.

(2) 회피가능성

(가) 회피가능성의 범위

회피가능성과 관련하여 피고측이 면책사유로 주장하는 내용을 분류하면 크게 다음과 같다.

첫째, 예상을 전혀 초월한 태풍, 호우, 지진 등 이상한 큰 외력에 의하여 사고·재해가 발생한 경우이다. 예컨대, 수해의 경우 계획고수유량을 넘는 유량에서 파제·일수한 때에는 계획고수유량의 산출에 합리성이 있어 타당성이 인정되는 한 불가항력에 의한 면책이 인정된다. 둘째, 제3자 또는 자연력에 의하여 하자가 발생하였지만 그 하자의 제거가 불가능한 경우이다. 셋째, 현상은 불완전하지만 완전한 상태로 하기에는 사회적·경제적으로 불가능한 경우이다. 이러한 세 가지 경우 중 판례와 학설에서 회피가능성과 관련하여 주로 논의하고 있는 것은

사회적·경제적·기술적 제약으로 인한 경우이다.

(나) 재정적 제약

중전 천재라고 하여 체념하였던 수해도 방재과학의 발달과 국민의 권리의식의 향상에 따라서 하천행정의 불비나 불완전에 대하여 그 개선을 구하여 국가 및 지방자치단체에 국가배상을 청구하는 사건이 종종 보이고 있다. 머리말에서도 지적하였지만 수해소송의 특색의 하나로서 원고수가 많고 청구액도 거액에 달한다는 점을 들 수 있으며 제한된 예산으로 피해자구제에 임하여야 한다는 제약이 따르게 된다. 이와 같은 재정적 제약(예산의 부족)이 영조물책임의 인정여부에 어떤 요소로 작용하는가에 대하여는 우리나라의 경우 재정적 제약은 면책사유가 되지 않는다고 하는 것이 학설의 대세이다. 일본에서는 이와 관련하여 견해대립이 있는데, 면책의 항변으로서 파악하는 견해, 위법성 조각 내지 감경사유로서 파악하는 견해, 하자의 판단요소로 파악하는 견해의 세 분류로 나눌 수 있다.

방재대책의 추진은 결국은 다른 복지정책과 동일하게 한정된 예산이나 다른 중요시책의 형평을 감안하면서 종합적이고 점진적으로 실현하여 갈 수밖에 없는 한계성을 지닌 것이다. 일반적으로 예산배분이 현저히 불합리하였기 때문에 하천관리가 불충분하여 수해가 발생한 경우에는 통상 갖추어야 할 안전성을 결여하고 있던 것으로서 하자의 존재가 긍정되게 된다. 예산이 적정하였는지 여부는 동종·동규모의 하천관리의 일반수준을 기준으로서 판단하여야 할 것은 아니며, 당해 과제·일수장소를 사전에 개수해 두는 것에 필요한 금액이 하천관리 예산전체에 비추어서 현저하게 거액인지 여부를 기준으로서 판단하여야 할 것이다. 동종·동규모의 하천관리의 일반수준이 국상대적으로 낮은 경우 수해소송은 승산없는 것으로 된다. 이는 피해자의 가급적 구제라는 헌법 제29조 및 국가배상법의 존립근거를 뿌리에서부터 뒤흔드는 것으로 그 근본취지를 퇴색하게 할 것이다. 그렇기 때문에 재정적 제약이 하자유무의 판단요소라고 해도 이것을 이유로 하여 하자의 존재가 부정되는 경우는 매우 드물 것이다.

(다) 기술적 제약

재정적 제약 이외에 판례와 학설에서 회피가능성과 관련하여 주로 논의하고 있는 것으로 사회적·기술적 제약을 들고 있는데 이는 결국 재정적 제약에 대부분 흡수되는 것이라 보아도 무방할 것이다. 기술적 제약의 내용을 두 가지로 구분해 설명하는 견해에 따르면 첫 번째 경우는 그 당시의 순기술적 제약요인으로 손해방지조치를 취할 수 없는 경우이며, 이것은 시설대책이나 관리대책과 같은 물리적 대책의 경우가 이에 해당한다고 한다. 두 번째 경우는 순기술적으로는 손해방지조치가 존재할 수 있지만 예산상 제약 또는 사실상 제약에 의하여 그 채용이 불가능한 경우로 궁극적으로는 예산제약론과 동일시할 수 있다고 한다.

그런데 당해 위험에 대한 손해회피조치를 하여야 할 영조물관리자는 그 당시 과학기술의 최고수준에 의거하여 적절·타당한 조치를 취할 것을 요하지만 현재 과학기술에 한계가 있음은 부정할 수 없다. 이것이 첫 번째의 경우로서 이러한 기술제약론은 영조물관리자의 위법성 조각사유로 될 수 있다. 다만 그 당시 과학기술의 최고수준에 의거한다고 해도 손해회피조치를 할 수 없는 경우에는 법률적으로 말하면 당해 위험에 대한 예견가능성이 존재하지 않는다는 것을 논증하는 것이며, 결국 첫 번째 경우는 손해발생에 대한 예견가능성이 없고 따라서 회피가능성이 없는 것의 다른 표현에 불과하다. 이에 반하여 두 번째의 경우는 기술적으로는 손해발생의 회피가능성은 있지만 예산상의 제약이나 사실상의 제약에 의하여 완전한 손해방지조치를 영조물관리자에게 기대하는 것이 힘든 경우로서 예산제약의 경우와 동일한 기준에서 위법성의 감경조치로서 고려하여야 할 것이라고 한다.

기술상의 제약의 주장은 하자의 판단과정에서 다른 제반사정과 함께 고려하여야 할 사정으로 이해하여야 할 것이며, 영조물이 도로인지 하천인지에 의하여 그 본질을 달리 파악하여야 할 것은 아니라고 할 것이다. 또한 영조물 설치당시의 사정과 기술수준으로 더 이상의 방법을 기대할 수 없도록 그 설치에 만전을 기하였다고 하더라도 사고가 발생할 당시 홍수로 제방이 붕괴될 위험을 방지하기에 족한 제반시설이 갖추어지지 못한 상태라면 그 보존에 하자가 있다고 하여야 할 것이다.¹⁰⁾

요구되는 기술적 수준의 문제와 관련해서는 두 종류의 기준이 제시되고 있는 것으로 보인다. 하나는 당시의 과학기술의 최고수준을 기준으로 하는 것이며 다른 하나는 사회통념상 객관적으로 요구할 수 있는 수준으로 하는 것이다. 그러나 이 두 가지는 모순되는 내용은 아니며 전자가 순기술적 견지에서 보면 당연한 것이며 후자는 전자에 사회적·경제적 제약이 관계된 상황을 고려하여 그 제약을 평가하여야 하며 순수한 기술적 수준으로서만 평가될 수 없다는 입장이다.

불가항력의 문제에 관하여 판시한 대표적인 대법원 판례¹¹⁾로서 기술적 제약을 언급하고 있는 것을 살펴보면, “본건 사고가 불가항력으로 인한 것으로 인정하려면 ① 원심으로서는 마땅히 본건 병사를 산사태의 위험성이 있는 산에서 떨어진 장소에 설치하지 아니하고 산에서 8미터 밖에 떨어져 있지 아니한 장소에 설치하지 아니하면 안될 사정이 있었는가의 여부, ② 그러한 사정이 있었다면 그러한 지점에 병사를 설치하려면 어느 정도의 견고성이 있는 병사를 지어야 할 것인가의 여부, ③ 본건 병사를 견고한 자재로 건축하였다 하더라도 불가피하였는가의 여부 등의 사정에 관하여 더 알아보았어야 할 것이다.”라고 실시하여 기술제약의 항변사유를 밝히고 있다.

즉, ①의 경우에 ‘본건 병사를 산사태의 위험성이 있는 산에서 떨어진 장소에 설치하지 아니하고 산에서 8미터밖에 떨어져 있지 아니한 장소에 설치하지 않으면 안될 사정이 있었는가의 여부’는 기술적으로 사고발생의 예견가능성은 있었지만 군사전략상 그곳에 설치하지 않으면 안될 사실상의 제약이 있었으므로 결과회피가능성이 없었다고 하여 책임조각사유가 될 수 있다는 것을 의미하며, ③의 경우에도 이와 동일한 의미로 새길 수 있을 것이다. ②의 경우, 그러한 사정이 있었다면 그러한 지점에 병사를 설치하려면 어느 정도의 견고성이 있는 병사를 지어야 할 것인가의 여부는 그 당시 과학기술의 최고수준에 따라 견고한 병사를 지었다고 하더라도 재해가 발생하였다면 그곳은 결과회피가능성이 없다고 하여 면책사유가 될 수 있다는 의미가 되므로 이것은 순기술적 항변사유로 볼 수 있다.¹²⁾

10) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73다370 판결.

11) 대법원 1967. 2. 21. 선고 66다1723 판결.

(라) 소결

요컨대 영조물책임에 있어서 재정상 제약의 주장은 하자의 판단과정 또는 면책여부의 판단에서 다른 제반사정과 함께 고려하여야 할 사정이라고 이해하여야 할 것이며, 영조물이 도로인지 하천인지에 의하여 그 본질을 달리 파악하여야 할 것은 아니다. 또한 객관설을 따른다면 재정적·기술적·시간적·사회적 제약은 당시의 과학기술 수준에 의해서도 손해발생방지의 조치를 취할 수 없으며, 또한 취할 수 있는 경우에도 사회적 통념을 넘는 형태로 비용을 투입하여야 한다든지 또는 다른 법익을 현저히 침해하지 않으면 행할 수 없는 사정이 있는 경우에 예외적으로 인정되는 면책사유로서 고려하여야 할 사항이라 생각된다. 이 사항은 판례가 반복하여 지적하는 바와 같이 종합적으로 분석결과를 집약하여 사회통념의 범위 내로 포섭할 수 있는지 여부를 감안하여야 한다. 다만 이것이 결코 사회통념이란 국민의 권리구제거부를 제한하는 사유로 되는 것을 경계하여야 할 것이다. 따라서 예산상의 제약, 기술상의 제약, 위험회피의 곤란성 등 하천관리의 특수성을 내세워 불가항력의 확대를 주장하는 것은 국가배상법 제5조를 유명무실하게 할 위험성이 있다고 할 것이다.

V. 하천수해의 유형에 따른 판례의 검토

1. 개수중·개수가 불충분한 하천의 관리의 하자 - 大東水害訴訟 最高裁判所判決

(1) 사안의 개요

大東水害訴訟 最高裁判所判決은 未改修인 谷田川(탄다가와)의 강폭이 좁은 구간에서 일수에 의한 마루위 침수 등에 의한 피해가 발생하여 국가 등을 상대로 하

12) 강창웅, 전제논문, 633면.

여 손해배상을 구한 것이다.

이 사건에서 최고재판소는 다음과 같이 하천관리의 하자 유무에 대한 판단기준을 제시하였다.

(가) 영조물의 설치 또는 관리의 하자

국가배상법 제5조 제1항의 영조물의 설치 또는 관리의 하자란 영조물이 통상 갖추어야 할 안전성을 흠결하고 타인에게 위해를 미치는 위험성이 있는 상태를 말한다.

(나) 하천관리의 하자유무의 일반적 판단기준

과거에 발생한 수해의 규모, 발생의 빈도, 발생원인, 피해의 성질, 강우상황, 유역의 지형 기타 자연적 조건, 토지의 이용상황 기타 사회적 조건, 개수를 요하는 긴급성의 유무 및 그 정도 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 전기 제 제약하에서 동종동규모의 하천관리의 일반수준 및 사회통념에 비추어 시인할 수 있는 안전성을 갖추고 있는가가 인정될 수 있는가의 여부를 기준으로 판단하여야 한다

(다) 미개수하천 및 개수가 불충분한 하천의 안전성

하천관리는 자연적 원인에 의한 재해발생의 가능성을 내포하고 있고 하천관리에는 시간적·재정적·기술적 사회적 제약이 존재한다. 이 점을 감안하여 미개수 하천 및 개수가 불충분한 하천의 안전성에 대해서는 이러한 제약 하에서 일반적으로 시행된 치수사업에 의한 하천의 정비, 개수과정에 대응한 과도적 안전성으로 충분하다. 이미 개수계획이 정하여지고 이에 기하여 현재 개수중에 있는 하천에 관하여서는 위 계획이 전체로서 위 견지에서 보아 각별이 불합리한 것이라고 인정되지 않는 한 그 후 사정변동에 의하여 당해 하천의 미개수 부분에 관하여 수해발생의 위험성이 특히 현저하게 되고 당초 계획의 시기를 앞당기고 도는 공사의 순서를 변경하는 등 조기의 개수공사를 시행하지 않으면 안된다고 인정하여야 할 특단의 사유가 생기지 않는 한 위 부분에 관하여 개수가 아직 행하여지지 않았

다는 하나의 사실을 가지고 하천관리에 하자가 있다고 할 수 없다.

(2) 평가

동 판결은 하천은 자연공물이라는 점에 근거하여 하천의 안전성은 하루아침에 확보되는 것이 아니며 관리개시 후의 부단한 치수사업에 의해, 더구나 의회가 배분하는 예산적 제약하에서 서서히 달성되는 성질의 것인 점으로부터, 하천관리의 현황은 애초 「통상 예측되는 재해」에 대하여 충분한 것은 아니라고 하는 현상인식에서 출발한다. 이점으로부터, 하천에 대해서는 통상 예측되는 재해방제가 안전기준으로 되는 것은 아니며, 이를 낮춘 수준에서의 안전확보, 즉 과도적 안전대책으로 그치는 것이어도 부득이하다고 한다. 그 결과 하천에 대해서 요구되는 안전성은 현상의 하천에 어느 정도 갖추어져 있다고 인정되는 정도의 「평균적 안전성」이 당분간의 기준으로 되어야 하며, 유역주민의 생명·재산의 보호를 위하여 「본래 마땅히 갖추어야 할 안전성」이 아닌 것으로 된다. 그리고, 판례는 이것을 현행의 「동종·동규모의 하천관리의 일반적 수준 및 사회통념에 비추어서 시인할 수 있는」범위의 안전성 확보로 표현한다.

하천관리 당국은 현행 재정규모와 예산배분하에서 현행 개수계획에 따른 개수사업을 실시하고(과도적 안전대책), 더구나 그것이 하천관리의 일반적 수준을 유지하고 있다고 인정될 수 있는 것이라면, 만약 그 과정에서 일반적인 수해발생의 예측가능성이 있고, 또한 현재 수해가 발생하였다고 해도 재정적 제약 등에 기한 회피가능성의 결여를 이유로 영조물책임을 면하게 된다. 영조물책임이 성립한다고 하면 그것은 개수계획의 내용이 현저히 불합리한 경우 또는 당해 하천을 둘러싸고 그 후의 상황변화에 의하여 미개수 부분의 수해발생의 위험성이 특히 현저하게 되어 당초의 계획시기를 앞당겨서 조기에 개수공사를 행하지 않으면 안되는 특별한 사정이 발생한 경우에 이것을 방지하여 재해를 초래한 매우 예외적인 경우(과도적 안전대책을 결여한 경우)로 한정되는 것으로 된다.

즉, 위 판결은 피해자구제의 입장이나 사회적 부담의 공평한 분배가 승인되기 용이한 「외재적 하자 유형-대외적 위험사고」에 대해 하천관리자측의 사정에 보

다 많은 배려를 한 판단기준을 제시하여 영조물책임의 범위를 현저히 한정하는 입장에 서고 있다.

2. 계획고수유량을 넘은 규모의 홍수

(1) 多摩川水害訴訟 最高裁判所判決

(가) 사안의 개요

多摩川水害訴訟 最高裁判所判決¹³⁾은 1974년 1급하천인 多摩水의 하천수가 증가하여, 하천 가운데 설치된 제방의 월유수작용으로 제방이 파괴되어 가옥 등이 유실되는 피해가 발생하였다. 본건은 공사실시기본계획 책정 전부터 허가공작물인 취수제방이 하도 내에 존재하였고, 공사실시기본계획에 정하여진 계획고수유량 규모의 홍수에서 본건 제방 및 제방보호시설의 결함이 원인이 되어 홍수가 고수부지로 역류하고 재차 파체에 이른 사안이다.

(나) 최고재판소의 판단

1) 개수완료하천의 안전성

하천은 당초부터 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추어서 관리가 되는 것이 아니고 치수사업을 계속하여 逐次的으로 그 안전성을 높여가는 것이고,.....하천이 갖추어야 할 안전성은 일반적으로 시행된 하천의 改修, 整備段階에 대응한 安全性을 가지고 충분하다

2) 안전성의 판단기준

공사실시기본계획이 책정되어 있는 경우, 이러한 계획에 준거하여 개수정비되거나 신규의 개수정비가 불필요하게 된 하천의 개수정비의 단계에 대응하는 안전성은 동계획에 정하여진 규모의 홍수에 있어서의 유수의 통상 작용으로부터 예측되는 재해의 발생을 방지하기에 충분한 안전성을 말하는 것이고, 본건 재

13) 最判 1990. 12. 13., 民集 44卷 9號, 1186面.

해발생 당시에 있어서의 예정된 홍수의 규모는 공사실시기본계획에 정하여진 계획고수유량 규모의 홍수다.

3) 공사실시기본계획에 의해서 개수, 정비가 되었으나, 그 후 방재기술의 향상으로 수해발생시점에서 통상적으로 예측가능하게 된 위험

판단기준이 제시하는 하천관리에 관한 제제약이 존재하고 이러한 조치를 강구하기 위해서는 상응의 기간이 필요하기 때문에 이러한 판단기준이 제시하는 제사정 및 제제약을 당해 사안에 따라서 고려한 후에 이러한 예측이 가능하게 되었던 시점에서 당해 수해발생시까지 예측가능한 위험에 대한 대책을 강구하지 않는 것이 하천관리의 하자에 해당하는가의 여부가 판단되어야 한다. 즉, 개수단계에서 예측불가능한 위험에 대해서 그 이후 재해발생시까지 예측가능성의 유무, 예측가능성이 발생한 시점의 특정, 결과회피가능성의 유무의 관점에서 판단되어야 한다.

(다) 평가

다마천 최고재판소판결의 판단기준은 대동최고재판결의 일반적 기준을 따르면서 그 기준의 궤도를 수정한 것이라고 할 수 있다. 즉 판단기준을 정립함에 있어서 대동최고재판결의 일반적 기준을 취하면서 미개수개수불완전의 한정 및 과도적 안전성을 취하지 않고, 또한 하천관리의 특질·제제약을 특별히 강조하지도 않았다. 이 점에서 하천관리의 특질·제제약을 상대화시켰다고 할 수 있다.

개수중 하천에 대하여 대동최고재판결의 기준에 의하면 그 하자판단은 하천관리의 일반적 수준 및 사회통념에 의하게 되고, 개수계획의 불합리성·특별한 사유는 그 입증을 요하게 되며, 계획달성의 지체 등에 합리적인 이유가 존재하면 무책으로 판단하게 된다. 따라서 공사계획의 책정과 공사의 실시 등은 관리자의 전문적·기술적인 재량의 문제이므로 이러한 기준에 따를 경우에는 그 하자의 입증이 매우 어렵게 된다.

다마천 최고재판소판결의 기준에 의하면 개수완료부분의 기준은 공사실시기본계획에 정하여진 규모의 홍수에 있어서의 유수의 통상 작용으로부터 예측되는 재

해발생을 방지하기에 충분한 안전성으로 되기 때문에 계획고수유량 규모의 홍수로부터 당해 수해의 위험을 통상 예측할 수 있는 경우에는 하자를 인정할 수 있다. 뿐만 아니라 이러한 안전성은 하천의 객관적 상태를 기준으로 하므로 그 증명 대상의 구체성도 인정된다. 따라서 개수중 하천에 대한 대동최고재판결의 기준과 비교할 경우에 그 입증의 용이하고, 책임성립의 가능성도 대단히 크다고 할 수 있다. 즉 다마천 최고재판소판결은 하자에 대하여 제반사정을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적인 판단을 내리고, 영조물에 대하여 타인에게 손해를 미칠 위험성이 있으며 그 위험성은 관리자의 입장에서 예견가능하고 또한 회피가능한지에 의하여 하자유무를 결정하고 있다. 이러한 다마천 최고재판소판결은 구체적인 하자 판단에 있어서 중전의 판례이론을 수용하고 있고, 다만 하천관리의 특질·제약을 고려함에 있어서 대동 최고재판소판결처럼 일률적으로 절대시하지 않고, 상대적으로 이해하여 예견가능성 및 회피가능성의 판단에 있어서 참작하고 있다. 이러한 양기준은 일반적 기준을 개별화·구체화한 것으로서 논리상으로는 모순이 없지만 실제로는 판단대상의 내용정도 및 기준정립의 평가시점 등에 있어서 현저한 차이를 보이므로 그 정도문제를 초월하여 완전히 다른 것이라고 할 수 있다.

(2) 일산제방결괴 수해소송

(가) 사안의 개요

1990. 9. 9.부터 같은 달 12.까지 연 4일 동안 서울을 비롯한 중부 지방 일원에 집중호우가 내려 한강수위가 점차로 높아지면서 같은 달 12. 03:55경 행주대교 아래쪽에 위치한 이 사건 제방 중 200미터가 붕괴되어 한강물이 붕괴지역을 통하여 경기도 고양군 일산읍 일대로 흘러들어 위 일산읍 일대 농경지가 침수되었다.

(나) 소송의 진행

1) 원고의 주장

이 사건 제방은 일산읍 일대의 주민과 그들의 농경지를 홍수피해로부터 보호하

여 주는 중요한 시설이므로 피고로서는 이 사건 제방의 안전을 수시로 점검하고, 만일의 경우에 있을지도 모르는 홍수에 대비하여 위 이 사건제방을 튼튼히 축조, 보수하여 어떠한 경우에도 위 제방이 무너지지 않도록 유지, 관리하여야 할 책임이 있음에도 ① 이 사건 제방이 1925년에 축조되어 장마 때면 흠벽이 깎여 나가 붕괴의 우려가 많았음에도 보수가 되지 아니하고 있었고, 그리하여 1984년 9월에 붕괴 위기를 맞이하기도 하였으며, ② 위 붕괴위기 이후에 피고 산하 건설부가 이 사건 제방을 보수하면서 계획홍수위를 상향조정하지 아니하고, ③ 또 이 사건 제방의 몸체 중 계획홍수위 부위까지만 석축과 호안블록으로 보호하고 윗부분은 흙둑으로 쌓았을 뿐만 아니라 ④ 하천법상 통상 2미터의 여유를 두고 있는 계획홍수위 윗부분의 여유를 고작 72센티미터밖에 두지 아니하고 공사를 함으로써 이 사건 제방은 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못하고 있었다.

2) 법원의 판단

이에 대하여 법원은, 다음과 같은 내용으로 판시하였다

“이 사건 제방은 하천부속물의 하나인 공공의 영조물로서 하천의 물의 범람을 막아 제내지가 하천의 물로 인하여 침수됨으로써 수해를 입는 것을 방지하는 역할을 하는 것이므로, 원고들 주장과 같이 그 어떠한 홍수시에도 이 사건 제방이 무너지지 아니할 정도의 완전무결한 안전성을 갖추고 있어야만 그 설치·관리에 하자가 없다고 볼 수 있는 것은 아니라 하겠고, 다만 제방으로서 통상 갖추어야 할 안전성만 갖추고 있으면 그 설치·관리에 하자가 없다고 보아야 할 것 보아야 할 것인데, 이러한 제방이 통상 갖추어야 할 안전성이란 평시 또는 통상 예측되어 지는 홍수시에 위와 같은 기능을 다 할 수 있는 기능이나 구조를 갖추어 홍수에 의한 재해를 방지할 수 있는 만큼의 안전성을 갖추고 있는 것을 의미한다 하겠고, 하천부속물을 시설함에 있어서는 사회적, 경제적 제약상 치수시설계획의 지표로 되는 계획홍수량 및 계획홍수위를 기준으로 하여 시설하면 족하다는 점에 비추어 볼 때, 제방의 구체적인 안전성의 판단은 그 계획홍수량 및 계획홍수위를 특별히 잘못 책정하였다는 등의 사정이 없는 한 그 제방이 그 계획홍수량 및 계획홍수위

를 넘지않는 홍수시에 하천의 물의 범람을 막을 수 있는 기능을 다할 수 있는가 여부에 따라 결정되어진다 할 것이다. 그렇다면, 이 사건 제방은 계획홍수량 및 계획홍수위의 산정 역시 적절하였던 것이므로, 결국 이 사건 제방은 통상의 홍수에 의한 재해를 방지할 수 있는 만큼의 안전성을 갖추고 있었던 것으로 보아야 할 것이고, 이 사건 제방이 이 사건 홍수시에 무너진 것은 이 사건 제방이 통상의 홍수에 의한 재해를 방지할 수 있을 만큼의 안전성을 갖추고 있지 아니한 때문이 아니라 계획홍수량 및 계획홍수위를 초과한 당시의 대홍수 때문이었던 것으로 보아야 할 것이다.”¹⁴⁾

3) 평가

이 판결은 사회적, 경제적 제약 등 하천관리의 여러 제약을 직접적으로 인정하여 판시함으로써 하천관리의 특수성을 강조하고 있다. 따라서 일반적, 추상적으로 도로 등의 인공공물과 자연공물인 하천의 관리책임의 판단기준 그 자체에 질적인 차이를 설정하고 이에 입각하여 하천에 대한 국가배상법 제5조의 구제를 제한하였다. 여기에서 통상 갖추어야 할 안전성의 구체적인 판단기준으로서 학설은 하천법 제17조의 하천정비기본계획에 따라 적절한 유량, 수위 등을 기준으로 하여 산정한 계획홍수유량 내의 출수로 제방이 붕괴 또는 일수하여 수해가 발생한 경우에 하자로 보고 있는데 본 판결은 이에 따라 하자판단기준으로 계획고수유량 설을 취하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(3) 중량천수해소송

(가) 사안의 개요

중량천 상류지역인 의정부에서 1998. 8. 6. 02:00부터 08:00까지 6시간 동안 340mm의 비가 내렸는데, 같은 날 04:00부터 06:00까지 2시간 동안에만 190mm의 비가 내렸다. 2시간 동안 기록한 190mm의 강우는 600년 만에 한번쯤 올 가능

14) 서울 민사지법 1992. 7. 23.

성이 있는 정도이고, 6시간 동안 340mm의 강우는 1,000년 만에 한 번 쯤 올 가능성이 있는 정도의 비의 양으로 이는 지속기각 별로 우리나라 강우관측 역사상 최대값을 기록한 것이었다. 1998. 8. 6. 04:30경부터 중랑천변의 공릉 1, 3동 지역(이 사건 손해지역)을 지나고 있는 복개하천의 하수가 중랑천으로 흘러들지 못하고 역류하면서 이 사건 손해지역이 침수되기 시작하여 같은 날 07:00경 이 사건 손해지역에 인접해 있는 중랑천 구간(한천교로부터 한천교 북방 160m지점까지의 구간) 제방 위로 중랑천의 물이 범람하여 이 사건 손해지역으로 흘러들어 최고수위 1.5m 정도로 침수되었다.¹⁵⁾

(나) 대법원의 판단

1) 하천(관리)의 특질

자연영조물로서의 하천은 원래 이를 설치할 것인지 여부에 대한 선택의 여지가 없고, 위험을 내포한 상태에서 자연적으로 존재하고 있으며, 간단한 방법으로 위험상태를 제거할 수 없는 경우가 많고, 유수라고 하는 자연현상을 대상으로 하면서도 그 유수의 원천인 강우의 규모, 범위, 발생시기 등의 예측이나 홍수의 발생 작용 등의 예측이 곤란하고, 실제로 홍수가 어떤 작용을 하는지는 실험에 의한 파악이 거의 불가능하고 실제 홍수에 의하여 파악할 수밖에 없어 결국 과거의 홍수 경험을 토대로 하천관리를 할 수밖에 없는 특질이 있다.

2) 하천관리의 특수성

국가나 하천관리청이 목표로 하는 하천의 개수작업을 완성함에 있어서는 막대한 예산을 필요로 하고, 대규모 공사가 되어 이를 완공하는 데 장기간이 소요되며 치수의 수단은 강우의 특성과 하천 유역의 특성에 의하여 정해지는 것이므로 그 특성에 맞는 방법을 찾아내는 것은 오랜 경험이 필요하고 또 기상의 변화에 따라

15) 제1심(서울지방법원 2000. 9. 6. 선고 98가합113680 판결) : 원고 승소.
제2심(서울고등법원 2001. 6. 22. 선고 2000나47875 판결) : 원고 승소.
상고심(대법원 2003. 11. 23. 선고 2001다48057 판결) : 원고 패소.

최신의 과학기술에 의한 방법이 효용이 없을 수도 있는 등 그 관리상의 특수성도 있다.

3) 통상 갖추어야 할 안전성의 판단기준

그러므로 이와 같은 관리상의 특질과 특수성을 감안한다면, 하천의 관리청이 관계 규정에 따라 설정한 계획홍수위를 변경시켜야 할 사정이 생기는 등 특별한 사정이 없는 한, 이미 존재하는 하천의 제방이 계획홍수위를 넘고 있다면 그 하천은 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추고 있다고 보아야 하고, 그와 같은 하천이 그 후 새로운 하천시설을 설치할 때 기준으로 삼기 위하여 제정한 '하천시설기준'이 정한 여유고를 확보하지 못하고 있다는 사정만으로 바로 안전성이 결여된 하자가 있다고 볼 수는 없다.¹⁶⁾

그런데 기록에 의하면, 이 사건 사고지점의 제방은 100년 발생빈도를 기준으로 책정된 계획홍수위보다 30cm 정도 더 높았던 사실, 이 사건 사고 당시 사고지점 상류지역의 강우량은 600년 또는 1,000년 발생빈도의 강우량이었어서 이 사건 사고지점의 경우 계획홍수위보다 무려 1.6m 정도가 넘는 수위의 유수가 흘렀다고 추정되는 사실 및 이 사건 사고 이전에는 위 사고지점에 하천이 범람한 적이 없었던 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같은 사실에 의하면, 특별히 계획홍수위를 정한 이후에 이를 상향조정할 만한 사정이 없는 한, 계획홍수위보다 높은 제방을 갖춘 위 사고지점을 들어 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 하자가 있다고 볼 수 없고, 위와 같이 계획홍수위를 훨씬 넘는 유수에 의한 범람은 예측가능성 및 회피가능성이 없는 불가항력적인 재해로 보아 그 영조물의 관리청에게 책임을 물을 수 없다 할 것이다.

(다) 평가

위 판결 역시 일단 하천관리의 특수성 및 특질을 일반론으로 실시한 후, 하천 관리에 있어서 통상적으로 요구되는 안전성의 판단기준으로서 계획홍수위를 들고

16) 대법원 2003. 110. 23. 선고 2001다48057 판결.

있다. 대법원은, 원심이 건설교통부의 하천시설기준이 정한 제방의 여유고를 확보하는 것은 어떤 경우에도 필수적임을 전제로 이 사건 사고지점의 제방이 이를 확보하지 못한 것은 하천으로서의 통상적 안전성을 갖추지 못한 하자에 해당한다고 판단한 것에 대하여, 새로운 하천시설을 설치할 때 기준으로 삼기 위하여 제정한 ‘하천시설기준’이 정한 여유고를 확보하지 못하고 있다는 사정만으로 바로 안전성이 결여된 하자가 있다고 볼 수는 없다고 하였지만, 만약 위 사안에서 이 사건 손해가 계획홍수위를 훨씬 넘는 유수에 의한 범람이 아니었어도 위와 같은 판단을 하였을지에 대하여는 의문이다. 한편, 위 판례는 계획홍수위를 상회하는 제방을 축조한 하천은 통상 갖추어야 할 안전성을 갖춘 것으로 인정하면서 부가적으로 계획홍수위를 훨씬 넘는 유수에 의한 범람은 예측가능성 및 회피가능성이 없는 불가항력적인 재해로 보아 관리청의 책임을 물을 수 없다고 판시하고 있는 바, 하자를 부정한 취지인지, 불가항력 항변을 받아들여 면책을 인정한다는 취지인지 명확하지 않다.¹⁷⁾

17) 그러나 그 밖의 다른 대법원의 판시를 보면, 대법원은 예측하거나 회피할 수 없는 자연재해가 가해자의 책임요건에서 벗어나서 독립적인 의의를 갖는 까닭에 면책이 되는 것이 아니라 그 경우에 책임이 부정되는 것은 하자가 존재하지 않기 때문이라고 설명하고 있다. 대법원 2002. 1. 11. 선고 99다63190 판결 : 이 부분 상고이유 주장의 요지는, 원심은 1997. 8. 3.과 그 달 4일의 양일 간에 내린 최하 222mm 내지 318.2mm의 집중호우를 피고시가 예측하거나 회피할 수 없는 자연재해에 해당한다고 판단하였는바, 매년 집중호우가 동반되는 장마철을 겪고 있는 우리나라와 같은 기후 여건하에서 그와 같은 정도의 집중호우를 예측할 수 없는 천재지변이라고 볼 수 없으므로 이 사건 손해가 불가항력인 사유로 발생하였다고 본 원심판결은 위법하다는 취지이다.

그러나 원심은 그의 판시를 통하여, 원고들 거주지역 일대에 그 곳에 설치된 하수관거의 계획된 시간당 최대강우량보다 훨씬 많은 시간당 52mm 내지 93mm의 집중호우가 쏟아짐에 따라 그 빗물이 미처 하수관거를 통하여 하천으로 배출되지 못하여 이 사건 손해가 발생하였다는 사실을 인정한 후 이를 이유로 이 사건 손해는 피고시가 예측하거나 회피할 수 없는 자연재해에 해당한다고 판단한 것으로 보일 뿐 아니라, 아울러 이 사건 손해 당시 내린 시간당 최대강우량은 피고시가 객관적으로 이를 예측하여 피고시의 재정적 제약하에서 회피할 수 있는 조치를 취할 수 있는 가능성이 있는 범위를 넘어선 것이므로 피고시가 그와 같은 집중호우에 대비한 수해방지사설을 갖추지 못하였다고 하더라도 피고시가 설치, 관리하고 있는 수해방지사설에 하자가 있다고 볼 수 없다는 취지로 판단한 것으로 이해되므로, 원심판결에 상고이유의 주장과 같이 경험칙 등의 증거법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이나 불가항력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

3. 하천관리시설(수문상자 등)의 설치·관리상의 하자 - 망원동수해소송

(1) 사안의 개요

1984. 8. 31.부터 연 3일 동안 서울을 비롯한 중부지방에 집중호우가 내린 결과 9. 2. 한강과 마포구 소재 망원유수지를 연결하는 지하배수관로의 수문상자가 붕괴되고 수문상자가 무너짐에 따라 한강물이 위 배수관로를 통하여 유수지쪽으로 역류, 삽시간에 유수지를 넘쳐흘러 원고들의 거주지를 포함한 서울 망원동일대가 1984. 9. 4. 오전까지 지상 1미터 이상 물에 잠기는 수해가 발생하였다.

(2) 대법원의 판단

(가) 수문상자배수암거 등의 설치·관리상의 하자

1) 이 건 사고 무렵 한강유역에 계속되는 집중호우로 한강수위가 점차 높아지면서 유수지내 수위와의 수위차로 인하여 이 건 수문과 수문상자에 강한 압력이 미치게 되었고, 한강수위의 상승에 따라 그 압력은 증가되고 있었는데, 한강쪽 토굴구로부터 방수문으로서의 안전도상 훨씬 불리한 이 건 사고당시의 위치로 이전, 설치하였다(수문상자의 위치이전의 부적절).

2) 이 건 수문 및 수문상자는 계획홍수위나 기왕의 실적홍수위는 물론 그에 미달한 사건 사고 당시의 홍수위로 인한 수압에도 견디기 어려울 정도의 작은 규모로 설계, 시공되어 성산대교 지점의 수위가 10.6537미터에 달한 1984. 9. 2. 04:30경에 드디어 활동안전율의 안전 한계치에 이르게 되었다(수문상자의 규모의 부적합성).

3) 수문과 수문상자에 막힌 강한 압력수는 앞서 본 바와 같이 아무런 수밀시공도 되지 아니한 배수암거 내부에 이미 발생한 채 방치된 콘크리트 균열 및 간격을 통하여 배수암거 바닥으로 누출, 기초기반의 기존공동을 증대시켜 지반의 마찰저항력을 감소시키는 한편, 수밀시공이나 철근의 연결 또는 접착시공도 되지 아니한 채 그냥 맞대어 붙여진 수문상자와 배수암거와의 연결부위를 출구로 하여 조금씩 새어나오게 되었다(배수암거의 수밀공사의 부재 등 배수암거 관리상의 하자).

4) 시간이 경과함에 따라 더욱 많은 양의 압력수는 기초공사가 제대로 되지 않은 수문상자와 배수암거 밑 지반에 침투, 세굴현상에 의하여 주위의 흙을 밀어냄으로써 같은 날 09:30경 수문상자의 좌측 날개벽 단부에까지 침투류의 자유통로가 형성되었고, 같은 날 10:30경에는 기초지반에 상당한 크기의 공동이 형성되면서 수문상자를 받치는 지내력이 현저히 약화되었다(기초공사의 부실). 18)

(나) 피고의 불가항력의 주장에 대한 판단

이 건 사고 당시의 홍수위는 계획홍수위(12.37미터, 100년 홍수위)나 기왕최고설적홍수위(12.615미터, 1925.7.18)는 물론 불과 12년 전인 1972년 8월 19일 당시의 홍수위인 11.825미터에도 미달하는 것으로서 이를 결코 예상할 수 없었던 정도의 것이라고는 할 수 없고, 또한 이 건 사고는 자연공물로서의 미개수된 하천이 범람하여 발생한 것이 아니라 이미 설치된 인공공물인 수문상자에 내재된 하자로 인하여 발생한 것으로 앞서 본 바와 같이 적정규모의 수문상자의 설치, 배수암거와의 연결부위의 철근 등 연결, 수밀시공, 지반에 따른 적절한 기초공사 등을 하는 데에 피고의 주장과 같이 여러 가지 제약이 따른다고 할 수도 없으므로 결국 이 건 수문상자는 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 하자가 있다고 할 것이다.

(3) 평가

동판결은 하천의 특질 및 여러 제약을 직접적으로 인정하여 판시하지 않았고, 또한 본건사고를 통상 갖추어야 할 안전성에 근거하고 있는 점에서는 동판결이 하천관리의 하자를 판단함에 있어 도로 등의 인공공물과 동일한 기준으로 이해하고 있다고 생각할 수 있지만, 반면에 동판결은 ‘이 건 사고는 자연공물로서의 미개수된 하천이 범람하여 발생한 것이 아니라’라는 문장을 덧붙이고 있는 것으로

18) 제1심 : 1987. 8. 26. 서울민사지방법원에서 원고승소(84가합5010 판결).

제2심 : 1990. 2. 28. 서울고등법원에서 원고 승소(87나4319 판결).

상고심 : 1990. 7. 24. 대법원에서 상고기각판결을 받음으로서 원고승소(90다카10527 판결).

볼 때, 동판결은 본건 하천을 ‘미개수된 하천’으로 전제하면서 본건 사고의 원인이 인공공물인 수문상자의 내재된 하자로부터 발생하였기 때문에 그 부분에 대한 하자판단은 하천 등의 자연공물에 대한 하자판단기준이 아니라 도로 등의 인공공물에 대한 하자판단기준이 적용되어야 한다는 것으로 본 것이다. 따라서 동판결은 하천의 특질 및 제약을 인정하여 하천관리의 하자를 판단함에 있어서 도로 등의 인공공물과는 다른 판단기준에 입각하고 있음을 알 수 있다. 요컨대 동판결은 간접적이지만 자연공물로서의 하천관리에 있어서는 여러 제약이 있는 것이고, 그 결과 이러한 하천관리상 하자의 유무를 판단함에 있어서 고려하여야 할 통상의 안전성 정도는 인공공물에 비하여 완화될 수 있는 것임을 인정하고 있는 것으로 보이고, 또한 동판결은 하천관리의 여러 제약을 일반적으로 인정하면서도 이 사건의 수문상자 등의 설치에 있어서의 하자의 판단에 있어서는 이러한 제약과의 관련에서 일반적인 결론을 도출하는 것이 아니라 수문상자의 설치에 있어서의 구체적인 하자의 내용과 관련하여 그 통상적인 안전성의 구비에는 하천관리상의 여러 제약이 따르지 아니한다고 보아 이 사건에서 수문상자 등의 설치에는 하자가 있다고 판단한 것으로 볼 수 있다.¹⁹⁾

또한 본판결은 기본적으로 계획홍수위나 실적홍수위에 미달하는 홍수로 인하여 수문상자가 파괴되어 수해가 발생한 경우에는 일응 관리자인 서울시의 책임을 추정한다는 입장에서 출발하여 수문상자의 하자의 판단에 있어서 당해 영조물의 구조, 용법, 장소적 환경, 이용상황 등 제반사정을 종합고려하여 구체적, 개별적으로 판단하여야 한다고 하여 종합적 고려결과 그 궤를 같이 하고 있다.

4. 하천관리시설(다목적댐)의 설치·관리상의 하자 - 남강댐 사건

(1) 사안의 개요

원고들은 경남 산청군 단성면 내에 낙동강지류로서 남강상류에 있는 경호강변의 이 사건 토지에서 벼, 잔디, 대나무 등을 경작 또는 식재하여 왔는데, 이 사건

19) 김동희, 하천법률상으로 인한 손해에 대한 국가 등의 배상책임, 고시계, 1989. 3, 69-70면.

토지는 남강댐 상류 약 20km-24km 지점에, 위 댐 저수지 최상류지점으로부터는 약 9km이상 떨어진 지점에 있는 토지인바, 이 사건 각 토지와 위 댐이 위치하고 있는 산청 및 진주 지역 일대에는 1982. 8. 12.부터 같은 달 14.까지는 태풍 세실, 1984. 7. 4.부터 같은 달 7.까지는 태풍 엘릭스, 1985. 8. 9. 및 같은 달 10.에는 태풍 키트, 1986. 8. 27. 및 같은 달 28.에는 태풍 베라, 1987. 7. 15.에는 태풍 셀마에 의한 영향으로 각 집중호우가 쏟아져 이 사건 토지가 침수 되는 바람에 그곳에 식재된 농작물이 훼손되었다.

(2) 소송의 진행

(가) 원고들의 주장

원고들은 위 농작물의 훼손은 이 사건 각 토지가 앞서 살핀 각 집중호우시 댐 건설이전과는 달리 댐 건설로 인한 배수위 영향권 내에 속하게 되어 각 집중호우시 침수되었거나 그 침수시간이 길어짐으로써 발생한 것인바, 피고로서는 첫째 댐을 건설함에 있어서 댐으로 유입되는 홍수량 및 댐의 저수용량 등을 정확히 파악하여 이 사건 각 토지 등이 댐 건설로 인한 배수위 영향권에서 벗어나 침수되지 아니하도록 댐의 높이 등 그 규모를 결정하여야 하고, 아니면 이 사건 각 토지를 매수하는 등 그 손실을 보상하거나 이 사건 각 토지의 침수에 대비한 별도의 안전 조치를 취하였어야 함에도, 이를 소홀히 하여 위 각 집중호우시 위 댐으로 유입된 홍수량 등을 제때에 제대로 처리할 수 없는 댐을 건설하면서 별도의 안전조치나 이 사건 각 토지에 대한 보상을 하지 아니하였고, 둘째 위 댐 저수지는 그 준공 이후 계속 그 바닥에 토사가 퇴적되어 그 저수용량이 감소하고 홍수조절능력이 저하되었음에도 이에 대비한 적절한 조치를 취하지 아니하였으며, 셋째 위 각 집중호우시 기상청 예보에 맞추어 댐 저수지에 저수된 물을 사전에 방류하지 아니하고 있다가 호우시에 비로소 이를 방류하면서도 댐 하류지역의 범람을 막기 위하여 적은 양의 물을 방류한 결과 많은 양의 물이 댐안에 저수되게 함으로써 이 사건 각 토지가 침수되거나 그 침수시간이 길어진 것이므로, 원고들이 위 농작물 등의 훼손으로 입게 된 손해는 결국 영조물인 위 댐의 설치 및 보존의 하자로 인

한 것이라고 할 것이니, 피고는 위 댐의 점유 및 소유자로서 원고들에게 위 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다.

(나) 대법원의 판단

이에 대하여 대법원은 원고들의 청구를 기각한 원심의 판단을 유지하면서 다음과 같이 판시하였다.²⁰⁾

1) 다목적댐의 설치상 하자

국가가 하천에 설치하는 다목적댐의 규모와 시설은 당해 하천의 특성, 그 유역의 강우상황, 유수량, 지형 기타 자연적 조건, 유역 부근 토지의 이용 상황 기타 사회적 조건 및 댐의 용도와 댐 공사의 경제성 등 여러 관점을 종합적으로 참작하여 결정하는 것이므로, 홍수조절과 관련하여 다목적댐의 규모와 시설에 설치상 하자가 있다고 하기 위하여는, 댐의 설치 당시 위와 같은 여러 관점을 종합하여 볼 때 홍수조절을 위하여 댐 규모, 수위의 조정 등의 조치가 필요불가결한 것임에도 불구하고 이를 하지 아니하였음이 댐 설치의 일반기준 및 사회통념에 비추어 명백하다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것이다.

기록에 의하면, 피고는 남강다목적댐을 설치함에 있어서 위와 같은 여러 관점을 참작하여 위 댐의 규모와 수위 등을 결정하였음²¹⁾을 알 수 있는바, 위 댐의

20) 제1심 : 마산지방법원 진주지원 1991. 12. 13. 선고 85가합281 판결.

제2심 : 부산고등법원 1995. 8. 25. 선고 92나2646 판결.

상고심 : 대법원 1998. 2. 13. 선고 95다44658 판결.

21) 위 사력댐은 그 길이가 975m, 높이가 21m, 댐마루 폭은 7.5m이고 댐마루의 표고는 42m이며, 수 문 8개(일류문 5개, 배사문 1개, 발전수문 2개)를 설치하여 이들을 통하여 저수된 물을 남강본류로 방류하며, 저수지는 2일연속 최대확울 우량(444mm)에 의한 200년 확률의 홍수량을 매초당 10,570m³(계획홍수량)로 산정하고 이 물이 저수지에 유입되는 경우, 이 중 매초당 2,000m³를 남강본류로, 5,460m³를 사천만으로 함께 7,460m³(계획홍수량)를 방류하고 나머지 매초당 3,110m³를 저수하여 그 수위를 표고 39.5m(계획홍수위)로 유지하되, 약 800년 확률의 홍수량으로 산정한 매초당 12,680m³(이상홍수량)의 물이 유입되는 경우에는 이를 표고수위 41m(이상홍수위)에서 처리하도록 설계, 시공되었고, 한편 다목적관리법 제32조에 의하여 제정된 남강다목적댐관리규정에 의하면, 위 저수

설치시 소론과 같이 댐의 높이 및 수위를 당해 하천 유역의 홍수량에 맞지 않게 결정한 잘못이 있는 등 댐 설치의 일반기준 및 사회통념상 홍수조절을 위하여 필요불가결한 조치를 하지 아니함으로 인하여 원심 판시의 각 집중호우시 위 댐의 상류 유역에 위치한 이 사건 각 토지가 침수되었다고 인정할 만한 자료가 없다.

2) 댐 관리상의 하자

댐이 건설되면 정도의 차이는 있으나 댐의 상류로부터 저수지에 토사가 유입, 퇴적되어 시간이 경과함에 따라 저수지의 저수용량이 점차 감소되는 것은 불가피한 현상이라고 할 것인바, 이와 같이 댐의 저수용량이 감소되는 경우 홍수조절과 관련하여 댐 관리에 하자가 있다고 하기 위하여는, 댐의 저수용량의 감소로 인하여 수해발생의 위험성이 현저히 증가하였음에도 불구하고 그 위험성을 배제하거나 감소시키기 위하여 상당한 조치를 하지 아니하였음이 댐 관리의 일반수준 및 사회통념에 비추어 명백하다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것이다.

그런데 기록에 의하면, 남강다목적댐의 저수용량의 감소로 인하여 이 사건 각 토지가 위치한 위 댐 상류 유역에 수해발생의 위험성이 현저히 증가하였거나, 이 사건 각 집중호우시 위 댐의 저수용량의 감소로 인하여 위 각 토지가 침수되었음을 인정할 자료가 없다. 한편 위 각 집중호우시 위 댐의 관리자가 방류 조절을 잘못하였다고 인정할 만한 자료도 없다.

지의 평상시 만수위는 우기에 표고 35.5m, 비우기에 표고 37.5m, 최저수위는 표고 31m를 유지하도록 되어 있다.

댐이 건설되면 댐 상류의 홍수는 일반적으로 댐 저수지에 저수된 물등에 그 흐름이 막혀 그 수위가 댐 건설전의 홍수위보다 상승하고 이 경우의 수위를 배수위라고 하는바, 피고는 위 댐 건설 당시 100년 확률의 홍수량 매초당 9,572m³를 기준으로 댐 건설전의 홍수위와 댐 건설후의 배수위를 산정하여 이들을 비교한 결과, 위 댐으로부터 약 12,171m 떨어진 댐 상류 표고 40m 이하의 지역에 대하여만 댐 건설로 인한 배수위가 그 전의 홍수위보다 상승하는 것으로 판단하고 그 지역을 댐 건설로 인한 피해지역으로 보아 이 지역 내 토지를 모두 매수하였으나, 이 사건 각 토지는 모두 표고 40m를 초과하는 곳에 위치하고 있는 것으로 판단하여 이들을 매수하지 아니하였다.

(3) 평가

위 판결 역시 하천부속물의 설치에 있어서는 사회적·경제적 제약상 치수시설 계획의 지표로 되는 계획홍수량 및 계획홍수위를 기준으로 하여 시설하면 족하다는 계획고수유량설을 기본으로 하고 있다. 그러나 위 남강댐의 설치 당시의 사정과 기술수준으로 더 이상의 방법을 기대할 수 없도록 그 설치에 만전을 기하였다고 하더라도 사고가 발생할 당시 집중호우로 댐의 저수용량이 감소되어 수해발생을 방지하기에 족한 제반시설을 갖추어지지 못한 상태라고 인정이 된다면 관리상의 하자를 인정해야 할 것이다. 대법원이 위와 같은 위험성의 증가여부에 대한 예견가능 여부를 그와 같은 재해발생의 시기, 장소, 규모 등에 있어서 정량적으로 확정되지 않는 한 예견불가능한 것이라고 본 것인지, 아니면 댐의 저수용량의 감소로 인하여 수해발생의 위험성이 현저히 증가하였음에도 불구하고 그 위험성을 배제하거나 감소시키기 위하여 상당한 조치를 하지 아니하였음이 댐 관리의 일반 수준 및 사회통념에 비추어 명백하다고 볼 만한 사정에 대한 입증부족의 문제로 보아 원고의 청구를 기각한 것이지 여부는 확실하지 않다.

VI. 맺는말

이상 수해와 국가배상책임의 문제에 관하여 하천관리의 하자유무의 판단기준을 중심으로 살펴보았다. 생각건대, 소위 통상적으로 요구되는 안전성이라는 기준을 하천과 도로에서 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다. 하천관리의 특질·제약은 이를 고려함에 있어서 일률적으로 절대시하지 않고, 상대적으로 이해하여 예견가능성 및 회피가능성의 판단에 있어서 참작하여야 할 것이다. 이때, 피해자의 구제의 측면에서 객관설을 일관되게 유지한다면 위와 같은 예견가능성 및 회피가능성을 하자판단의 기준으로 보아 피해자인 국민으로 하여금 이 모든 사유를 입증하게 할 것이 아니라 국가가 면책사유로서 항변할 수 있는 불가항력의 문제로 체계화시키고 피해자의 입증부담을 덜어주는 것이 필요하다고 할 것이다.

참고문헌

- 강창웅, “수해와 국가배상”, 『사법논집』 제19집, 법원행정처, 1988.
- 김동희, “하천범람으로 인한 손해에 대한 국가 등의 배상책임”, 『법무자료』 제141집, 법무부.
- 김원주, “하천수해와 국가배상법 제5조”, 『한국행정법학의 어제·오늘·내일: 문연 김원주 교수 정년기념 논문집』, 문연 김원주 교수 정년기념 논문집 간행위원회, 2000.
- 김창규, “하천수해소송에 있어서 국가배상책임의 판단기준”, 『법제연구』 제5호, 한국법제 연구원 2001.
- 김창조, “日本 長良川 安八水害賠償訴訟: 日本 最高裁判所小法廷 1994年 10月 27日 判決: 判例月報(東京: 日本評論社刊) 1514호”, 『행정판례연구』 제3권, 서울대학교 출판부, 1996.
- 김창조, “하천관리책임”, 『행정판례연구』 제5권, 서울대학교출판부, 2000.
- 류지태, 『행정법신론』, 신영사, 2006.
- 박균성, “영조물의 설치·관리의 하자로 인한 배상책임의 재검토”, 『헌법규범과 헌법현실: 권영성 교수 정년기념 논문집』, 법문사 1999.
- 최치호, 『하천수해의 국가배상책임에 관한 연구』, 숭실대학교 대학원 박사학위논문, 1997.
- 有倉遼吉, “洪水と河川管理上の賠償責任”, 『行政法演習II』.
- 植木哲, 『災害와 法—營造物責任의 研究』, 一泣社.
- 下山瑛二, 『水害와 賠償責任』, 雄川一郎외 2人共著, 『現代行政法大系』 6卷.
- 吉戒修一, “河川の管理と國家賠償法2條”, 『民事研修』 226號. 1976.

<Abstract>

A Study on State Tote Liability for River Flood

Im, Hyun

The responsibility for preventing flood fall upon the national or local governments in accordance with the Article 5 of the State Tort Liability Act. Yet, predominantly more lawsuits are filed about negligent management of the roads than about flooding. Recently, however, more people tend to sue the national government for flood. Yet, not enough research has been conducted about such phenomenon. This paper analyzes the pertinent laws and presents realistic solutions for the damages caused by flood. The construction of the Article 5 of the State Liability Act made a important issue whether the Country was responsible for the damage from a lawsuit on Mangwon-dong flood case and Ilsan dike breaking accident. So the purpose of this paper is to regard the matter not so much a natural disaster as damages caused by man and aim at inspiring the rights consciousness. And this is also intended to contribute in solving problems concerning the principles of the law in case of a legal dispute over flood in a humble measure. And at the same time in accordance with the purpose of the National compensation legislations.

주 제 어 : 하천수해, 국가배상책임, 하천관리상의 하자, 예견가능성, 불가항력 Keywords : River Flood, State Tort Liability, Management Flaw of the River, Foreknowledge Possibility, Irresistible Force
--