

騒音·振動規制에 관한 法的 問題

金 春 煥*

《 차 례 》

- I. 序 論
- II. 意義와 特徵
- III. 規制의 類型
- IV. 法的 問題
- V. 結 論

I. 序 論

소음·진동은 대기오염 및 수질오염과 더불어 3대 공해로 꼽히고 있다. 소음·진동은 감각적으로 감지되는 관계로 대기오염이나 수질오염보다 일반국민들이 그 피해의식을 직접적으로 뚜렷이 느낄 수 있음이 특징이다. 급속한 경제발전과 더불어 산업시설이 대형화됨에 따라서 산업현장에서 발생하는 기계소음·진동은 작업근로자에게 직접 피해를 줄뿐만 아니라, 시설 밖으로 배출되어 인근주민에게 피로와 불안감을 조성하는 등 중대한 환경침해로 사회문제화되고 있다.¹⁾ 또한 인구의 도시집중현상과 자동화경향에 따라서 도시소음, 자동차비행기·철도 등에 의한 교통소음, 진동 및 각종 건설사업장에서 발생하는 건설소음·진동, 전자산업의 발달로 인하여 확성기 및 각종 고성능 음향기계 등에 의한 생활소음 등은 우리의 건강하고 쾌적한 생활환경을 위협하고 있다.²⁾ 이와 같은 소음·진동으로 인한 피해를 방지하고 소음·진동을 적정하게 관리·규제함으로써 모든 국민이 정온한, 즉 조용하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 하기 위하여 제정된 것이 소음·진

* 조선대학교 법과대학 교수

1) 특히 소음은 보이지 않은 살인마라고 할 정도로 사람들의 정서에 강한 영향을 미치며 장기간 노출시 불안, 초조, 신경장애, 불면증, 식욕감퇴, 정서불안, 청각손실 등의 건강장애를 초래하는 매우 심각한 환경문제이다. 東京地裁, 昭和 45. 5. 27, 「判例時報」 605號 74면.

2) 진순석, 『환경공해의 법률지식』, 청림출판, 1993, 259면.

동규제법이다. 이것은 건설소음·진동, 교통소음·진동, 생활소음·진동, 항공기소음·진동 등 소음·진동발생원별로 합리적인 관리와 규제를 하여 모든 국민이 정온한 환경에서 생활할 수 있게 하려는 데 그 제도적 취지가 있다.³⁾

소음·진동에 관한 주요한 문제는 ① 소음·진동을 인근주민이 수인하여야 하는가, ② 소음·진동에 의한 손실에 대하여 인근주민은 보상을 청구할 수 있는가의 두 가지 점이다. 수인의무의 법적 근거의 문제는 지금까지 우리나라에서는 거의 논의되지 않았지만 독일에서는 이에 관하여 어느 정도 의식적으로 논의되어 왔다. 이 점에 관하여 독일법과 우리나라 및 일본법을 비교검토하기로 한다. 보상문제는 우리나라와 일본에서는 손해배상책임의 문제로 논의되고 있지만 독일에서는 손실보상책임의 문제로서 취급되는 경향이 있다. 이것은 우리나라와 일본에서는 사업손실의 손실보상적 구성에 참고가 될 수 있을 것이다.

본고에서는 소음·진동의 의의와 특징을 고찰한 후, 소음·진동의 중요한 문제인 수인의무의 법적 근거와 보상을 중심으로 독일법·일본법 및 우리나라의 법을 비교검토하기로 한다.

II. 騒音·振動의 意義와 特性

소음과 진동은 다양하기 때문에 어느 정도의 소음과 진동을 규제의 대상으로 할 것인가는 어려움이 적지 아니하다. 이러한 점에서 소음과 진동은 다른 환경오염물질과는 다른 특성을 가지며, 그에 대한 규제의 어려움이 있다.

소음·진동규제법 제2조 제1호는 “소음이라 함은 기계·기구·시설 기타 물체의 사용으로 인하여 발생하는 강한 소리를 말한다”라고 하였고, 동법 제2조 제2호는 “진동이라 함은 기계·기구·시설 기타 물체의 사용으로 인하여 발생하는 강한 흔들림을 말한다”라고 하여 일응 소음과 진동의 정의를 내리고 있으나, 그 자체가 모호하고 불완전한 정의임을 쉽사리 알 수 있지만, 규제대상인 소음과 진동에 대한 완벽한 정의가 어려운 것도 사실이다.

그러나 騒音이란 “통상적인 수인의 한도를 넘어 사람에게 불쾌감을 야기시키는 음질 또는 음량의 소리”를 가리키는 것이고, 振動이란 “사람의 통상적인 安穩을 해치는 정도의 흔들림”을 뜻하는 것이라고 개념지을 수 있을 것이다.⁴⁾ 이러한 개념을 바탕으로 소음과

3) 홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001, 883면.

진동이 통상적으로 지니는 특성을 요약하면 무형성, 국지성, 한시성, 상대성 및 입증의 곤란성 등을 들 수 있다.⁵⁾

1. 無形性

소음과 진동은 다른 환경오염요인들과는 달리 가시적인 것이 아니라 무형적이라는 데 특징이 있다. 대기오염물질이나 오염물질 등은 모두 물질성을 가지는 것인데 대하여, 소음과 진동은 그 자체로서는 비물질적이고 무형적인 것이어서, 그에 대한 대처가 용이하지 아니한 것이 사실이다.

2. 局地性

소음과 진동은 대기환경오염이나 수질환경오염의 경우와는 달리 기류나 수류에 의한 확산이 없고, 소음이나 진동의 정도에 따라 발원지로부터 일정한 범위내의 지역에 국한하여 영향을 미치는 특징을 가진다. 따라서 소음과 진동은 그 국지성으로 말미암아 소음이나 진동의 영향권에서 멀어짐에 따라 전혀 그 영향을 받지 아니하거나 소음이나 진동의 존재 자체를 의식하지 못하게 되는 것이다.

3. 限時性

소음과 진동은 다른 환경오염물질과는 달리 당해 소음이나 진동을 발생시키는 원인행위가 계속되는 동안만 존속하고, 소음이나 진동을 발생시키는 행위가 종료됨으로써 그에 따른 소음이나 진동도 없어진다는 것이 일반적이어서 한시적인 성질을 가진다. 이러한 소음과 진동의 한시성은 그것을 파악하여 규제함에 대한 장애요소로 작용하는 것이라고 할 수 있다.

4. 相對性

소음과 진동은 다른 환경오염물질과는 달리 그 위치라던가 시간대에 따라 상대적으로

4) 李尙圭, 『環境法論』, 法文社, 1998, 168면.

5) 李尙圭, 앞의 책, 168-169면.

다른 영향을 미치게 된다. 즉 같은 음량이나 음질의 것이라도 주간과 야간에 따른 다른 영향을 미친다거나, 처하고 있는 위치나 상황에 따라 달리 작용하는 것이 그것이다.

5. 立證의 곤란성

소음이나 진동으로 인한 피해는 다른 환경오염으로 인한 피해의 경우와는 달리 정신적인 것이 대부분이고 대기오염이나 수질오염으로 인한 피해의 경우에 흔히 볼 수 있는 가시적인 신체상의 피해가 발생하는 일은 드물다. 다시 말하면 소음이나 진동으로 인한 피해는 정서불안, 불안증 및 강박관념 등과 같은 정신신경상의 장애로 매우 완만히 나타나는 것이어서, 그 피해에 대한 인식 내지 입증이 어려운 예가 많다.

Ⅲ. 規制의 類型

소음·진동규제법은 공장·건설공사·장·도로·철도 등으로부터 발생하는 소음·진동으로 인한 피해를 방지하고 소음·진동을 적정하게 관리·규정함으로써 모든 국민이 정온한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 함(동법 제1조)과 동시에 공장소음·진동의 규제, 생활소음·진동의 규제, 교통소음·진동의 규제, 항공기소음규제 등 4개 분야로 나누어 배출기준을 각각 설정하고 기술적 대책 및 행정적 규제를 정하고 있다.

1. 공장소음·진동의 규제

배출시설을 설치 또는 변경하고자 하는 자는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 하고, 학교 또는 종합병원의 주변 등에 있어서는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다(제9조 제1항). 배출시설의 설치 또는 변경에 대한 신고를 하거나 허가를 받은 자가 당해 배출시설을 설치하거나 변경하는 때에는 소음·진동방지시설을 설치하여야 한다(제10조).

사업자는 소음·진동배출허용기준을 준수하여야 한다(제14조). 따라서 조업 중인 공장에서 배출되는 소음·진동의 정도가 배출허용기준을 초과하는 때에는 기간을 정하여 사업자에게 개선명령의 조치를 취할 수 있으며(제15조), 개선명령을 받은 자가 이를 이행하지 아니할 때에는 당해 배출시설의 일부 또는 전분에 대하여 조업정지를 명할 수 있다(제16조 제1항). 또한 사업자가 배출허용기준을 초과하거나 조업정지명령을 위반하는 때에는 시

시장·군수·구청장은 허가의 취소를 명할 수 있고(제18조 제1항), 당해 배출시설을 개선하거나 방지시설을 설치·개선하더라도 그 공장에서 배출되는 소음·진동의 정도가 배출허용기준 이하로 내려갈 가능성이 없다고 인정되는 경우 또는 다른 법률의 규정에 의하여 당해 배출시설의 설치가 금지되는 장소인 경우에는 배출시설의 폐쇄를 명하여야 한다(제19조 제1항).

2. 생활소음·진동규제

시장·군수·구청장은 주민의 정온한 생활환경을 유지하기 위하여 사업장 및 공사장 등에서 발생하는 생활소음·진동을 규제하여야 한다(제23조 제1항). 시장·군수·구청장은 생활소음·진동이 규제기준을 초과하는 경우에는 소음·진동을 방생하는 자에 대하여 작업시간의 조정, 소음·진동발생행위의 중지, 방음·방진시설의 설치, 소음을 적게 발생하는 건설기계의 사용 등 필요한 조치를 명할 수 있다(제26조 제1항). 또한 시장·군수·구청장은 이동소음의 원인을 야기하는 기계·기구로 인한 소음을 규제할 필요가 있다고 인정되는 지역을 이동소음규제지역으로 지정하여 이동소음원의 사용을 금지하거나 사용시간 등을 제한할 수 있고(제26조의2 제1항), 폭약의 사용으로 인한 소음·진동피해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 지방경찰청장에게 폭약의 사용을 규제하기 위한 필요한 조치를 요청할 수 있다(제27조).

3. 교통소음·진동규제

특별시장·광역시장 또는 시장·군수는 주민의 정온한 생활환경을 유지하기 위하여 교통기관으로 인하여 발생하는 소음·진동을 규제할 필요가 있다고 인정되는 지역을 교통소음·진동규제지역으로 지정할 수 있고(제28조 제1항), 지정하는 경우 이를 고시하여야 한다(동조 제3항). 특별시장·광역시장 또는 시장·군수는 규제지역 안에서 자동차전용도로·고속도로 및 철도로부터 발생하는 소음·진동이 규제한도를 초과하여 주민의 정온한 생활환경이 침해된다고 인정하는 때에는 스스로 방음·방진시설을 설치하거나 당해 시설관리기관의 장에게 방음·방진시설의 설치 등 필요한 조치를 할 것을 요청할 수 있다(제31조 제1항). 또한 자동차는 제작차소음허용기준에 적합하여야 하고(제32조), 특별시장·광역시장 또는 시장·군수는 운행차소음허용기준에 적합한지 여부를 확인하기 위하여 운행차를 수시 점검할 수 있다(제37조 제1항). 그리고 시장 등은 운행차가 소음허용기준을 초과한 경

우, 소음기나 소음덮개를 떼어버린 경우 또는 경음기를 추가로 부착한 경우에는 자동차의 소유자에 대하여 개선명령을 할 수 있다(제38조 제1항).

4. 항공기소음의 규제

환경부장관은 항공기소음이 항공기소음한도를 초과하여 공항주변의 생활환경이 매우 손상된다고 인정하는 경우에는 관계기관의 장에게 방음시설의 설치 기타 항공기소음의 방지를 위하여 필요한 조치를 요청할 수 있다(제42조 제1항). 항공기소음으로 인한 피해구제로는 이·착륙정지가처분신청⁶⁾, 손해배상청구⁷⁾ 등이 가능하다.

IV. 法的 問題⁸⁾

1. 受忍義務의 法的 根據

1) 독일에서 판례·학설의 동향

(1) 受忍義務의 법적 근거의 필요성

도로와 공항으로부터 소음피해에 대한 인근주민은 때때로 수인을 강요당하고 있다. 그러나 인근주민에게 수인을 의무지우는 법적 근거가 특별히 있는가는 반드시 명확하지 않다. 법치국가인 이상 국민은 법적 근거 없이 수인의무를 질 수는 없다.

-
- 6) 일본 新瀉공항주변에 거주하는 주민들이 공항의 항공기소음에 의하여 정온한 생활을 영위할 권리를 침해받았다고 하여 가처분을 청구한 소송에서 행정소송법 제44조의 공권력행사의 가처분은 그 태양여하를 불문하고 또는 본안청구권의 여하를 불문하고 허용하지 않고 있으므로 공권력의 불행사의 의무화를 내용으로 하는 가처분이 허용되지 않는다(新瀉地決 1973. 8. 4, 判時 718호, 85면)하여 기각한 사례가 있다.
- 7) 일본의 오사카 국제공항주변에 거주하고 있던 주민들이 오사카 국제공항을 이·착륙하는 항공기의 소음과 진동으로 인한 생활환경의 악화, 수면방해 등 건강침해, 가옥의 손상 등을 이유로 조정위원회에 공항의 폐쇄, 공항폐쇄 전까지 소음량의 감소, 위자료의 지급 등을 청구하였는데, 이에 대하여 동 위원회가 오사카공항측에 소음감소를 위한 운항방법의 개선, 이·착륙편수의 조정, 발착시각의 조정, 방음공사, 소음방지시설의 설치 등을 명함으로써 조정되었다. 진순석, 앞의 책, 285면.
- 8) 西椋章, “騒音振動問題”, 栗城壽夫, 戸波江二, 青柳幸一, 「未來指向の憲法論」 獨逸憲法判例研究会編, 信山社, 2001, 397-413면을 요약 정리함.

이 점에 관해서는 연방통상재판소의 판례는 비교적 간단하게 수인의무를 긍정하고 있다. 예컨대 고압선 아래의 토지에 대한 보상요부가 문제된 사안에 있어서 1973년 1월 25일 판결⁹⁾은 전력선은 일반적인 에너지를 공급하는 공공적 임무에 봉사한다는 것을 이유로 토지소유자의 수인의무를 인정하고 있다. 또한 도로신설에 의한 소음피해에 대한 보상의 요부가 문제된 사안에 있어서 1975년 3월 20일 판결¹⁰⁾은 도로의 공용(Widmung)과 동시에 沿道者는 소음에 대한 수인의무를 지게 된다고 판시하였다.

이와 같이 판례상으로는 사업의 공공성과 도로의 공용행위에서 일반적인 수인의무가 나오지만 학설상으로는 수인의무를 지우기 위해서는 법적 근거를 요한다는 견해가 적지 않다. F. 오센블은 「시민의 생활을 침해하는 생활방해는 특별히 정당화를 필요로 한다. 판례의 견해에 반하여 공익에 봉사하고 생활에 필요한 공공복지를 위한 기능을 부과하는 공공시설에 대한 일반적인 수인의무는 없다. 오히려 그와 같은 고권적인 생활방해는 정당화할 필요가 있다. 당해 시민의 수인의무는 법적으로 근거가 있다. 어떤 법적 근거가 그와 같은 수인의무를 근거로 할 것인가는 물론 많은 점에서 다름이 있다」고 설명하고 있다.¹¹⁾

(2) 민법 제1004조·제906조

법적 근거로서는 우선 민법 제110조가 고려된다. 동조 제1항은 소유자에게 침해의 제거·유지청구권을 인정하고 있지만 동조 제2항은 「유지청구권은 소유자가 수인의무를 부담하고 있는 때에는 배제된다」고 규정하고 있다. 따라서 수인의무가 있는 경우에는 차지를 구할 수 없는 것은 명확하다. 그러나 어떤 경우에 수인의무가 있는가는 다른 法條에서 정하는 바에 의한다. 다른 법조로는 민법 제906조가 있다. 동조 제1항은 토지소유자는 인접지로부터 가스·악취·소음·진동 등에서 발생하는 침해를 그것이 토지이용을 침해하지 않는다는지 또는 비본질적으로 침해함에 지나지 않는 경우에는 당해 침해를 금지할 수 없다고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항은 중대한 침해를 받은 경우에도 그 침해가 인접지의 「지역통상의 이용」(ortsüblich Benutzung)에 의해 야기되는 것이고 이용자에게 경제적으로 기대되는 조치에 의해서는 저지될 수 없는 때에는 토지소유자는 이들의 배출을 금지할 수 없다고 규정하고 있다.

(3) 기타 실정법상의 근거

민법 제906조 제2항을 고권적 임의시온에 유사한 경우에는 도로와 공항으로부터의

9) BGHZ60, 119.

10) BGHZ64, 200.

11) Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 314.

소음·진동이 「지역통상의 이용」에 의하여 야기된다고 할 수 있는가의 문제로 된다. 도로와 공항으로부터의 소음·진동의 배출은 일반적으로 「지역통상의 이용」에 의한다는 것은 곤란하기 때문에 민법 제906조의 유추·적용에는 한계가 있다.¹²⁾

그리고 수인의무에는 법적 근거가 필요하다는 입장에 서면 우선 행정행위(Verwaltungsakt)를 규정하는 법률상의 근거가 고려된다. 즉 토지소유자는 법률에 근거한 행정행위에 의한 작용을 수인하여야 하기 때문에 행정행위를 규정하는 법률상의 근거가 수인의무의 법적 근거가 된다. 또한 행정계약도 그에 의하여 토지소유자가 임의시온의 수인의무를 지는 경우에는 법적 근거로 될 수 있다.¹³⁾

행정행위로서 구체적으로 열거되는 것은 계획확정재결(Planfeststellungsbeschuß)이다. 연방행정절차법 제75조 제2항 제1문은 계획확정재결이 불가쟁으로 되는 경우는 계획사업의 유지청구, 당해시설의 제거 또는 변경청구권 또는 그 이용의 유지청구권은 배제된다고 규정하고 있다. 따라서 도로 등의 계획확정재결이 불가쟁력을 가지게 되는 경우에는 도로 등에서 발생하는 소음·진동에 대해서는 인근주민에게 수인의무가 생기게 된다.¹⁴⁾ 그 외에 연방임의시온보호법 제14조·제22조, 항공교통법 제11조, 건설계획(Bebaungsplan)이 법적 근거로 열거되기도 한다.

2) 일본의 판례·학설의 동향

(1) 受忍義務의 법적 근거의 필요성

공항·도로로부터 발생하는 소음공해에 대하여 때로는 유지청구소송과 손해배상청구소송이 제기된다. 지금까지 판례동향에 의하면 손해배상청구는 일부 인용되지만 유지청구는 각하 또는 기각한다는 것이다.¹⁵⁾ 유지청구를 부적법하다고 하여 각하할 것인가, 적법하다고 한 후에 기각할 것인가는 여하튼 현실적으로는 유지청구가 인정되지 않게 되면 피해자로서는 당연히 소음피해를 수인하지 않을 수 없게 된다. 그러나 인근주민이 왜 소음피해를 수인하여야 하는가라는 법적 근거는 반드시 명확하지 않다. 유지청구를 거부하고 손해배상을 인정한다는 판례동향에서 보면 피해발생은 위법하게 평가되는 것이기 때문에 위법

12) Vgl. Hans-Werner Laubinger, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, Verwaltungsarchiv 80(1989), S. 298; マルクス・レ・ネンバツハ(松本博之譯), 環境保護の個別的・集團的手段としての請求權と訴訟, 松本博之=西谷敏=佐藤岩夫編, 環境保護と法-日獨 シンポジウム, 1999, 195면 참조.

13) Vgl. Ossenbühl, a.a.O., 314; Laubinger, a.a.O., S.295f.

14) Vgl. Manfred Aust/Rainer Jacobs, Die Enteignungsenchädigung, 4. Aufl., 1997, S. 171.

15) 최근의 尼崎公害소송제1심판결(神戸地判平成12.1.31 判時 1726호, 20면)이 처음부터 유지청구를 일부인용하고 있는데 주목된다.

한 소음피해의 수인에 관한 법률상의 규정이 존재하여야 할 것이다. 법치국가에서는 법적 근거없이 수인의무를 부담하게 할 수 없기 때문이다.

그런데 이러한 문제상황은 독일법에서와 거의 같지만 일본과 우리나라에서는 지금까지 거의 논의되지 않았다. 사업의 공공성(사회적 유용성)에서 유지청구를 인정할 수 없다는 판례가 그에 선행하여 법적 근거의 문제로 그다지 주목받지 못하였기 때문이다.

(2) 판례의 동향과 검토

가. 판례의 동향

수인의무에 관하여 판시하고 있는 법원도 있다. 厚木기지소송의 상고심판결¹⁶⁾은 자위대기 비행의 차지금지에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다. 기지인근주민의 수인의무를 도출하고 있다. 「방위청장관은 자위대에 부과된 일본의 방위 등의 임무수행을 위하여 자위대기의 운영을 통괄하고 그 항행의 안전 및 항행에 기인하는 장애의 방지를 도모하기 위하여 필요한 규제를 행하는 권한을 가지는 것으로 되어 있고 자위대기의 운영은 방위청장관의 권한 하에서 행하여지는 것이다. 그리고 자위대기 운영에는 그 성질상 필연적으로 소음 등의 발생을 수반하는 것이고 방위청장관은 소음 등에 의한 인근주민에의 영향도 배려하여 자위대기 운영을 규제하고 총괄하여야 한다. 그러나 자위대기 운영에 따른 소음 등의 영향은 비행장주변에 넓게 미치는 것이 불가결하기 때문에 자위대기 운영에 관한 방위청장관의 권한행사는 그 운영에 필연적으로 수반되는 소음 등에 관하여 인근주민에게 수인의무를 지우는 것이다.」

최근에 新湊공항소송의 상고심판결¹⁷⁾에서도 제시되었고. 더욱이 대판공항소송의 상고심판결¹⁸⁾에서 伊藤正己재판관의 보충의견에서도 나오고 있다. 이등정기재판관의 보충의견은 「항공운송사업면허 또는 사업계획변경인가에 관하여 법은 운수대신이 해당사업활동에 의한 제3자의 법익침해 가능성유무 및 그 정도를 고려하여 거부여부를 판단하여야 하는 것으로서 이것에 의하여 제3자의 권리, 이익을 가급적 침해로부터 옹호함과 동시에 또한 피할 수 없는 불이익은 이들에게 있어서 수인해야 할 의무를 부과하고 있다고 해석하는 것이 상당하다」는 것이었다.

민사상 금지청구를 적법하다고 하는 판례에서도 결론에서는 청구를 기각하였다. 그 이유는 예컨대 小松基地소송의 제1심판결¹⁹⁾에 의하면 「아직 사회생활상 수인해야할 한도를

16) 最判평성5:25 민집 47권 2호, 643면.

17) 最判평성원 2:17 민집 43권 2호, 56면.

18) 最判소화 56:12:16 민집 3510호, 1369면.

넘는 것이라고 할 수 없다」는 것도 있다. 동 판결에서는 피해배상청구의 관계에서 「항공기소음에 의한 피해가 수인한도를 넘는 것으로서 위법성이 있다고 인정하는 것이 상당하다」고 하는 것이므로 소음의 정도를 넘는 것은 명확하다. 그럼에도 불구하고 유지청구의 관계에서 수인해야할 한도를 넘지 않는다고 하는 것은 결국 자위대기 이착륙은 유사시에 방위행동을 원활하게 실시하기 위한 것이고 공공성이 높기 때문이다. 이러한 견해는 국도 43호선소송의 상고심판결²⁰⁾에서도 제시되고 있다. 동판결은 「원고는, … 본건 도로가 연도의 주민과 기업만이 아니라 지역간교통과 산업경제활동에 관해서도 그 내용 및 양에 있어서 견줄 수 없을 정도로 다대한 편익을 제공하고 있는 등의 사정을 고려할 때, 상고인들이 구하는 차지를 인용해야 할 위법성이 있다고 할 수 없다」고 판단하여 원심판단²¹⁾을 시인하고 있다.

이와 같은 판례동향에 대하여 수인의무의 법적 근거에 관해 비교적 엄격한 판단을 하고 있는 판례도 있다. 예컨대 후목기지 제2차소송의 제1심판결²²⁾은 「일본에서는 법률에 의한 행정의 원리, 특히 법률유보의 원칙이 실정법상의 원칙으로 승인되어 있기 때문에 이처럼 공권력의 행사에 해당하는 사실행위가 인정된 것은 법률상 그것을 기초로 할 근거가 있어야 한다. 그러나 그것은 강학상 소위 목적규범·조직규범·절차규범 등으로는 족하지 않고 행정청이 일방적으로 행하는 사실행위를 수인해야 할 법적 의무를 국민에게 부과하는 근거규범이어야 한다」고 한 후에 자위대법, 생활환경정비법 등의 제규정을 검토하여 결론으로서 어느 규정도 「원고들에게 자위대기 운행활동에 의해 발생하는 소음을 수인해야할 의무를 부과할 수 있는 근거규범이라고 할 수 없다」고 판시하고 있다.²³⁾ 이와 같은 견해는 이미 대판공항소송의 대판소화 56년에 있어서 團藤重光재판관과 中村治朗재판관의 반대의견속에서 발견할 수 있다.

나. 판례의 검토

대판공항소송의 대판소화56은 인근주민의 수인의무에 관하여 언급하고 있지는 않지만 伊藤재판관의 보충의견이 이것을 설명하고 있다. 즉 운수대신에게는 인근주민의 법익침해를 배려하여 항공운송사업의 면허와 사업계획변경의 인가를 하여야 할 의무가 있다. 반면

19) 金澤지판 평성 3.3.13 判時 1379호, 3면.

20) 最判평성7.7.7 민집 49권 7호, 1870면.

21) 대판고판평성 4.2.20 判時 1415호, 3면.

22) 梶井지판 평성4.12.21 判時 1448호, 42면.

23) 다만 동판결은 후목기지에 있어서 소음은 자위대기와 미군기의 쌍방에 의한 것이고, 자위대기에 의한 소음의 정도를 파악하기에 족한 증거는 없기 때문에 자위대기에 의한 수인한도를 넘는 침해행위 및 피해의 존재를 인정할 수 없는 것으로서 차지금지를 기각한다.

그 의무를 다하여도 피할 수 없는 불이익에 관해서는 인근주민에게 이를 수인해야 할 의무를 부과하고 있다는 이론구성이 그것이다. 여기서 수인의무는 운수대신의 면허·인가라는 행정처분에 당연히 부수하여 발생하는 것이다. 신도공항소송의 대판평성원년은 항공기 이착륙에 수반하여 어느 정도 소음이 발생하는 것은 불가피하기 때문에 인근주민의 수인의무를 근거하고 있다. 厚木기지소송의 대판평성5년은 인근주민의 영향에 대한 방위청장관의 배려의무를 전제로 하여 자위대기 운항에는 소음발생이 불가피한 것이므로 인근주민의 수인의무를 인정하고 있다.

이들에 의하면 수인의무의 법적 근거는 행정청의 행정처분(또는 그 행정처분의 근거규범)에서 구하여지고 소음피해의 발생은 그것에 당연히 부수하는 것으로 파악되고 있다. 법령의 규정에 근거하여 행정처분이 적법·유효하게 되는 한 그것은 동시에 소음피해의 수인의무를 포함하고 있는 것으로 이해하여야 한다는 것이다.

민사상 유지청구가 적법하다는 판례는 사업의 공공성을 이유로 수인한도를 아직 초과하지 않는 것을 이유로 청구권을 기각하고 있다. 여기서는 공공성이 높은 사업이라는 것이 유지청구를 기각하는 이유이었다. 또한 최근에 尼崎공해소송1심판결²⁴⁾은 공공성이 높은 사업이라는 것을 인정하면서도 신체권의 침해가 중대하다는 것을 이유로 유지청구를 일부 용인하고 있으며, 약간의 변화가 보이고 있다.

항공기의 이착륙에는 소음발생은 불가피하다. 소음의 정도가 통상적인 정도내의 것이라면 인근주민이 이것을 수인하여야 하는 것은 당연하다. 이 경우는 법적 근거의 문제는 별도로 생기지 않는다. 그러나 통상의 정도를 넘어선 경우에도 모두 법적 문제가 없어도 된다고 할 수 있을 것인가는 하나의 문제이다. 항공기 이착륙에는 소음발생이 불가피하다는 점에서 보면 보통 정도를 초과하는 것은 항공의 공용행위, 항공운송사업의 면허부여행위, 자위대기 운항에 관한 방위청장관의 권한행사 등을 정하고 있는 법규정에 처음부터 포함되어 있는 것이고 소음발생은 이들 행위에 통상수반하는 것이므로 인근주민에게 수인의무를 지우는 것이라고 해석하는 것도 불가능하지 않다. 판례에 있어서 수인의무의 설명은 충분하다고 할 수 없지만 기본적으로는 타당한 것이라고 할 수 있다.

민사상의 유지청구를 적법하다는 판례도 결론에서는 공공성을 이유로 청구를 기각하고 있다. 통상의 정도를 넘는 것이 공공성을 이유로 수인해야 할 한도가 있다고 하는 것은 일반론으로서는 정당하다. 여기서 수인해야 할 한도를 특별한 수인한도라고 부르기로 한다. 문제는 공공성이 특별한 수인한도내의 소음에 대하여 수인해야할 의무를 지우는 법적 근거라 할 수 있는가이다. 인근주민에게 수인의무를 지우기 위해서는 소음을 발생시키는

24) 신호지판평성12.1.31판시 1726호, 20면

사업에 공공성이 있어야 한다는 것은 당연하지만 이들을 법적 근거라고까지 할 수 있는가는 의문이다. 공공성에 관한 판례를 보면 공공성이 높은 것이 바로 수인의무의 법적 근거가 될 수 있다고 하지만 설명이 충분하지 못하다는 것은 부정할 수 없다. 이 점은 독일 연방보통재판소의 판례와 거의 동일한 상황이다.

유지청구를 적법하다고 하여 이를 기각한 판례는 위법성단계설에 입각하고 있다. 이것은 배상위법과 유지위법을 구별하고 유지의 경우 위법성이 강화되어야 한다는 견해이다. 이것을 강조하는 판례로는 小松기지소송의 金澤지판 평성3년, 국도43호선소송의 공소심판결, 동상고심판결 등을 열거할 수 있다. 유지청구를 부적법이라고 하여 각하한 판례는 위법성단계설에 입각한 것은 아니지만 유지청구를 배척한다는 점에서는 위법성단계설과 다르지 않다.²⁵⁾

(3) 학설의 동향과 검토

가. 학설의 동향

학설은 일반적으로 인근주민에게 수인의무를 과하기 위해서는 실제적·절차적 규정이 필요하다고 설명하고 있다.

그 주요한 것을 소개하면 「외부자인 부근주민을 법률관계의 당사자로 연루시키는 것을 예정하는 특단의 절차 내지는 실제법상 규정이 없는 이상 외부자인 국민에게까지 수인의무를 지을 정도로 법적 효과를 가지는 것은 아니다.»²⁶⁾ 「만약 면허와 사업계획의 변경이 제3자의 법익침해 가능성을 고려한다고 하여도 그것은 제3자는 자기의 법익침해를 다루기 위해서는 면허와 사업계획의 변경취소소송을 제기하는 이외에는 다른 방법이 없다고 할 정도로 효력이 있는 것은 아니다. 그러한 효력을 인정하기 위해서는 법률이 특히 그 필요를 인정하여 이러한 효과를 부여한다고 해석해야할 단계를 요한다.»²⁷⁾ 「상대방에게 허용된 활동에 통상 수반되는 주변(제3자)에 대한 영향 속에는 통상 일상생활상 사인상호간에서 당연히 수인해야 하는...불이익의 정도를 넘어서는 것도 있을 수 있다(예, 건설된 공공시설등에 의한 일조진동·소음·악취 등 소위 사업손실 속에는 때로는 이와 같은 것이 있을 수 있다). 적어도 이 경우에는 행정행위에 의한 제3자의 이익침해가 되는 것이므로 제3자의 입장을 충분히 형량한 후에 법률의 근거 또는 넓은 의미의 적정절차가 필요하게 된다.»²⁸⁾

25) 伊藤高義, 국도43호선소송판결의 문제점, 判タ638호, 1987, 22면 참조.

26) 原田尚彦, 行政判例の役割, 1991, 93면.

27) 阿部泰隆, 行政救済の实效性, 1985, 73-74면.

28) 藤田宙靖, 行政法 I(總論), 2000, 92면; 大塚直, 厚木基地제1차, 横田基地제1,2차소송최고재결について, JURIST, 1026호, 1993, 57면.

등의 견해가 있다.

나. 학설의 검토

이와 같이 학설은 일반적으로 인근주민에게 수인의무를 지우기 위해서는 명문의 법적 근거가 필요하지만 자위대법 기타 법령상에는 수인의무를 정하는 규정은 없다고 해석하고 있다. 이 견해에 의하면 인근주민에게는 수인의무는 없는 것이므로 소음피해에 대하여는 당연히 민사상 유지청구를 할 수 있을 것이다.

학설이 통상 수인한도를 넘지만 특별한 수인한도 내에 있는 소음피해에 대하여도 유지청구를 인용해야한다고 주장하는 것이라면 논지는 일관하고 있다. 그러나 유지의 경우 수인한도는 손해배상의 경우의 수인한도보다도 높은 것이라면(위법성단계설), 유지청구는 기각되고 소음피해는 수인하여야 되는 것이기 때문에 법적 근거가 제시되어야 한다. 법적 근거가 존재하지 않는 것은 학설 자신이 설명하듯이 이론상 일관성이 없어 보인다.

3) 우리나라의 학설·판례

(1) 수인의무의 법적 근거

우리나라에 있어서 소음·진동에 관한 수인의무의 근거로는 일반적으로 민법 제217조를 들 수 있다. 동조 제1항은 “토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다”고 하여 소음·진동 등으로 인한 인접지역에 대한 방해금지를 규정하고 있고, 동조 제2항은 “이웃거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다”고 하여 토지의 통상적 이용으로 발생하는 소음·진동 등에 대한 수인의무를 규정하고 있다. 즉 민법 제217조는 일정한 생활방해(Immission)에 대해서는 인용하도록 하면서 인용한도를 넘는 경우에는 적당한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 인용한도를 초과하여 피해를 주고 있는 경우에는 방해배제청구권이나 방해예방청구권을 행사할 있다.²⁹⁾

이러한 수인한도론은 환경침해의 위법성에 관한 우리나라의 통설적인 견해로서, 인간이 사회생활을 영위해 나가는데 있어서 타인에게 손해나 불편을 끼치는 경우가 있을 수 있기

29) 우리나라의 경우 환경침해로 인한 피해자의 사법적 구제와 관련하여 민법과 기타 법률에 근거 규정을 두고 있다. 환경침해로 인한 불법행위책임의 근거 규정으로서는 민법 제750조가 가장 기본적인 규정이 되며, 공동불법행위와 관련하여서는 민법 제760조가 근거규정이다. 유지청구와 관련하여서는 214조의 방해배제청구권과 방해예방청구권이 기본적인 근거조항이 되고 있다. 박균성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2004, 196면.

때문에 어느 정도까지는 이를 서로 인용하지 않으면 안되고, 그것이 인용해야 할 일정한 범위·한도를 넘어설 때에만 위법성을 띠게 된다는 것이다. 어느 정도의 피해가 수인한도 인가의 판단은 구체적 사건에서 피해자 및 가해자의 사정 및 모든 주변사항을 고려하여야 할 것인바, 주로 침해당한 이익의 성질(건강피해인가 재산피해인가), 피해의 중대성, 피해의 범위, 가해의 반사회성에 대한 사회적 평가, 손해회피의 가능성, 가해자의 손해방지조치 유무, 법령상의 규제기준의 준수여부, 공장소재지의 주변상황, 토지이용관계 등이 고려되어야 한다.³⁰⁾

(2) 판례·학설의 동향

우리 대법원은 고속도로의 확장으로 인하여 소음·진동이 증가하여 인근 양돈업자가 양돈업을 폐업하게 된 사안에서, 양돈업에 대한 침해의 정도가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선 것으로 보아 한국도로공사에게 손해배상책임을 인정하였다.³¹⁾

인천지법 부천지원은 양식장 인근 야적장에 적치된 토사를 덤프트럭으로 반출하는 과정에서 발생한 소음과 진동으로 인하여 양식장에서 양식중인 송어가 집단 폐사한 사안에서, 사업자에게 환경정책기본법 제31조 제1항에 의한 손해배상책임을 인정하였다.³²⁾

공사장에서 발생한 소음·진동 등으로 인근 건물주가 건물에 금이 가는 등 손해를 입었다면 공사업체는 이를 배상해줘야 한다는 판결이 있다.³³⁾

고속도로 확장공사 및 차량통행에 따른 소음으로 인한 원고들의 양돈업에 대한 그러한 침해는 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선 것으로 그로 인하여 원고들에게 양

30) 홍천룡, “환경오염피해의 구제,” 『환경법연구』 제14권, 1992, 16면 이하.

31) 고속도로 확장공사시나 공사완료 후의 소음정도와 일반적으로 허용되는 소음기준치, 피고가 고속도로 확장공사 전에 원고들의 피해를 방지하기 위하여, 고속도로 개통 후 원고들의 피해 경감을 위하여 아무런 조치를 취한 바 없는 점, 양돈장이 소재한 곳의 위치와 도로 근접성 및 그 주변 일대의 일반적인 토지이용관계 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 고속도로 확장공사 및 차량통행에 따른 소음으로 인한 원고들의 양돈업에 대한 침해는 그 정도가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선 것이라고 볼 것이고, 따라서 고속도로의 사용이나 자동차의 통행 그 자체가 **공익적인** 것이고, 고속도로에서의 차량통행으로 인한 소음·진동이 불가피하게 발생한다 하더라도 그 정도가 수인한도를 넘어 원고들에게 위와 같이 양돈업을 폐업하게 하는 손해를 입혔다면 피고는 원고들에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다 할 것이다. 대판 2001. 2. 9, 99다55434.

32) 인천지법 부천지원 2004. 10. 22, 2002가단23361. 그 이유는 양식업자가 양식장 인근 야적장에 적치된 토사를 신속하게 반출하여 줄 것을 독촉하면서도 그 반출작업과정에서의 주의환기조치 내지 수질악화 방지를 위한 양수시설을 충분히 갖추지 않았기 때문에 30%의 과실이 있다는 것이었다.

33) 서울지법 2002가합9757.

돈업을 폐업하게 하는 손해를 입혔으니 피고는 손해배상책임이 있다.³⁴⁾

서울중앙지법 민사합의23부는 군산 미 공군기지 인근 선연리·옥봉리 주민 1천452명이 국가를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서, 80웨클³⁵⁾은 환경정책기본법상 공업지역 주간 소음도 기준인 70데시벨(≒83웨클)과 유사하며 소음진동규제법상 공항주변지역 중 공항인근을 제외한 기타지역 소음한도와 같은 수치라며 이보다 심한 소음에 노출된 주민들은 통념상 수인한도를 넘는 고통을 겪었다고 볼 수 있다고 하여, 소음도 80웨클(WECPNL)~89웨클인 지역 주민에게는 거주기간에 대해 월 3만원, 90웨클~95웨클인 지역 주민에게는 월 5만원씩 배상하라"며 총 1천126명에게 22억여 원을 배상하도록 판결하였다.³⁶⁾

이와 같이 우리나라의 판례는 고속도로의 확장으로 인한 소음·진동, 공군기지의 항공기이착륙으로 인한 소음에서 볼 수 있는 바와 같이 소음·진동 그 자체가 공익이고 불가피한 것이라 할지라도 그 정도가 사회통념상 일반적으로 수인한도를 넘어서는 경우에는 손해배상을 하도록 판결하고 있다.

2. 損失補償

1) 독일의 판례·학설의 동향

(1) 보상의 단계적 구성

보상은 3단계로 행하여진다. ① 연방행정절차법에 의한 보상, ② 연방생활방해보호법에 의한 보상, ③ 수용적 침해이론에 의한 보상이다.

연방행정절차법 제74조는 제2항 제2문에서 도로 등의 계획행정절차에 있어서 타인의 권리에 대한 불이익적 작용을 회피하기 위해 예방조치를 강구하여야 한다고 규정하고, 동항 제3문에서 그와 같은 예방조치를 실시할 수 없는가 또는 계획사업과 양립하지 않는 경우는 당사자는 급전에 의한 상당한 보상을 구하는 청구권을 가진다고 규정하고 있다. 그리고 이에 관한 소송은 행정재판소의 관할이다.

연방생활방해보호법 제41조에 의하면 도로 등의 신설 또는 본질적인 변경에 있어서는

34) 서울고법 2001. 9. 11, 2001나13329.

35) 웨클(WECPNL: Weighted Equivalent Continuous Perceived Noise Level. 가중평균소음)이란 국제민간항공기구(ICAO)가 개발한 항공기 소음 측정단위로 데시벨(dB) 수치에 주간에는 13을, 야간에는 23을 더한 수치와 대략 같다.

36) 동아일보 2004. 12. 05(일) 11:56; 매향리공군기지 공해소송에서는 경기도 화성군 매향리 주민이 대한민국을 상대로 매향리소재 미공군사격장에서 나오는 소음으로 인한 피해를 보상한다는 소송이었다. 서울지방법원 98가단55916.

소음피해가 발생하지 않도록 하여야 하지만(방음벽의 설치와 터널화 등), 그것에 대하여 조화를 유지할 수 없을 정도로 많은 비용을 요하는 경우에는 그 한에서는 허용되지 않는다고 한다. 이와 같은 능동적인 방음조치가 강구되지 않은 경우에 대하여 제42조는 제1항 1문에서 이러한 한계를 초월하는 경우에는 건축물 소유자는 금전에 의한 상당한 보상을 구하는 청구권을 가진다고 규정하고 있고, 제2항 제1문에서의 보상은 건축물의 소음방지조치(방음창유리 등)에 필요한 비용이라고 규정하고 있다. 이에 관한 소송은 민사재판소의 관할이다.

마지막으로 수용적 침해(enteignender Eingriff)의 판례이론에 의한 보상이 인정되는 것이 있다. 전 2자가 수용적 한계를 넘지 않을 정도의 침해에 대한 보상인데 대하여 수용적 침해에 의한 보상이 인정되는 것은 소음 등에 의한 침해가 수용적 한계를 넘는 경우이다. 수용적 침해를 이유로 하는 소송은 민사재판소의 관할이다.

(2) 수용적 침해

연방재판소의 1981년 7월15일 결정³⁷⁾ 자갈채취사건³⁸⁾은 수용적 침해이론에 대하여 큰 영향을 주었다. 사안은 자갈채취사업을 하는 업자가 사업계속을 위해 물관리법상의 허가를 신청하였다. 채취장소가 물보호구역으로 지정되어 있고, 시의 지하수채취시설로부터 멀지 않다는 것을 이유로 거부하였기 때문에 허가신청의 거부는 영업 및 토지소유권의 수용적 침해에 해당한다고 하여 이에 대해 손실보상을 청구하였던 것이다. 기본법 제100조에 근거한 연방통상재판소의 시사를 받아 연방헌법재판소의 결정은 「시민이 자기에 대한 처분 중에 공용수용을 발견한 때 그들은 이에 대한 법률상 청구권기초가 있는 때에만 보상을 청구할 수 있고, 이것이 결여된 때에는 행정재판소에서 침해행위 취소에 노력하여야 한다. 이를 하지 않으면 법률에서 인정하지 않는 보상을 청구할 수는 없다. 법률상 근거가 결여되어 있음을 이유로 법원 또한 보상을 명할 수 없다」고 판시하였다.

연방헌법재판소는 이 결정에 이어 1988년 11월 30일의 결정³⁹⁾에서 처음으로 도로소음에 관하여 판단하였다. 사안은 대도시 변두리에 있는 토지에 지상권을 가지고 있고 그곳에 건설된 주택에 거주하는 자가 그 토지의 아주 가까운 곳을 통과하는 4차선도로 건설계획에 반대하여 예상되는 교통소음을 이유로 연도자보호를 구하는 憲法異議

37) BVerfGE 58, 300.

38) 西塾章, 憲法上の所有權概念と地下水利用權-砂利採取事件, トイツ憲法判例研究會編, トイツの憲法判例, 1996, 2001(제2판), 256면.

39) BVerfGE 79, 174.

訴를 제기하였다. 연방헌법재판소는 결론에서 헌법이의소를 배척하였지만 교통소음에 대한 보상에 관해서는 개략적으로 다음과 같이 판시하고 있다. 「기본법 제14조 제3항은 헌법상 판단의 기준이 된다는 것에는 문제가 없다. 건설계획은 공용수용을 야기하지 않는다. 헌법상 意義에 있어서 공용수용의 본질적 특징은 개인의 재산권에 대한 국가적 Zugriff이다. 공용수용은 기본법 제14조 제1항 제1문에 의하여 보호되는 구체적인 법적 지위의 완전한 또는 부분적인 박탈을 목표로 하고 있다. 이에 반하여 토지소유자는 어느 정도 교통소음을 수인하여야 하는가라는 것이 문제되고 있다. 그것은 기본법 제14조 제1항 제2문에서의 재산권의 내용 및 한계규정(die Inhalts und Schrankenbestimmung des Eigentums)의 문제이다. 그러므로 기초가 되는 법적 규정과 그 적용이 재산권기본권과 일치하는가는 헌법규범에 의하여 판단되어야 할 것이다. 이때 보호되는 법적 지위에 아주 좁은 한계가 있다고 하여도 그것은 기본법 제14조 제3항의 적용을 유도하는 것은 아니다. 재산권의 위헌의 내용규정(Inhaltsbestimmung)은 동시에 헌법상 의미에서 수용적 침해가 되는 것이 아니며, 내용규정과 공용수용이 서로 다름을 이유로 공용수용으로 변화하는 것도 아니다. 양자가 다르게 위치하는 것은 내용규정이 권리자가 받은 부담의 강도 때문에 그것이 보상청구권의 채용에 의해 완화되는 경우에만 기본법과 일치할 수 있는 경우까지도 타당성이 있다. 내용규정이 보호되는 권리의 이용을 실제상 불가능하게 하고 권리가 완전히 무가치하게 되는 경우에 기본법 제14조 제3항의 적용이 고려되는가가 문제된다. 그러나 여기에는 그러한 경우가 없기 때문에 그 이상의 검토를 필요로 하지 않는다」.

이러한 연방헌법재판소의 판례동향 하에서는 수용적 침해의 이론은 그 존재여지를 전면적으로 부정하는 하는 것처럼 보인다. 연방헌법재판소의 1981년의 결정 이후 학술상 그러한 견해가 적지 않다. 그러나 이에 대해서는 연방헌법재판소의 판례에 일리가 있다는 것을 인정하면서도 그 사정거리를 제한하고 수용적 침해이론의 존재여지를 긍정하는 견해도 유력하다. 수용적 침해의 경우에는 피해자는 그 침해에 대하여 방어할 수 없고 연방헌법재판소의 사고방식은 여기서는 타당하지 않기 때문이다. 연방보통재판소는 1984년 3월 29일 판결⁴⁰⁾에서 연방헌법재판소의 결정으로는 수용적 침해의 책임제도는 소실되지 않다고 하여 시의 정수장으로부터의 악취에 대한 보상을 긍정하고 있다.

1988년의 연방헌법재판소의 결정에 관해서도 문헌에 있어서는 연방헌법재판소의 조 정의무있는 내용규정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)⁴¹⁾과 수용적 침해는 요건이나

40) BGHZ 91, 20.

효과에서도 중요하다. 그러므로 수용적 침해는 존재할 여지가 없다는 견해가 주장되고 있다.⁴²⁾ 그러나 이에 대하여도 연방통상재판소의 1993년 3월 25일 판결⁴³⁾은 연방공군기지의 주변에 거주하는 자가 항공소음으로 인한 지가저하를 이유로 연방에 대하여 손실보상을 청구한 사안에서 당연히 수용적 침해의 법형태를 유지하여야 한다고 판시하였다. 학설은 이러한 연방통상재판소의 판결을 지지하여 연방헌법재판소의 「조정무있는 내용규정」이라는 관념은 엄밀하게는 자기 모순이라는 견해가 유력하게 주장되고 있다.⁴⁴⁾ 보상의무있는 내용 및 범위는 행정절차법 제74조 제2항 제3문과 연방생활방해보호법 제42조 제2항 제1문에 의거한 보상청구권으로도 지가저하 등의 손실에 관해서는 수용적 침해이론에 의하지 않을 수 없다는 것이 그 이유이다.

수용적 침해의 존재여지를 긍정한다 하여도 협의의 공용수용과는 달리 수용적 침해는 기본법 제14조 제3항 제2문의 부대조항(Juntimklausel)의 요건을 충족하고 있지 않기 때문에 연방헌법재판소의 판례의 출현 이후는 수용적 침해의 법적 근거를 이제 와서 기본법 제14조에서 구할 수 없다. 그러므로 연방통상재판소의 1984년 판결과 1993년 판결은 법적 근거를 프로이센 일반란트법 서장 제74조·제75조의 일반적 희생원칙(allgemeiner Aufopferungsgrundsatz), 또는 일반적 희생사상(allgemeiner Aufopferungsgedanke)에서 구하고 있다.

2) 일본의 판례·학설의 동향

(1) 판례의 동향

도로·공항 등에서 발생하는 소음피해(사업손실)에 대해서는 판례는 지금까지 국가배상법 제2조 제1항에 근거하여 국·공공단체의 손실보상책임을 긍정하여 왔다. 이것은 사업손실보상의 성질에 관해서는 소위 손해배상설의 입장에 있다고 볼 수 있다. 대판공항소송의 대법원 소화56년은 국가배상법 제2조 제1항의 영조물의 설치 또는 관리의 하자라 함은 영조물이 가지는 안전성을 결하고 있는 상태를 말하는 것이지만 여기서 말하는 안전성의 결여, 즉 타인에 손해를 미칠 위험성이 있는 상태라 함은 다만 당해 영조물을 구성하는 물적 시설자체에 의존하는 물리적, 외형적인 흠결 내지는 불비에 의하여 ... 위험을 받

41) 연방헌법재판소의 조정무있는 내용규정에 관해서는 西莖章, 財産權の制限と損失補償の要否, 法政理論32卷 1號, 2000, 21-23면 참조.

42) Harmut Marer, Der enteignende Eingriff und ausgleiches-pflichtge Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBl, 1991, S.784; ders., Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl., 1997, S. 720; Martin Jashinski, Der Fortbestand des Anspruchs aus enteignendem Eingriff, 1997, S. 129ff.

43) BGHZ 122, 76.

44) Ossenbühl, Anmerkung, JZ 1994, S. 263f.

생하고 있는 위험성이 있는 경우만이 아니라 그 영조물이 공용목적에 따라 이용되는 데에 대하여 위해를 생기게 하는 위험이 있는 경우를 포함한다. 또한 그 위험은 영조물의 이용자에 대해서만이 아니라 이용자 이외의 제3자에 대해서도 그것을 포함하는 것으로 이해하여야 할 것」이라고 판시하고 있다. 국도 43호선소송의 대법원 평성 7년도 거의 동일한 판단범위를 보여주고 있다.

(2) 학설의 동향

사업손실보상의 성질에 관하여는 학설은 손해배상설, 손실보상설, 결과책임설 등으로 나누어져 있다. 손해배상설은 사업손실보상의 성질을 손해배상으로 이해하고 손실보상설은 이것을 손실보상으로 이해한다. 결과책임설은 손해배상도 손실보상도 아니고 제3의 유형으로서 결과책임의 일종이라고 할 수 있다. 그 외에 손해배상인가 손실보상인가의 구별은 불요하다는 견해도 있다.

(3) 판례·학설의 검토

판례·통설은 손해배상책임설의 입장이다. 손해배상설에 대한 주요한 비판은 불법행위는 위법한 것이고 처음부터 저지되지 않으면 안되는 것임에도 불구하고 유지청구를 인정하지 않고 그것이 행하여지는 것을 허용한다는 것은 법치국가에서는 설명이 곤란하다는 것이다. 유지청구가 인정되지 않는다면 피해발생은 오히려 적법한 것으로 파악되어야 할 것이고 손실보상설의 설명이 타당하다고 할 수 있을 것이다.

다만 이것은 통상 수인한도를 초과하고 있지만 예견·인용되는 범위를 초과하는 피해에 관하여는 별도 고찰이 필요하다. 이런 종류의 피해는 처음부터 예견되지도 않고 인용되지도 않은 것이기 때문에 법적 근거를 가지지 않지만 적법하지 않다고 할 수도 없다. 따라서 특별한 수인한도를 넘는 피해에 대해서는 손해배상설이 타당하다고 할 것이다.

결과책임설은 사업손실의 특색을 적절히 파악하고 있는 것으로 평가할 수 없다. 그러나 사업손실이 처음부터 예견되고 부득이한 것으로 인용되는 것을 보면(특별한 수인한도내의 것에 한한다) 여기서 의도적인 침해(공용수용 등)의 경우와 본질적 차이를 찾아낸다는 것은 곤란하다. 구별불요설은 사업손실보상의 법적 성질을 문제로 하는 것 자체에 의문을 제기하고 있지만 사업손실보상의 위치가 불명한 채로는 피해자구제의 접근에 지장이 있을 수 있다. 특히 유지청구의 가부에 관해서는 문제될 수 있을 것이다.

3) 한국의 학설·판례

우리나라 대법원 판례 중에도 고속도로의 확장으로 인하여 소음·진동이 증가하여 인근 양돈업자가 양돈업을 폐업하게 된 사안에서, 양돈업에 대한 침해의 정도가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선 것으로 보아 한국도로공사의 손해배상책임을 인정한 사례가 있다.⁴⁵⁾ 이 판례에서 대법원은 그 법적 근거로 불법행위로 인한 손해배상책임에 관한 민법 제750조와 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해에 대한 무과실책임을 규정한 환경정책기본법 제31조 제1항을 들고 있다.

그런데 이와 같이 도로 등 공공시설로부터 어쩔 수 없이 발생하는 공해로 인한 손해에 대하여 수인한도론에 의해 손해배상책임을 인정하는 것이 타당할지는 신중한 검토를 요한다. 사법분야에서 수인한도론은 손해배상의 문제가 될 수 있지만 공공성을 전제로 하여 논의되는 수인한도론은 행정법에서는 오히려 손실보상의 문제로 논하는 것이 타당하다. 공공시설로부터 어쩔 수 없이 발생하는 공해로 인한 손해는 적법행위로 인한 손해로 보고 당해 손해가 수인한도를 넘는 특별한 손해일 때 손실보상을 해주는 것으로 보는 것이 타당하다고 할 수 있다.⁴⁶⁾

3. 比較檢討

1) 受忍義務의 法的 根據

수인의무의 법적 근거에 관해서는 일본에서는 독일만큼이나 의식적으로 논의되고 있지 않다. 법원과 문헌 속에는 이에 관한 언급이 있지만 반드시 이론적 검토를 거친 것이라고 할 수 없다. 그러나 유지청구를 인정하지 않는 판례·통설 하에서는 그 당부를 불문하고 법적 근거가 명확하여야 한다. 법치국가에 있어서는 법적 근거 없이 국민에게 수인의무를 과할 수 없기 때문이다. 일본과 우리나라에서는 이에 관한 문제의식이 크지 않았던 것은 소음문제에 관한 기본적인 관심이 손해배상에 의한 사후적인 구제에 있다는 것을 반영하는 것이다.

수인한도론은 공해의 위법성에 관한 논의와 관련하여 일본의 학설과 판례의 주류를 이루고 있는데, 우리나라 학설도 이에 따라 있고 판례도 이에 따른 것이 발견된다.⁴⁷⁾

독일의 학설동향을 참고로 하면서 일본과 우리나라의 판례동향에 보충적 설명을 할 수

45) 대판 2001.2.9, 99다55434.

46) 박균성·함태성, 앞의 책, 236-237면.

47) 진순석, 앞의 책, 272면.

있다면 다음과 같은 이론구성이 가능할 것이다. 즉 도로·공항의 공용행위 등은 인근주민에 대한 소음영향을 불가피한 것이므로 이를 수인하지 않을 수 없다. 행위 당초부터 예견·인용되고 있는 것이기 때문에 소음 등의 정도가 특별한 수인한도 내에 있는 한 행정청의 권한행사의 법적 근거를 동시에 수인의무의 법적 근거로 해석하여야 할 것이다. 그렇지 않으면 도로·공항의 공용행위 등은 현실적으로 불가능하게 될 것이다. 이에 대한 민사상 유지청구권은 특별한 수인한도 내에 있는 한 결국 수인한도를 초과하고 있지 않게 되는 것이므로 기각되지 않을 수 있다.

2) 損失補償

소음피해는 사업손실의 일종이지만 사업손실에 대한 보상의 성질에 관해서는 일본과 우리나라에서는 지금까지 일반적으로 손해배상으로 이해되어 왔다. 그리하여 「사업손실에 관한 제3자의 수인의무는 법률상 근거가 없다면 처음부터 발생할 수 있는 것은 아니고 제3자는 손해배상을 청구할 수 있는 것이므로 수인의무의 존재를 전제로 손실보상이 부여될 수 있는 것」은 아니라고 한다.⁴⁸⁾ 따라서 소음피해의 발생은 그것이 특별한 수인한도 내에 그치는 한 유지청구가 인정되지 않는다. 그러므로 적법한 침해에 대한 전보책임의 성질은 손해배상이 아니라 손실보상이어야 할 것이다.⁴⁹⁾ 손해배상의 성질을 가지는 것은 특별한 수인한도를 넘어 소음피해를 발생하게 하는 경우이다.

이와 같이 특별한 수인한도내의 소음피해에 대하여 유지가 인정되지 않고 인근주민이 이를 수인해야 하는 것이라면 이것을 위법한 침해로 이해하는 것에는 의문이 있다. 어떤 이유로 위법한 침해에 관해 수인하여야 하는가에 관해서는 설명이 필요하지만 법치국가에서는 설명이 곤란할 것이다. 유지가 인정되지 않는다면 오히려 그 침해는 적법한 것으로 이해되어야 할 것이고 독일의 수용적 침해이론이 참고될 수 있을 것이다.

V. 結 論

현대사회에 있어서는 어느 정도 소음·진동은 사회생활상 불가피한 것으로서 수인하지 않을 수 없다. 그러나 소음과 진동이 대기오염이나 수질오염 못지않게 인간과 동식물에 심각한 영향을 끼칠 수 있다는 사실이 과학적으로 밝혀지면서⁵⁰⁾ 소음·진동의 규제가 필

48) 藤田, 전계논문, 93면.

49) 伊藤, 전계논문, 21-23면; 西莖章, 損失補償の要否と内容, 1991, 212-214면.

요하다는 인식도 계속 확산되어 왔다. 그리하여 현실적으로 수인정도를 상회하는 소음진동이 발생하는 경우, 피해자는 그에 대하여 어떠한 법적 대응수단을 가지고 있는가가 문제된다.

소음진동은 환경정책기본법이 정하는 전형적인 공해이며 사람의 건강 또는 생활환경에 밀접하게 관련되는 손해이므로 중요한 환경문제의 하나가 되고 있지만 지금까지는 문헌에서는 그다지 취급되지 않았고, 실무에서도 사후적 손해문제에 초점을 두었다. 평온한 환경 속에서 생활하여야 한다는 인간으로서의 당연한 요구에 대하여 현재 우리나라의 입법·판례·학설은 반드시 이에 대응하고 있다고는 볼 수 없다. 그리하여 본고에서는 소음진동의 문제해결에 기초가 되는 인근주민의 수인의무의 법적 근거와 보상청구에 관하여 독일과 일본의 입법·판례·학설의 동향을 개관하여 비교·검토함으로써 문제점의 소재를 명확히 하였다.

특히 소음진동의 문제는 일상생활상 불가피한 것이며, 공공성을 이유로 수인하는 것으로 보아왔지만 법치국가의 원리상 반드시 법적 근거를 요하며, 보상문제는 우리나라와 일본에서는 손해배상의 문제로 논의되고 있지만 독일에서는 손실보상책임의 문제로 취급되는 경향이 있다. 그러나 사법분야에서의 수인한도론은 손해배상의 문제가 될 수 있지만 공공성을 전제로 하여 논의되는 수인한도론은 행정법에서는 오히려 손실보상의 문제로 논하는 것이 타당하다. 공공시설로부터 어쩔 수 없이 발생하는 공해로 인한 손해는 적법행위로 인한 손해로 보고 당해 손해가 수인한도를 넘는 특별한 손해일 때 손실보상을 해주는 것으로 보는 것이 타당하다고 할 수 있다. 이 경우 독일의 수용적 침해이론이 참고될 수 있을 것이다.

주제어 : 소음진동, 공해, 수인한도론, 손해배상, 손실보상

50) 환경부에 의하면 소음은 40dB정도부터 인체에 영향을 미치기 시작하여, 70dB정도면 말초혈관과 수축반응이 일어나고, 80dB정도에 청력손실에 직접 영향을 미치며 대체로 평균소음도가 70dB 이상이면 주거지역으로는 부적법하다고 한다(<http://www.me.go.kr/cgi-bin/data/0201.cgi>).

【참 고 문 헌】

박군성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2004.

李尙圭, 『環境法論』, 法文社, 1998

이승우, 항공기소송공해의 수인한도와 손해배상, 『환경법연구』 제26권 1호, 2004. 4.

진순석, 『환경공해의 법률지식』, 청림출판, 1993, 259면.

홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001, 883.

홍천룡, “환경오염피해의 구제,” 『환경법연구』 제14권, 1992.

大塚直, 厚木基地제1차, 横田基地제1, 2차소송최고재결について, 『ジュリスト』, 1026호, 1993.

藤田宙靖, 『行政法 I(總論)』, 2000.

西埜章, “騷音·振動問題”, 栗城壽夫, 戸波江二, 青柳幸一, 「未來指向の憲法論」 獨逸憲法判例研究會編, 信山社, 2001.

西埜章, 憲法上の所有權概念と地下水利用權-砂利採取事件, トイツ憲法判例研究會編, トイツの憲法判例, 1996, 2001.

西埜章, 財産權の制限と損失補償の要否, 「法政理論」 32卷 1號, 2000.

西埜章, 損失補償の要否と内容, 1991.

マルクス·レ·ネンバツハ, 松本博之 譯, 環境保護の個別的·集團的手段としての請求權と訴訟, 松本博之=西谷敏=佐藤岩夫編, 環境保護と法-日獨 シンポジウム, 1999.

阿部泰隆, 行政救濟の實效性, 1985.

伊藤高義, 국도43호선소송판결의 문제점, 判タ638호, 1987.

原田尙彦, 行政判例の役割, 1991.

Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998.

Fritz Ossenbühl, Anmerkung, JZ 1994.

Hans-Werner Laubinger, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, Verwaltungsarchiv 80(1989).

Harmut Marer, Der enteignende Eingriff und ausgleiches-pflichtge Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBI, 1991.

Harmut Mare, Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl., 1997.

Martin Jashinki, Der Fortbestand des Anspruchs aus enteignendem Eingriff, 1997.

Manfred Aust/Rainer Jacobs, Die Enteignungsenchädigung, 4. Aufl., 1997.

【Abstract】

The Legal Problems on Regulation of the Noise-Vibration Pollution

Kim, Choon Hwan

This Paper is focusing on the legal problems on regulation of noise-vibration pollution. We have to be patient because it is inevitable that noise-vibration pollution should be happened everyday around us. But if it can't stand this noise-vibration, we have to sue someone for damages. In this case, we have to require further examination about the legal grounds of the bearable duty and compensation for the loss. I will study this topics with comparative examination among Germany, Japan and Korea. The former is called to account for legal grounds in the principle of law-governed country, the latter claims compensation than damages. German law is more helpful to Korean law.

Key Words : noise-vibration, pollution, theory of unbearable pain, damages, compensation
