

河川水害訴訟에 있어서 國家賠償責任의 判斷基準

金昌奎*

차 례

I. 問題의 提起

II. 國家賠償法 第5條의 檢討

1. 概 說
2. 賠償責任의 要件
3. 賠償責任者와 求償權

III. 河川水害訴訟에 있어서 管理瑕疵의 判斷

1. 河川管理瑕疵의 判斷基準에 관한 日本의 判例
2. 河川管理瑕疵의 判斷基準에 관한 우리나라의 判例

* 한국법제연구원 선임연구원

I. 問題의 提起

地理적으로 多雨地帶에 속하는 우리나라는 여름철이면 항상 颱風의 被害와 더불어 集中的인 豪雨로 인하여 河川 등이 氾濫함으로써 그 정도의 차이는 있으나 物的·人的 被害를 받고 있다. 河川水害¹⁾는 다른 人工營造物의 設置 또는 管理上의 瑕疵에 의한 被害發生에 비하여 그 頻度는 적지만 그 被害者의 範圍·被害額의 規模는 매우 크다.

이러한 河川水害로 인한 國家나 地方自治團體의 賠償責任에 관한 우리나라의 基本的 規定은 '國家賠償法 第5條'이다. 즉, 同條 第1項 前段은 「道路·河川 기타 公共의 營造物의 設置 또는 管理에 瑕疵가 있기 때문에 他人에게 損害를 발생하게 하였을 때에는 國家 또는 地方自治團體는 그 損害를 賠償하여야 한다」라고 規定하고 있다.

그러나 同條의 解釋·適用에 있어서는 同條가 규정하고 있는 營造物의 觀念, 營造物의 設置·管理上 瑕疵의 觀念 및 判斷基準, 國家·地方自治團體의 賠償責任에 대한 免責事由 등이 문제로 된다. 특히, 河川管理瑕疵의 判斷基準과 관련하여 河川管理瑕疵를 道路 등의 營造物과 동일하게 取扱할 것인가 아니면 다른 判斷基準에 의하여 取扱할 것인가, 만약 다른 判斷基準에 의한다면 河川管理의 特質 및 諸制約을 어느 정도 認定하여야 하는가 하는 문제는 가장 基本的이고도 重要하다.

이와 관련하여 日本의 경우에는 判例가 상당히 축적되어 있는 狀態인데²⁾, 소위 '多摩川水害訴訟'에 대한 最高裁判所의 判決(이하, 多摩川最高裁判決)이 출현하기 이전까지는 河川管理의 特質·諸制約을 중시하여 河川管理瑕疵의 判斷基準을 道路 其他의 營造物과는 달리 取扱함으로써 國家 등의

1) 河川水害의 類型 및 原因에 대하여는 「金元主, 河川管理責任과 安全權, 海巖文鴻柱博士華甲紀念論文集(1978)」을 參照.

2) 河川管理瑕疵에 관한 日本의 判例를 整理·檢討한 것으로는 「山下瑛二, 水害と賠償責任(現代行政法大系6, 國家補償), 1983, 121면 이하; 古崎慶長, 河川管理責任のつまづきの石, ジュリスト No.898(1987), 24면; 河村吉晃, 河川管理責任をめぐる判例の推移, 法律のひろば Vol.44 No.3(1991.3), 4~11면 등」을 參照.

管理責任을 엄격하게 制限하고 있는 것이 一般的 傾向이었다. 즉, 소위 ‘大東水害訴訟’에 대한 最高裁判所의 判決(이하, 大東最高裁判決)이 最高裁判所로서는 최초로 河川管理瑕疵의 判斷基準에 대하여 「諸制約下에서 同種·同規模의 河川管理의 一般水準 및 社會通念에 비추어 認定될 수 있는 安全性을 갖추어 충분하다」는 「過度的 安全性」을 判斷準則으로 내놓은 이후, ‘加治川水害訴訟’에 대한 最高裁判所의 判決에 의하여 再確認됨으로써 河川管理瑕疵의 判斷基準으로서 완전히 定着되었을 뿐만 아니라 下級審判決에서도 이 基準에 의하여 無責의 判斷이 내려지고 있었다. 그러나 多摩川最高裁判決에서 大東最高裁判決의 判斷基準에 따른 原審을 破棄還送하고, 河川管理瑕疵의 判斷基準으로서 「工事實施基本計劃規模의 洪水에 있어서의 流水의 通常作用으로부터 豫測되는 災害를 防止하기에 충분한 安全性」이라는 새로운 判斷基準을 제시함으로써 責任成立의 可能性을 보여주었고, 多摩川最高裁判決의 破棄還送審인 東京高等裁判所에서 原告勝訴의 判決(1992년 12월 17일 判決)을 내림으로써 河川水害訴訟은 새로운 局面을 맞이하고 있다.

그러나 우리나라의 경우에는 水害는 天災라는 우리의 傳統的인 思考方式으로 인하여 河川水害와 관련된 訴訟의 提起나 論議가 거의 없었다. 그러다가 서울시 마포구 망원동 주민들에 의하여 1984년 10월 15일에 제기된 損害賠償請求事件(世稱 望遠洞集團水害事件)이 서울民事地方法院 第14部(재판장 신명균)에 의해서 비로소 1987년 8월 26일에 原告勝訴의 判決(서울민사지법 84가합5010)³⁾을 받게 되고, 동 사건은 계속하여 1990년 2월 28일 서울高等法院 民事第5部(재판장 박준서)⁴⁾에서, 1990년 7월 24일 大法院 民事第2部(재판장 이희창)⁵⁾에서 原告勝訴함으로써 河川水害로 인한 國家 등의 賠償責任問題는 향후 우리나라의 行政上 損害賠償制度의 중요한 問題로 부각될 것으로 보인다.⁶⁾

3) 법원행정처, 하급심판결집 제3권, 1987, 331~363면.

4) 서울高判 1990.2.28., 87나4319.

5) 大判 1990.7.24., 90다카10527.

6) 河川水害와 관련된 우리나라의 최근 現況을 概觀하면 다음과 같다.

(1) 望遠洞集團水害事件 : 1984년 8월의 호우로 인하여 서울시 마포구 망원동 望遠遊水池의 水門箱子가 붕괴되어 水害가 發生하자 11,942가구 49,358명의 피제민중 2,970가구 12,787명(25%)이 서울시 등을 상대로 損害賠償을 請求한 事件.

따라서 本稿는 먼저 國家賠償法 第5條를 檢討한 후, 河川水害訴訟에 있어서 管理瑕疵의 判斷基準에 대하여 日本과 우리나라의 判例를 중심으로 考察하고자 한다.

Ⅱ. 國家賠償法 第5條의 檢討

1. 概 說

(1) 國家賠償法 第5條의 內容

國家賠償法 第5條는 「①道路·河川 기타 公共의 營造物의 設置 또는 管

①한정자의 21명 : 1984년 10월 15일에 訴訟을 提起하여 1987년 8월 26일에 서울민사지법 제14부(재판장 신명균)에서 勝訴, 1990년 2월 28일에 서울고법 민사5부(재판장 박준서)에서 勝訴, 1990년 7월 24일에 대법원 민사2부(재판장 이회창)에서 서울市的 上告가 棄却됨으로 인하여 勝訴함(동아 90.3.2., 15면; 세계 90.8.2., 14면).

②민병순의 7,571명(27건) : 1990년 9월 1일 부터 大法院의 上告許可制가 廢止됨에 따라 1990년 7월 이전에 上告許可申請을 낸 27건(민병순씨의 7,571명)을 1990년 8월 31일에 대법원 민사제3부(재판장 이재성) 등의 3개 재판부는 서울市的 上告許可申請을 모두 棄却하여 原審을 確定함으로써 勝訴함(서울 90.9.1., 19면).

③신동선의 18명 : 1990년 8월에 訴訟을 提起하여 제1심에서는 勝訴했으나 1992년 7월 29일, 서울고법 민사제11부(재판장 윤재식)는 “地方財政法에 의하면 不法行爲에 따른 損害賠償請求權의 消滅時效는 5년이므로 救濟를 받을 수 없다”고 判示하여 敗訴함(한국 92.7.30., 23면).

(2) 一山住民損害賠償請求事件 : 1990년 9월 12일에 한강둑이 붕괴되어 경기도 고양군 일산읍 등 5개의 읍·면에 걸쳐 洪水가 發生함으로써 1991년 10월 7일에 김선환의 63명이 國家를 상대로 서울民事地法에 損害賠償을 請求하였는 바, 1992년 7월 23일에 서울민사지법 합의제16부(재판장 이종욱)는 “원고인 김선환의 63명은 洪水에 대비한 한강둑의 規模 및 設計上의 問題點에 대하여 立證할 責任이 있는 데에도 이를 적극적으로 立證하지 않았기 때문에 國家에 대하여 賠償責任을 물을 수 없다”고 판시하여 原告들의 請求가 棄却됨(국민 92.7.23., 18면).

(3) 기 타 : 1990년 9월, 서울 및 경기도 일대의 洪水로 家屋浸水 등의 水害를 당한 서울시 서초구 방배동 박진섭의 33명은 1990년 10월 25일에 서울시가 豫算不足을 이유로 방배동 저지대의 水害防止對策을 소홀히 하여 財産·精神的 被害를 입었다는 이유로 서울시를 상대로 서울민사지법에 損害賠償請求訴訟을 提起함(한겨레 91.10.2., 15면).

理에 瑕疵가 있기 때문에 他人에게 損害를 발생하게 하였을 때에는 國家 또는 地方自治團體는 그 損害를 賠償하여야 한다. 이 경우에는 第2條第2項 但書·第3條 및 第3條의2의 規定을 準用한다. ②第1項의 경우에 損害의 原因에 대하여 責任을 질 者가 따로 있을 때에는 國家 또는 地方自治團體는 그 者에 대하여 求償할 수 있다」라고 규정하고 있다.⁷⁾

(2) 賠償責任의 性質

國家賠償法 第5條上의 國家 또는 地方自治團體의 賠償責任은 民法 第758條에 해당하는 것이다. 그러나 民法에서는 그 對象을 工作物 등⁸⁾에 한정하고 있으나 國家賠償法은 그 範圍를 확대하고 있다.⁹⁾ 또한 民法은 工作物의 所有者에게는 絶對的 責任을 과하면서 占有者에게는 損害發生을 防止함에 필요한 주의를 게을리하지 아니한 때에는 免責事由를 인정하고 있는 반면에 國家賠償法은 占有者의 免責事由를 인정하지 않고 있다.¹⁰⁾

따라서 營造物의 設置·管理의 瑕疵로 인한 國家 또는 地方自治團體의 賠償責任은 公共의 營造物의 設置 또는 管理에 瑕疵가 있다고 하는 客觀的 事實에 의하여 발생하는 것이며, 그 設置·管理를 擔當한 公務員의 故意·過失의 有無는 불문한다는 점에서 그 責任은 危險責任主義에 입각한 無過失 責任의 일종으로 보는 것이 일반적인 견해이다.¹¹⁾ 그러나 同條가 營造物의

7) 日本의 國家賠償法 第2條는 「道路, 河川 기타 公共의 營造物의 設置 또는 管理에 瑕疵가 있기 때문에 他人에게 損害를 발생하게 한 때에는 國家 또는 公共團體는 이것을 賠償하여야 한다」라고 규정하고 있다.

8) 民法上의 工作物責任의 瑕疵에 대하여는 「李仁宰, 工作物責任에 있어서의 瑕疵, 司法行政(1993.3), 21~29면」을 參照.

9) 이러한 점에서 볼 때, 國家賠償法 第5條는 民法 第758條의 연장선상에서 파악할 것이 아니라 民法上의 責任보다는 한층 무거운 責任을 인정한 趣旨로 보아야 한다(千炳泰, 國家賠償法 제5조의 責任根據, 考試界(1993.9), 188면).

10) 國家賠償法 第5條와 民法 第758條의 關係에 대하여는 「姜昌雄, 營造物의 設置·管理의 瑕疵로 인한 損害賠償責任, 司法論集 第9輯(1978), 613~616면」을 參照.

11) 金道昶, 一般行政法論(上), 1989, 586면; 姜求哲, 講義 行政法 I, 1992, 664면; 卞在玉, 行政法講義(I), 1990, 518면; 石琮顯, 一般行政法(上), 1989, 624면; 洪井善, 行政法原論(上), 1993, 485면.

設置·管理者의 過失을 要件으로 하고 있지 않기 때문에 그 責任은 일응 無過失責任으로 해석할 수 있지만 적어도 同條가 瑕疵의 存在를 그 賠償責任의 要件으로 하고 있으므로 絶對的 無過失責任이나 프랑스 行政法上的의 그것에 해당하는 危險責任은 아니고, 이러한 觀點에서 同條의 瑕疵의 觀念을 客觀化된 安全確保義務의 違反으로 보아 이를 일종의 過失責任으로 파악하든 瑕疵와 過失觀念을 엄격히 구분하여 이를 無過失責任으로 파악하든 基本的인 差異는 없는 것이 아니냐는 의문을 제기하는 견해도 있다.¹²⁾

2. 賠償責任의 要件

國家 또는 地方自治團體의 賠償責任이 成立하기 위해서는 道路·河川 기타 公共의 營造物의 設置 또는 管理에 瑕疵가 있기 때문에 他人에게 損害를 발생하게 하여야 한다. 따라서 賠償責任의 要件은 ①公共의 營造物, ②設置 또는 管理의 瑕疵, ③他人에 대한 損害의 發生으로 나누어 진다.

(1) 公共의 營造物의 意義

營造物이란 학문상으로 公的 目的을 達成하기 위한 人的·物的 施設의 綜合體를 의미하는 것이 보통이다. 그러나 同條에서의 「公共의 營造物」이란 學問的 意味에서의 公物을 意味하는 것으로서 國家 또는 地方自治團體가 직접 公的 目的을 達成하기 위하여 제공한 有體物을 의미한다고 보는 것이 일반적인 見解이다. 따라서 人工公物·自然公物·動産 등을 모두 포함하되, 國家 또는 地方自治團體의 所有物일지라도 公物이 아닌 雜種財産 등은 本條의 適用을 받지 않고 民法의 適用을 받는 것으로 이해되고 있다.¹³⁾ 그러나 여기에는 두가지의 疑問이 提起되고 있다.

첫째로 國家賠償法 第5條의 '公共의 營造物' 概念에 警察犬이나 警察官의 拳銃도 포함시킬 수 있느냐 하는 것이다. 즉, 國家賠償法 第5條의 賠償責

12) 金東熙, 河川氾濫으로 인한 損害에 대한 國家 등의 賠償責任, 考試界(1989.3), 62면.

13) 金道稔, 前掲書, 583면; 石琮顯, 前掲書, 634면.

任을 「物에 대한 危險責任」으로 理解하여 人工公物·自然公物 뿐만 아니라 公用 또는 公共의 目的에 提供되는 動産을 同條의 營造物에 포함시키면서 그 動産 가운데 警察犬이나 警察官의 拳銃까지도 포함시켜 解釋하는 것이 일반적 견해인데, 이러한 일반적 견해에 의하면 警察官이 誤發하여 他人을 死傷하게 한 경우도 營造物의 管理瑕疵로 인한 損害가 되므로 法解釋의 段階的 發展性을 중시할 경우, 警察犬이나 警察官의 拳銃까지도 同條의 營造物에 포함시키는 것은 現實적으로 무리한 解釋이 아니냐 하는 것이다.¹⁴⁾

그러나 國家賠償法 第5條가 同法 第2條와 달리 管理者의 故意·過失을 묻지 않는 것은 被害者의 救濟를 넓게 保障하기 위함이므로 警察犬이나 警察官의 拳銃 등의 物的 缺陷으로 인한 事故는 同條의 適用을 받도록 하고, 그 操作에 의한 過誤는 國家賠償法 第2條의 適用을 받도록 하면 된다.¹⁵⁾ 따라서 警察犬이나 警察官의 拳銃도 同條의 營造物에 포함된다고 解釋하여야 한다.

둘째로 河川·湖沼 등의 自然公物도 同條上의 營造物에 포함시킬 수 있느냐 하는 것이다. 즉, 同條는 營造物의 設置 또는 管理에 있어서의 瑕疵에 기인한 賠償責任에 관하여 규정하고 있는데, 일반적으로 設置는 일정한 施設物의 設計·施工으로 理解되고, 管理는 그 후의 維持·修繕·保管의 의미로 解釋되고 있으므로 人工施設이 附加되지 아니한 순수한 自然公物로서의 河川 그 자체에 대하여 設置·管理上의 瑕疵를 논할 수 없지 않느냐 하는 것이다.¹⁶⁾

그러나 ①同條 자체가 人工公物인 道路와 아울러 自然公物인 河川을 명시적으로 규정하고 있고, ②同條의 規定形式上 “營造物의 設置 및 그 管理”가 아니라 “營造物의 設置 또는 管理”라고 규정하고 있으므로 管理上의 瑕疵는 設置上의 瑕疵와는 독립적인 賠償責任要件으로 파악할 수 있으며, ③만일 河川 등의 自然公物을 同條의 營造物에서 除外하면 特定河川에 人工施設이 設置된 경우의 水害에는 國家 등의 賠償責任을 물을 수 있지만 당해 河川을 自然狀態로 방치하여 水害가 발생한 경우에는 國家 등의 賠償責任을

14) 姜求哲, 前掲書, 665면.

15) 千炳泰, 前掲論文, 189면.

16) 金東熙, 前掲論文, 53면.

물을 수 없는 不當한 結果가 발생하기 때문에 國家賠償法 第5條上의 營造物에는 自然公物이 포함된다고 解釋하여야 한다.¹⁷⁾

(2) 設置 또는 管理의 瑕疵

營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵란 「營造物이 通常 갖추어야 할 安全性을 缺如하여 他人에게 損害를 미칠 危險性이 있는 狀態」를 말한다. 여기에서 '營造物이 通常 갖추어야 할 安全性'의 判斷은 당해 營造物의 構造·用法·場所의 環境 및 利用狀況 등의 諸般事情을 綜合的으로 고려하여 個別的·具體的으로 판단해야 한다.¹⁸⁾ 또한 이러한 通常的인 安全性의 缺如는 그것이 設置段階이든지 그 후의 管理段階이든지를 불문한다.¹⁹⁾

(가) 學 說

營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵判斷에 있어서 그 設置·管理者의 歸責事由가 고려되어야 하는가의 問題를 둘러싸고 客觀說·主觀說·折衷說이 대립되고 있다.²⁰⁾

가. 客觀說(客觀的 物的 缺陷說)²¹⁾

營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵有無를 客觀的으로 判斷하여 營造物의 設置 또는 管理에 불완전성이 있으면 瑕疵가 있는 것으로 보고, 그 瑕疵의 發生에 있어서 設置·管理者의 義務違反與否 또는 過失與否는 문제로 삼지 않는 見解이다.²²⁾ 즉, 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵를 營造物이 通常 갖추어야 할 安全性을 缺如한 것으로 보고, 營造物 管理者의 責任은 그 過失의 유무를 불문하고 無過失責任으로 보며, 財政上의 困難은 國家 등의 免責

17) 千炳泰, 前掲論文, 189~190면; 金東熙, 前掲論文, 53면.

18) 河村吉晃, 前掲論文, 4면.

19) 金東熙, 前掲論文, 54면.

20) 金元主, 河川水害와 國家賠償法 第5條, 考試界(1987.4), 145면.

21) 大判 1967.2.21., 66나1723; 大判 1969.3.4., 68다2298; 大判 1975.9.9., 75다1396; 大判 1988.11.8., 86다카775.

22) 石琮顯, 前掲書, 625면; 卞在玉, 前掲書, 519면.

事由가 되지 않지만 通常 갖추어야 할 安全性을 具備하였음에도 불구하고 豫見할 수 없는 外力(事由)으로 인하여 災害가 발생한 때에는 不可抗力에 의한 것으로 免責된다고 본다.²³⁾

따라서 營造物의 物的 缺陷으로 인하여 利用者에게 損害가 發生한 경우, 國家 또는 地方自治團體는 그 損害의 發生이 不可抗力에 의한 것이라는 被害者의 通常 利用方法을 逸脫한 行爲에 의한 것이라는 事情을 立證할 수 없는 한 賠償責任을 負擔하게 되는 것이다.²⁴⁾²⁵⁾

이 견해는 우리나라의 通說의 見解이고 또한 종래의 判例의 態度이다.

나. 主觀說(安全確保義務違反說)²⁶⁾

國家賠償法 第5條의 國家 또는 地方自治團體의 賠償責任은 순수한 結果責任 또는 絕對的 無過失責任이 아니라 적어도 瑕疵의 存在를 要件으로 하고 있다는 점에서 그 瑕疵發生에 있어서는 管理者에게 어떠한 의미에서든지 主觀的 歸責事由가 존재하여야 한다는 이유로 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵를 管理者의 營造物에 대한 安全確保義務 내지 事故防止義務違反에 기인하는 物的 危險狀態로 보는 見解로서, 國家賠償法 第5條의 瑕疵가 內包하는 過失을 公務員 個人的 主觀的인 意味에서의 過失이 아니라 設置 또는 管理者의 客觀化된 注意義務의 違反이라고 한다.²⁷⁾ 왜냐하면 國家賠償法 第5條의 營造物의 「設置 또는 管理의 瑕疵」는 法文上 管理者의 安全確保義務 내지 事故防止義務의 違反으로 解釋하는 것이 적당하고, 理論上으로도 義務違反을 歸責事由로 하여 不法行爲를 묻는 것이 타당하며, 또한 營造物의

23) 洪井善, 前掲書, 485면.

24) 千炳泰, 前掲論文, 191면.

25) 이러한 意味에서 客觀說을 택할 경우, 특히 道路事故와 같은 경우에는 損害額이 매우 크기 때문에 國家·地方自治團體 등의 管理者측은 道路保險加入 등의 對應策을 강구하게 되는데, 이것은 國家賠償法 第5條가 管理者측의 不法行爲責任을 추궁하기 보다는 營造物의 利用者가 利用에 따르는 危險을 國家 또는 地方自治團體가 연대하여 전보하는 社會保障의 意味를 가진 이른바 「不法行爲의 形式을 빌린 社會保險」으로서의 機能을 한다는 점에서 그 意義가 있다(同旨, 千炳泰, 前掲論文, 191면).

26) 大判 1971.8.31., 71다1331; 大判 1992.9.14., 92다3243.

27) 姜求哲, 前掲書, 667면; 金東熙, 前掲論文, 58~59면.

管理瑕疵를 安全確保義務違反으로 統一的으로 解釋하여 歸責事由를 管理者의 客觀化된 注意義務違反에서 찾는 것이 同條의 適用範圍를 合理的으로 限定할 수 있기 때문이라고 한다.²⁸⁾

따라서 이 경우에는 「公共의 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵」를 “管理者의 客觀化된 安全確保義務違反으로 인하여 생긴 公物의 物的 危險狀態의 放置”로 理解하게 되는데, 瑕疵의 立證責任은 原告인 被害者가 負擔하게 되고, 過失의 立證責任에는 一應推定の 法理가 적용되므로 被害者가 營造物 때문에 損害를 입었음을 立證하기만 하면 瑕疵가 있는 것으로 보아야 한다고 한다.

다. 折衷說

營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵는 營造物 自體의 客觀的 瑕疵 뿐만 아니라 管理義務의 違反이라는 人的 要素도 고려해야 한다는 見解이다. 즉, 營造物의 物的 缺陷狀態이외에 별도로 營造物 管理者의 管理行爲의 誤認까지도 管理의 瑕疵에 追加하여 國家賠償法 第5條를 解釋하려는 見解로서, 水門의 管理者가 閉門을 잊어버리고 歸家함으로써 隣近住民에게 水害를 끼쳤든가, 河川管理者의 危險河川 改修소홀로 堤防이 무너져 隣近住民에게 끼친 損害 및 道路管理者가 山沙汰를 豫見하지 못하여 道路通行禁止 등의 措置를 취하지 않았음으로 인하여 發生한 損害 등을 그 例로서 예시할 수 있다고 한다. 따라서 이러한 折衷說에 따르면 營造物의 設置·管理上의 瑕疵에 의한 損害는 그 營造物 自體의 物的 缺陷에 의하든 管理行爲의 瑕疵에 의하든 國家賠償法 第5條에 의한 解決可能性이 그 만큼 커진다고 할 수 있다.²⁹⁾

라. 結 言

國家賠償法 第5條의 規定上 表現方式은 主觀說에 입각한 것으로 보여 일

28) 千炳泰, 前掲論文, 193면.

29) 千炳泰, 前掲論文, 192면. 그러나 우리나라의 경우, 折衷說의 타당성을 認定하는 見解는 보이니(金東熙, 前掲論文, 56면) 實質的으로 折衷說을 취하고 있는 學者는 보이지 않는다.

용 主觀說의 論理도 妥當성이 인정되지만, 同法 第2條와 관련하여 解釋할 경우에 客觀說을 취함으로써 無過失責任이 認定되어 보다 두텁게 被害者救濟를 保障할 수 있으므로 客觀說이 타당하다고 생각된다.³⁰⁾ 따라서 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵는 營造物이 通常 갖추어야 할 安全性을 缺如하여 他人에게 損害를 미칠 危險성이 있는 狀態로 理解하여야 하고, 이러한 營造物이 通常 갖추어야 할 安全性의 判斷은 당해 營造物의 構造·用法·場所의 環境 및 利用狀況 등의 諸般事情을 綜合적으로 고려하여 個別的·具體적으로 判斷하여야 한다.

(나) 免責事由(不可抗力)

營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵를 營造物이 通常 갖추어야 할 安全性을 缺如하여 他人에게 損害를 미칠 危險성이 있는 狀態로 理解할 경우, 營造物이 通常 갖추어야 할 安全性을 具備하였음에도 불구하고 豫見할 수 없는 外力(事由)으로 인하여 損害가 발생한 때에는 不可抗力에 의한 것으로서 營造物의 設置·管理者는 免責되지 않을 수 없다.³¹⁾

즉, 國家賠償法 第5條에 의한 國家 또는 地方自治團體의 賠償責任은 瑕疵가 營造物의 設置 또는 管理上의 不完全에 있는 것이므로, 瑕疵의 發生이 豫測을 超過한 現象(不可抗力)일 경우에는 그 責任을 물을 수 없는 것이다.³²⁾ 그러나 不可抗力이 무엇이냐 하는 점에 대하여는 定說이 없지만 一般적으로 地震 등의 自然現象이나 人間의 能力限界를 超越하여 發生한 것을 의미한다.³³⁾

따라서 一般적으로 營造物의 管理者에 의한 不可抗力의 抗辯은 營造物의 設置 또는 管理에 瑕疵가 없었다는 것, 즉 責任阻却事由로 主張되는데, 그 內容으로서는 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵로 인한 損害發生에 대하여 豫見可能性이 없었다는 것과 社會·經濟적으로 結果回避可能性이 없었다는 것이 學論되고 있다.

30) 同旨. 洪井善, 前掲書, 485면.

31) 金東熙, 前掲論文, 60면; 洪井善, 前掲書, 485면.

32) 千炳泰, 前掲論文, 196면.

33) 姜昌雄, 前掲論文, 628면.

不可抗力의 問題에 관하여 言及한 代表的인 우리나라의 大法院 判例³⁴⁾를 살펴보면, 同判決은 「營造物設置의 瑕疵의 有無는 客觀的 見地에서 본 安全性의 問題이고, 財政事情이나 使用目的에 의한 事情은 安全性을 요구하는데 대한 程度問題로서의 참작사유에 해당할 뿐 安全性을 결정짓는 절대적 요건에는 해당하지 아니한다. …… 本件事故가 不可抗力으로 인한 것으로 認定하려면 ①原審으로서는 마땅히 本件兵舍를 山沙汰의 危險性이 있는 山에서 떨어진 場所에 設置하지 아니하고 山에서 8미터밖에 떨어져 있지 아니한 場所에 設置하지 아니하면 안될 事情이 있었는가의 여부, ②그러한 事情이 있었다면 그러한 地點에 兵舍를 設置하려면 어느 정도의 견고성이 있는 兵舍를 지어야 할 것인가의 여부, ③또 本件山沙汰는 보통 豫見할 수 없는 이례적인 暴雨로 인한 것으로 被告가 豫見할 수 없었는가의 여부, ④本件兵舍를 견고한 자재로 建築하였다 하더라도 不可避하였는가의 여부 등의 事情에 관하여 더 알아 보았어야 할 것이다」라고 判示하여 不可抗力의 內容을 밝히고 있다. 同判決이 說示한 理由를 不可抗力의 內容에 따라 分說하면, 다음과 같다.

가. 豫見可能性

同判決은 ③에서 豫見可能性에 대하여 說示함으로써 不可抗力의 一內容으로서 認定하고 있다. 그러나 그 內容에 있어서는 具體的인 言及이 없는데, 이러한 自然現象으로 인한 營造物管理의 瑕疵有無에 대한 豫見可能性을 判斷하는 경우에는 事故發生地點에 局限시키지 말고 營造物 全般에 관한 危險狀況 및 管理狀況, 그리고 그 당시의 科學的 知識 등을 고려하여 判斷하여야 한다.³⁵⁾

나. 結果回避可能性

結果回避可能性과 관련하여는 「豫算制約」과 「技術制約」問題가 舉論되는데, 同判決도 이에 대하여 說示하고 있다.

34) 大判 1967.2.21., 66다1723.

35) 姜昌雄, 前掲論文, 632~633면.

(a) 豫算制約論

同判決은 「財政事情이나 使用目的에 의한 事情은 安全性을 요구하는데 대한 程度問題로서의 참작사유에 해당할 뿐 安全性을 결정짓는 절대적 요건에는 해당하지 아니한다」라고 判示하여 管理者의 豫算制約의 抗辯을 排斥하고 있다. 이에 대하여 우리나라의 通說도 同判決과 같은 趣旨로 豫算制約의 抗辯은 不可抗力의 一內容으로서 認定하지 않고 있다.³⁶⁾

(b) 技術制約論

同判決의 ①·②·④의 理由說示는 技術制約의 抗辯事由에 해당한다. 즉, ①의 경우에 「本件兵舍를 山沙汰의 危險性이 있는 山에서 떨어진 場所에 設置하지 아니하고 山에서 8미터밖에 떨어져 있지 아니한 場所에 設置하지 아니하면 안될 事情이 있었는가의 여부」는 技術的으로 損害發生의 豫見可能性은 있었지만 軍事戰略上 그곳에 設置하지 아니하면 안될 事實上的의 制約이 있었으므로 結果回避可能性이 없었다고 하여 責任阻却事由가 될 수 있다는 것을 의미하며, ④의 경우에도 이와 동일한 의미로 새길 수 있을 것이다. ②의 경우, 「그러한 事情이 있었다면 그러한 地點에 兵舍를 設置하려면 어느 정도의 견고성이 있는 兵舍를 지어야 할 것인가의 여부」는 그 당시 科學技術의 最高水準에 의거하여 견고한 兵舍를 지었다고 하더라도 災害가 發生하였다면 그것은 結果回避可能性이 없다고 하여 免責事由가 될 수 있다는 의미가 되므로 이것은 純技術的의 抗辯事由로 볼 수 있다.³⁷⁾

따라서 同判決은 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵에 대한 管理者의 社會的·經濟的 結果回避不能原因으로서 豫算制約의 抗辯은 排斥하면서 技術制約의 抗辯事由는 不可抗力의 一內容으로 認定하고 있다고 볼 수 있다.

(3) 他人에 대한 損害의 發生

國家賠償法 第5條에 의한 國家賠償은 營造物의 設置 또는 管理의 瑕疵로

36) 金東熙, 前掲論文, 61면; 千炳泰, 前掲論文, 197면.

37) 姜昌雄, 前掲論文, 633~634면.

인하여 他人에게 損害가 發生하여야 하며, 그 瑕疵와 損害 사이에는 相當因果關係가 成立하여야 한다.

따라서 瑕疵와 損害發生間에 相當因果關係가 성립하는 한, 自然現象 또는 제3자나 被害者의 行爲가 그 損害의 原因으로 加勢되었더라도 國家 또는 地方自治團體의 賠償責任은 成立한다.³⁸⁾ 다만, 不可抗力의 事由에 의한 損害發生의 경우에는 相當因果關係가 認定되지 않으므로 國家 등의 賠償責任은 성립되지 않는다.

瑕疵와 損害發生間에 相當因果關係가 있었음을 立證할 責任은 原告(被害者)에게 있다. 그러나 一般的으로 專門的 知識과 財力이 약한 被害者에게 이러한 立證原則을 固守할 경우에 賠償責任의 成立 내지 權利救濟가 어려울 可能性이 있음에 유의하여야 한다.³⁹⁾ 이 경우, 損害賠償의 範圍는 國家 賠償法 第2條와 마찬가지로 財政的·精神的 損害 또는 積極的·消極的 損害 등이 모두 포함된다.

3. 賠償責任者와 求償權

(1) 賠償責任者

國家賠償法 第5條의 賠償責任要件을 갖추면 國家 또는 地方自治團體는 賠償責任을 負擔한다. 그리고 營造物의 設置 또는 管理를 맡은 者와 營造物의 設置 또는 管理의 費用을 負擔하는 者가 동일하지 아니한 경우에는 그 費用을 負擔하는 者도 損害를 賠償하여야 한다(同法 第6條1項).

따라서 被害者는 이 경우에 管理者와 費用負擔者중에서 選擇的으로 請求權을 行使할 수 있고, 損害를 賠償한 者는 내부관계에서 그 損害를 賠償할 責任이 있는 者에게 求償할 수 있다(同法 第6條2項). 이와 같이 被害者에게 選擇的 請求權을 인정한 이유는 權利救濟의 便宜를 도모하기 위함이다.⁴⁰⁾

38) 石琮顯, 前掲書, 625면; 朴鈞炳, 最新 行政法講義(上), 1990, 694면; 姜求哲, 前掲書, 667~668면; 千炳泰, 前掲論文, 196면.

39) 金元主, 公共의 營造物의 設置·管理의 瑕疵로 인한 損害의 賠償, 月刊考試(1986. 3), 46면.

40) 姜求哲, 前掲書, 668면.

(2) 原因責任者에 대한 求償

國家 또는 地方自治團體가 損害를 賠償한 경우, 損害의 原因에 대하여 責任을 질 者가 따로 있을 때에는 國家 또는 地方自治團體가 그 者에 대하여 求償할 수 있다.

여기서 原因에 대하여 責任을 질 者는 營造物의 設置 또는 管理를 擔當하는 者나 管理業務를 擔當하는 公務員이 될 것이다.⁴¹⁾ 다만, 同法 第2條와 均衡을 고려하여 故意 또는 重過失이 있는 경우에 한하여 責任이 認定되고, 輕過失의 경우에는 責任이 認定되지 않는다고 할 것이다.⁴²⁾

Ⅲ. 河川水害訴訟에 있어서 管理瑕疵의 判斷

國家賠償法 第5條의 '營造物' 概念에는 앞에서 言及한 것처럼 人工公物과 自然公物이 모두 포함된다. 그러나 自然公物로서의 河川은 그 자체 또는 그 管理에 있어서 道路 등의 人工公物에 비하여 여러가지 特質이나 制約이 認定될 수 있으므로 瑕疵의 判斷에 있어서 一般的으로 認定되는 「營造物責任의 3原則」⁴³⁾이 그대로 適用될 수 있는가라는 문제가 제기된다. 즉, 河川水害에 대한 瑕疵의 判斷에 있어서는 河川管理瑕疵를 道路 등의 營造物과 동일하게 取扱할 것인가 아니면 다른 判斷基準에 의할 것인가, 만약 다른 判斷基準에 의한다면 河川管理의 特質 및 諸制約을 어느 정도 認定하여야 하는가 하는 문제가 제기되는 것이다.

이에 대하여 우리나라의 경우는 瑕疵의 判斷에 있어서 人工公物은 一般的으로 道路·公園·學校 등과 같이 주로 國民에 대한 便益提供施設이므로

41) 洪井善, 前掲書, 486면.

42) 姜求哲, 前掲書, 669면.

43) 國家賠償法 第5條의 賠償責任은 ①營造物이 通常의 安全性을 缺如한 것에 대한 物的 狀態責任이며, ②營造物 管理者의 過失의 有無를 가리지 않는 無過失責任이고, ③財政制約 등은 免責事由가 되지 아니한다는 것을 一般的으로 「營造物責任의 3原則」이라고 한다(金東熙, 前掲論文, 62~63면).

그 자체에 대한 安全性의 與否가 問題로 되는 것에 반하여 河川 등의 自然公物은 自然物 그 자체의 安全性을 논하는 것이 不可能하기 때문에 自然公物이 초래하게 될 危險을 防止하기 위한 危險防止施設에 대한 安全性의 與否가 問題로 되고,⁴⁴⁾ 道路 등의 人工公物은 원칙적으로 완전한 物的 施設이 구비된 후에 公共用에 제공되는 것에 반하여 河川은 自然狀態로 公共의 使用에 提供되어 그 安全性의 確保는 그 管理開始 이후에 점차적으로 수행될 수 밖에 없기 때문에 事後的으로 具備되어야 한다⁴⁵⁾는 점에서 河川 등의 自然公物과 人工公物의 差異를 認定하고 있다.

따라서 이하에서는 河川水害에 대한 管理瑕疵의 判斷基準을 도출하기 위하여 먼저 河川管理瑕疵의 判斷基準을 둘러싼 日本의 主要 最高裁判所의 判決을 分析한 후, 우리나라의 世稱 ‘望遠洞集團水害事件’에 관한 서울民事地法 第14部 84가합5010判決을 檢討하고자 한다.

1. 河川管理瑕疵의 判斷基準에 관한 日本의 判例⁴⁶⁾

(1) 大東最高裁判決⁴⁷⁾

(가) 大東最高裁判決의 瑕疵判斷基準

大東最高裁判決은 河川管理瑕疵에 대하여 2개의 判斷基準을 提示하고 있는데, ①一般的 基準으로서 「過去에 발생한 水害의 規模·發生의 頻度·發

44) 千炳泰, 前掲論文, 190면.

45) 金東熙, 前掲論文, 64면.

46) 河川管理責任을 둘러싼 日本의 判例推移에 대한 자세한 內容은 「河村吉晁, 前掲論文, 4~11면」을 參照. 本稿에서는 紙面の 制限으로 인하여 主要 最高裁判所 判決만을 다룰 수 밖에 없기 때문에 日本의 最高裁判所 判決로서 最初로 河川管理瑕疵에 대하여 判斷基準을 正립하고, 이후 하급심판결에 지대한 영향을 미친 大東最高裁判決 以前 時期의 判例推移에 대하여 河村吉晁의 論文(4~7면)에 根據하여 간략히 요약하면 그 내용은 다음과 같다.

(1) 1965년 이전 : 營造物의 設置·管理瑕疵에 대한 一般的 意義 및 判斷基準으로서 指導的 位置를 점하는 判例는 드물었고, 또한 河川管理瑕疵에 대하여 특별히 논의하였던 判例도 드물다.

生原因·被害의 性質·降雨狀況·流域의 地形 기타의 自然的 條件·土地의 利用狀況 기타의 社會的 條件·改修를 요하는 緊急性의 有無 및 그 程度 등 諸般事情을 綜合的으로 고려하고, 이러한 諸制約下에서 同種·同規模의 河川에 대한 河川管理의 一般的 水準 및 社會通念에 비추어 認定될 수 있는 安全性을 具備하고 있다고 認定할 수 있는지 없는지의 與否를 基準으로 하여 判斷하여야 한다」고 하고, ②具體的으로 改修中河川에 限定한 基準으로서 「이미 改修計劃이 설정되어 있고, 이것에 根據하여 현재 改修中인 河川에 대하여 同計劃이 앞의 觀點에서 全體的으로 보아 특별히 不合理하다고 認定되지 않는 경우에는 그후 事情의 變動에 따라 當該 河川의 未改修部分으로 인한 水害發生의 危險性이 특히 현저하고, 당초의 計劃期間을 調整하거나 工事順序를 變更하는 등으로 早期의 改修工事を 施行하지 않으면 안된다고 認定해야 할 특별한 事由가 發生하지 않는 한, 未改修部分에 대한 改修가 미리 행해지지 않았다는 理由로 河川管理의 瑕疵를 認定할 수 없다」고 判示한다.⁴⁸⁾

(나) 大東最高裁判決의 瑕疵判斷基準에 대한 檢討

日本の 國家賠償法 第2條의 瑕疵를 「通常 具備해야 할 安全性의 缺如」로 정의하고, 또한 그 瑕疵의 有無는 諸般事情을 綜合的으로 고려하여 個別·

(2) 1965년 후반~1984년(大東最高裁判決) : 1965년 후반에 접어들면서 河川管理瑕疵에 대한 논의가 본격적으로 시작되었는데, 이 당시는 河川管理瑕疵의 判斷에 있어서 道路 등의 人工公物과 성질상의 차이점 및 관리상의 제제약을 고려하여 비교적 制限的인 基準을 채택한 判例와 양자간의 根本적 差異를 否定한 判例로 양분되고 있었다.

①河川管理瑕疵를 道路 등의 人工公物과 달리 제한적으로 判斷한 判例 : 加治川水害에 대한 新潟地裁 判決(1975.7.12), 東京高裁 判決(1975.10.21), 最高裁一小 判決(1978.3.30) 등

②河川管理瑕疵를 道路 등의 人工公物과 동일한 기준으로 判斷한 判例 : 大東水害訴訟에 대한 大阪地裁 判決(1976.2.19), 多摩川水害訴訟에 대한 東京地裁 判決(1979.1.25), 大東水害訴訟의 抗訴審인 大阪高裁 判決(1977.12.20) 등

47) 最高裁判所一小法廷 昭和59.1.26 判決(民集38卷2號,53면).

48) 國井和郎, 河川管理瑕疵의 判斷基準 - 改修,未改修による 判斷基準의 相違 -, 法律의 ひろば Vol.44 No.3(1991.3), 19면.

具體적으로 判斷하여야 한다고 解釋하는 것이 종래 判例의 態度였다. 따라서 종래의 判例들은 모든 營造物에 대하여 일률적으로 嚴格한 責任을 認定하였고, 水害訴訟에 있어서도 일부의 例外를 제외한다면 대부분이 河川을 道路 등과 동일하게 取扱하고 있었다.

그러나 大東最高裁判決은 河川管理에 대하여 道路 등의 營造物管理와는 다른 特質·諸制約이 存在한다고 보아 瑕疵判斷을 할 때에 이러한 特質·諸制約을 고려하여 道路 등의 營造物에 대한 瑕疵判斷基準을 排除하고, 다른 觀點에서 取扱하고 있다.⁴⁹⁾

즉, 河川管理는 災害發生의 危險성을 내포한 河川을 對象으로 하고 있고, 通常 具備해야 할 安全性의 確保는 治水事業의 實施에 의해 그 達成이 당초부터 豫定되어 있으며, 財政的·技術的·社會的 制約을 동반하므로 「모든 河川에 대하여 通常 豫測되고, 또한 回避할 수 있는 水害를 미연에 防止하기 위해서는 충분한 治水施設을 完備함에 있어서 상당한 期間을 필요로 하고, 未改修河川 또는 改修不充分的 河川의 安全性으로서는 앞의 諸制約下에서 一般的으로 施行된 治水事業에 의한 河川의 改修·整備의 過程에 대응하는 소위 過度的 安全性을 가지어 충분하다」고 한다.

이것은 河川管理의 特質·諸制約을 一般論으로서 說明하면서 道路 등의 營造物과의 質的 差異를 강조하여 「通常 具備해야 할 安全性」을 河川의 경우에는 排斥하고, 安全性의 程度를 「過度的 安全性」으로 낮추었음을 意味한다. 즉, 이러한 安全性의 缺如는 명확하게 現저한 해태 등의 제한된 경우에 認定되므로 사실상 國家賠償法의 賠償責任成立을 봉쇄하고 있는 결과를 초래하고 있다.

따라서 大東最高裁判決의 判斷基準은 個別的·具體的 事案의 瑕疵判斷에 있어서 瑕疵가 認定되는 경우를 가능한 한 限定하고 있다고 볼 수 있는데, 이점에 대하여 日本의 學者들은 그 當否 및 射程範圍와 관련하여 論議하고 있다. 특히, 이러한 判斷基準의 適用範圍(射程範圍)와 관련하여 「① 未改修 또는 改修不充分的 河川의 氾濫型水害에는 適用되지만 改修完了河川의 경우에는 適用되지 않는다는 多數의 見解, ②改修完了河川도 일정한 경우에는 適用된다는 見解, ③未改修 또는 改修完了河川을 불문하고 河道

49) 國井和郎, 改修河川의 管理責任의 判斷基準, *ジュリスト* No.976(1991.4.1), 85면.

의 整備, 堤防 및 河川施設 등의 築造 등의 改善措置를 강구할 義務의 存在與否가 문제된 경우에는 適用되고, 築造된 堤防 등의 河川施設이 예정된 安全性을 缺하고 있는지의 與否 및 당해 施設의 내재적인 缺陷이 문제된 경우에는 適用되지 않는다고 하여 그 適用類型에 따라 그 適用範圍를 밝히려는 見解 등이 있다.⁵⁰⁾

(2) 多摩川最高裁判決^{51), 52)}

多摩川水害訴訟은 제1심에서 原告가 勝訴⁵³⁾하고, 제2심에서 抗訴人 被告가 勝訴⁵⁴⁾하였으며, 最高裁判所 第一小法廷에서 原 判決이 破棄還送되어 東京高等裁判所에서 1992년 12월 17일에 被抗訴人 原告가 勝訴한 事案이다. 따라서 이하에서는 東京高等裁判所의 破棄還送審도 아울러 檢討한다.

(가) 多摩川最高裁判決의 瑕疵判斷基準

本件은 工事實施基本計劃策定前 부터 許可工作物인 取水堤防이 河道內에 存在하였고, 工事實施基本計劃에 정하여진 計劃高水流量規模의 洪水에서 本件 堤防 및 堤防保護施設의 缺陷이 原因으로 되어 洪水가 高水敷地로

50) 자세한 내용은 「河村吉晃, 河川管理責任をめぐる判例の推移, 法律のひろば Vol.44 No.3(1991.3), 8면」을 參照.

51) 最高裁判所—小法廷 平成2.12.13 判決(民集44卷9號,1186면).

52) 多摩川水害最高裁判決을 檢討한 文獻으로는 「高橋利明, 多摩川水害訴訟の概要, 法律時報63卷4號(1991.3), 6~10면; 浦川道太郎, 多摩川水害訴訟最高裁判決의 分析, 法律時報63卷4號(1991.3), 11~14면; 芝池義一, 多摩川水害最高裁判決의 檢討, 法律時報63卷4號(1991.3), 32~34면; 池田恒男, 多摩川水害最高裁判決의 法的拘束力と先例價値, 法律時報63卷4號(1991.3), 39~43면; 安本典夫, 河川に關する 行政計劃と河川管理の瑕疵, 法律時報63卷4號(1991.3), 28~31면 등」을 參照.

또한 多摩川最高裁判決에 대하여 池田恒男 教授, 潮海一雄 教授, 浦川道太郎 教授, 芝池義一 教授, 甲斐道太郎 教授(사회), 高橋利明 辯護士, 澤井 裕 教授, 安本典夫 教授가 모여서 討論한 內容은 「法律時報63卷4號(1991.3), 15~27/35~38/44~48면」을 參照.

53) 東京地方裁判所 昭和54.1.25 判決.

54) 東京高等裁判所 昭和62.8.31 判決.

逆流하고, 재차 破堤에 이르른 事案이다.⁵⁵⁾

多摩川最高裁判決은 동 사안의 瑕疵判斷에 있어서 大東最高裁判決의 一般的 基準을 援用하여 「本件 의 경우에도 適用된다」고 하면서 本件 河川部分은 「工事實施基本計劃에 準據하여 改修·整備가 된 河川과 동일하다」고 하고, 또한 本件과 같이 「工事實施基本計劃이 策定되어 있는 경우, 이러한 計劃에 準據하여 改修·整備되거나 新規의 改修·整備가 不必要하게 된 河川의 改修·整備의 段階에 대응하는 安全性은 同計劃에 정하여진 規模의 洪水에 있어서의 流水의 通常 作用으로 부터 豫測되는 災害의 發生을 防止하기 에 충분한 安全性을 말하는 것」이라고 설명하고, 다른 한편 「本件 災害發生 당시에 있어서의 예정된 洪水의 規模는 工事實施基本計劃에 정하여진 計劃 高水流量規模의 洪水」라고 判示하였다.

이에 대하여 第1審判決은 河川과 道路의 管理責任은 그 判斷에 있어서 質적인 差異가 없으므로 河川에 制限적인 判斷基準을 設定하여야 할 이유는 없다고 하면서 河川이 通常 具備해야 할 安全性을 「通常 豫測되는 洪水(計劃高水流量規模의 洪水)에서 이것을 安全하게 下流로 流河시키어 이러한 洪水에 의한 災害를 提内地住民에게 미치지 않도록 하는 安全한 構造의 具備」라고 判示⁵⁶⁾하였고, 第2審判決⁵⁷⁾은 工事實施基本計劃下에서 改修가 完了한 河川部分에도 浸透型의 破堤·河道破損에 의한 洗滌型의 破堤의 危險으로 부터 완전히 해방되어 있지 않으므로 計劃高水流量規模以下의 洪水에 대한 絶對的 安全性은 保障되어 있지 않고, 「이상적인 河川管理의 狀態가 實現되기 까지는 재차 많은 改修工事を 필요로 하는 것이며, 현 段階에서는 改修가 不充分한 河川에 해당하므로 그것이 具備해야 할 安全性은 諸制約下

55) 多摩川水害의 概要에 대하여는 「田中信義, 多摩川水害訴訟의 經緯と概要, 法律のひろば Vol.44 No.3(1991.3), 12~14면; 高橋利明, 多摩川水害訴訟의 概要, 法律時報63卷4號(1991.3), 6~10면 등」을 參照.

56) 田中信義, 前掲論文, 14면; 藤村和夫, 許可工作物(堰)의 瑕疵と河川管理責任, 法律のひろば Vol.44 No.3(1991.3), 29~30면.

57) 多摩川最高裁判決은 동일한 大東最高裁判決의 一般的 基準을 채택한 第2審判決을 認定하기 어렵다고 한다. 즉, 제2심 판결이 ①本件을 改修不充分한 河川으로 본 점, ②許可工作物과 河川管理施設을 同一하게 取扱한 점, ③「具體的·明白하게 豫測되는 경우」라는 基準을 定立한 점 등에 問題가 있기 때문이라고 한다.

에서 一般的으로 施行되어진 治水事業에 의한 河川의 改修·整備의 過程에 대응하는 過度的인 安全性을 가지어 충분하고, 河川管理瑕疵는 大東最高裁判決의 一般的 基準에 따라 判斷하여야 하므로 「許可工作物과 河川管理施設間의 瑕疵有無에 대하여 다른 基準을 設定할 實質的 根據는 없고, 본 건의 경우에 있어서 「本件 災害前에 그 現狀을 放置하면 提内地의 災害發生이 具體的·明白하게 豫測될 수 있는 특별한 事情을 요한다」고 判示⁵⁸⁾하였다.

(나) 多摩川最高裁判決의 瑕疵判斷基準에 대한 檢討

가. 改修完了河川의 判斷基準

多摩川最高裁判決은 一般的 基準의 前提로서 「河川이 具備해야 할 安全性은 一般的으로 施行되어진 治水事業의 過程에 있어서의 河川의 改修·整備의 段階에 대응하는 安全性을 가지어 충분하다」고 判示하고 있는데, 이것은 瑕疵의 一般論에 관한 確定判決과 관련이 있을 뿐만 아니라 「改修·整備의 段階에 대응하는 安全性」을 개입시킴으로써 改修完了部分의 基準에도 관련되고 있다. 그러나 大東最高裁判決의 一般的 基準으로서는 동 판례의 문장상 改修完了의 具體的 基準을 도출하여 改修完了와 部分的 完了를 동일하게 취급하고, 또한 本件을 改修完了와 동일하게 취급하는 것은 거의 不可能하다.

여기에서 多摩川最高裁判決의 判斷基準은 大東最高裁判決의 一般的 基準을 準據하면서 그 基準의 軌道를 修正한 것이라고 할 수 있다. 즉, 多摩川最高裁判決은 判斷基準을 定立함에 있어서 大東最高裁判決의 一般的 基準을 취하면서 未改修·改修不完全의 限定 및 過度的 安全性을 취하지 않고, 또한 河川管理의 特質·諸制約을 특별히 강조하지도 않았다. 이 점에서 多摩川最高裁判決의 判斷基準은 河川管理의 特質·諸制約을 相對化시켰다고 할 수 있다. 이러한 相對化는 許可工作物에 관한 判斷에서 확실하게 認識될 수 있을 것이다. 그러나 多摩川最高裁判決이 정립한 새로운 判斷基準이 河川을 道路 등과 완전히 동일하게 처리하는 것으로 복귀하였다는 것을

58) 田中信義, 前掲論文, 14~15면; 藤村和夫, 前掲論文, 30~32면.

意味하지는 않는다.⁵⁹⁾

나. 改修中·改修完了의 判斷基準

多摩川最高裁判決의 判斷基準에 의하여 改修中·改修完了라는 새로운 2유형의 基準이 나타나게 되었다. 改修中河川에 대하여 大東最高裁判決·加治川最高裁判決⁶⁰⁾의 基準에 의하면 그 瑕疵判斷은 「河川管理의 一般的水準 및 社會通念」에 의하게 되고, 「改修計劃의 不合理性」·「特別한 事由」는 그 立證을 요하게 되며, 計劃達成의 遲滯 등에 合理的인 理由가 存在하면 無責으로 判斷하게 된다. 따라서 工事計劃의 策定과 工事의 實施 등은 管理者의 專門的·技術的인 裁量의 問題이므로 이러한 基準에 따를 경우에는 그 瑕疵의 立證이 매우 어렵게 된다.⁶¹⁾

이에 대하여 多摩川最高裁判決의 基準에 의하면 改修完了·改修完了部分의 基準은 「工事實施基本計劃에 정하여진 規模의 洪水에 있어서의 流水의 通常作用으로 부터 豫測되는 災害發生을 防止하기에 충분한 安全性」으로 되기 때문에 「計劃高水流量規模의 洪水」로 부터 당해 水害의 危險을 通常 豫測할 수 있는 경우에는 瑕疵를 認定할 수 있다. 뿐만 아니라 이러한 安全性은 河川의 客觀的 狀態를 基準으로 하므로 그 證明對象의 具體性도 認定된다. 따라서 改修中河川에 대한 大東最高裁判決 등의 基準과 比較할 경우에 그 立證이 용이하고, 責任成立의 可能性도 대단히 크다고 할 수 있다. 또한 이 기준은 「河川管理의 特質로 부터 고려하면 改修·整備가 된 河川은 그 改修·整備가 된 段階에서 豫定된 洪水를 基準으로 당시의 防災技術의 水準에 비추어 通常 豫測되고, 또한 回避할 수 있는 水害를 미연에 防止하기에 충분한 安全性을 具備하여야 한다」라는 규범적 평가태도를 定立 根據로 하고 있으므로 그 判斷은 규범적 평가를 내포하고 있다.

59) 國井和郎, 改修河川의 管理責任의 判斷基準, *ジュリスト* No.976(1991.4.1), 88면.

60) 最高裁判所 昭和60.3.28 判決(民集39卷2號, 333면).

61) 大東水害와 多摩川水害의 差異點으로서 河川管理者의 責任成立與否와 관련하여 「大東水害」는 氾濫型의 改修中河川이므로 管理者의 責任을 肯定하기 어려운 事例이지만, 「多摩川水害」는 破堤型의 改修完了河川이므로 管理者의 責任을 肯定하기가 비교적 容易한 事例라고 主張하는 見解도 있다(綿貫芳源, 河川管理의 瑕疵に關する 行政上의 責任, *法律のひろば* Vol.44 No.3(1991.3), 41면).

이러한 兩基準은 一般的 基準을 個別化·具體化한 것으로서 논리상으로는 矛盾이 없지만, 실제로는 判斷對象의 內容·程度 및 基準定立의 評價時點 등에 있어서 현저한 차이를 보이므로 그 程度問題를 초월하여 완전히 다른 것이라고 할 수 있다.⁶²⁾

즉, 양기준은 改修中·改修完了河川에 대한 判斷에 있어서 현저한 차이를 나타내고 있으며, 특히 大東最高裁判決의 判決文章으로서의 改修完了部分의 河川과 改修完了河川을 동일하게 解釋하기 어렵다고 생각된다. 아울러 多摩川最高裁判決의 判斷基準에 의하면 改修中河川에 있어서도 그 段階에서 豫定되는 洪水에 대하여는 동 판결의 안전성을 基準으로 적용할 수 있다고 할 것이다.

다. 具體的인 瑕疵判斷

多摩川最高裁判決은 河川의 客觀的 狀態를 判斷基準으로 하고 있다. 즉, 多摩川最高裁判決은 安全性에 대하여 「工事實施基本計劃規模의 洪水에 있어서의 流水의 通常 作用으로 부터 豫測되는 災害의 發生防止에 충분한 安全性」을 말한다고 하고, 아울러 「流水의 通常 作用」을 기초로 災害發生의 豫見可能性을 제시하고 있다. 또한 동 판결은 豫見可能性에 대하여 당해 災害發生의 危險이 「당해 改修·整備後에 發生한 河川 및 流域의 環境變化, 河川工學의 知識擴大, 또는 防災技術의 向上 등에 의하여 그 豫測이 可能하게 된 경우」에는 一般的 基準이 제시한 「諸事情 및 諸制約을 당해 事案에 따라 고려하고, 그 危險豫測이 可能하게 된 시점부터 당해 水害의 발생 시점까지 豫測될 수 있는 危險에 대한 對策을 강구하지 않았음이 河川管理의 瑕疵에 해당하는지」를 判斷하여야 한다고 하여 엄격한 構造를 설정하여 河川管理의 特質·諸制約을 그것에 모아두고 있다.

또한 동 판결은 改修完了部分의 判斷基準에 대하여 「工事實施基本計劃에 정하여진 計劃高水流量規模의 洪水」정도의 流水의 通常 作用에 의하여 「破堤가 發生한 것임에 대한 危險을 豫測할 수 있었는지」, 만약 이것이 긍정된다면 「諸制約을 고려하여도」, 또한 「事故防止措置를 적절하게 강구하지 않았음」에 의하여 一般基準에서 말한 安全性을 결하고 있는지를 사안에 따라

62) 國井和郎, 改修河川の管理責任の判斷基準, ジュリスト No.976(1991.4.1), 88면.

具體적으로 판단하여야 한다고 한다.

따라서 多摩川最高裁判決은 瑕疵에 대하여 諸般事情을 綜合적으로 고려하여 個別的·具體적인 判斷을 내리고, 營造物에 대하여 他人에게 損害를 미칠 危險性이 있으며, 그 危險性은 管理者의 입장에서 豫見可能하고 또한 回避可能한지에 의하여 瑕疵有無를 결정하고 있다. 이러한 多摩川最高裁判決은 具體적인 瑕疵判斷에 있어서 中전의 判例理論을 수용하고 있다. 다만, 河川管理의 特質·諸制約을 考慮함에 있어서 大東最高裁判決처럼 일률적으로 절대하지 않고, 상대적으로 理解하여 豫見可能性 및 回避可能性의 判斷에 있어서 참작하고 있다.⁶³⁾

(다) 東京高等裁判所 破棄還送審 判決⁶⁴⁾

가. 河川管理瑕疵에 대한 一般的 判斷基準

본 판결은 多摩川最高裁判決이 大東最高裁判決의 一般的 判斷基準을 타당하다고 한 것을 수용하여 「河川의 管理에 대한 瑕疵의 有無는 過去에 發生한 水害의 規模·發生의 頻度·發生原因·被害의 性質·降雨狀況·流域의 地形 기타 自然的 條件·土地의 利用狀況 기타의 社會的 條件·改修를 요하는 緊急性的 有無 및 그 程度 등 제반의 사정을 종합적으로 고려하여 河川管理에 있어서의 財政的·技術的 및 社會的 諸制約下에서의 동종·동규모의 河川管理의 一般의 水準 및 社會的 通念에 비추어 認定할 수 있는 安全性을 具備하고 있다고 인정할 수 있는지, 어떤지를 基準으로 하여 判斷하여야 한다고 이해하는 것이 상당하다」라고 判示하였다.

나. 河川管理瑕疵에 대한 個別的·具體的 判斷基準

본 판결은 河川管理瑕疵의 判斷問題로서 재해가 발생한 경우의 堤防 및 堤防保護施設에 대한 安全性, 豫見可能性 및 結果回避可能性을 중심으로 다루고 있다.

63) 國井和郎, 改修河川의 管理責任의 判斷基準, *ジュリスト* No.976(1991.4.1), 88면.

64) 東京高等裁判所 平成4.12.17 判決(下山瑛二, 多摩川水害東京高裁(差戻控訴審)判決의 論點, *ジュリスト* No.1020(1993.4.1), 35~41면).

(a) 安全性

① 構造令案에 대한 評價

본 판결은 建設省이 河川管理의 指針으로서 安全基準을 成文化한 構造令 第8次案을 「당시 河川工學의 一般的 技術水準을 表示한 것으로 생각하여도 좋다」고 하여 安全性 判斷의 一要素로서 파악하였다. 이에 대하여 抗訴人은 「構造令 및 構造令案은 주로 新築 내지 改築의 基準이라고 하고, 또한 構造令案은 이미 確立된 技術基準을 표시한 것이 아니라 극히 先進的·實驗的인 技術基準을 표시하여 작성한 것」이라고 주장하였다.

본 판결이 構造令案을 安全性 判斷의 一要素로 평가한 점은 주목할 價値가 있다고 생각된다.⁶⁵⁾

② 計劃高水流量에 대한 評價

多摩川最高裁判決의 檢討指示에 따라 본 판결은 構造令案중의 計劃高水流量과 관련하여 安全性을 評價하였다. 즉, 본 판결은 본건 堤防保護施設의 形式 및 構造는 計劃高水流量을 下回하는 洪水에서 조차 견고하지 않아 그 安全度에 문제가 있고, 또한 本件 재해 당시의 一般的 技術水準에도 적합하지 않기 때문에 그 安全性을 높이기 위한 改善措置의 餘地가 있다고 判斷하였다.

(b) 豫見可能性

본 판결은 豫見可能性에 관하여 豫見可能性의 程度·內容, 본건 재해시에 있어서 豫見可能性의 有無, 抗訴人의 主張·意見書에 대하여 評價를 하고 있다.⁶⁶⁾

① 豫見可能性의 程度·內容에 대한 評價

본 판결은 災害發生의 危險을 구체적으로 豫知·豫見하는 것과 재해의 자연적 발생원인을 과학적으로 해명하는 것은 지극히 곤란하며, 또한 이러

65) 下山瑛二, 前掲論文, 37면.

66) 下山瑛二, 前掲論文, 38면.

한 재해를 自然科學的으로 완전히 解明할 수 없다면 河川管理者가 적합한 防災上의 措置를 취할 수 없기 때문에 災害發生의 구체적인 豫知·豫見과 구체적인 原因의 認識은 필요하지 않다고 判示하였다.

② 본건 재해에 있어서 豫見可能性의 有無에 대한 評價

본 판결은 본건 재해에 있어서 豫見可能性의 有無와 관련하여 過去의 被災例를 檢討하고, 그 可能性을 肯定하였다. 즉, 본 판결은 과거의 被災例로서 上流堤防의 1947년 재해·原堤防의 1958년 재해·동 1962년 재해 등을 檢討하고, 그 당시의 河川工學 내지 防災技術上의 水準을 함께 고려한다면 본건 재해 당시의 危險을 豫見할 수 있다고 判示하였다.

③ 抗訴人의 主張·意見書에 대한 評價

抗訴人의 主張·意見書의 내용중 「固結스레트층」의 존재에 대한 評價를 살펴보면, 抗訴人은 「固結스레트층」의 존재가 본건 재해발생의 중요한 要因이라는 사실은 이미 調査委員會의 調査結果에서 判명된 사실이고, 또한 이것을 一般的 知識으로서 意識할 수 없는 것이므로 본건 災害 이전에 그것을 豫見한다는 것은 不可能하다고 주장하였다. 이에 대하여 본 판결은 豫見할 수 없는 것은 아니고, 또한 「固結스레트층」의 存在는 堤防의 침식작용을 조장하는 것에 불과하다고 判示하여 抗訴人의 主張을 排斥하였다.

(c) 結果回避可能性⁶⁷⁾

① 改修를 요하는 緊急性의 有無 및 程度

河川管理者의 입장에서는 下流海溢區間 및 上流無堤防部分의 堤防築造를 추진하는 것이 가장 중요하고 긴급한 과제였다는 抗訴人의 주장에 대하여 본 판결은 「그것이 중요한 과제였다고 할지라도 본건 堤防 등의 改修工事を 하지 않고 放置하여도 좋더라는 합리적 이유를 인정할 수 없기 때문에 본건 改修工事的 實施가 不可能하였다고는 말할 수 없다」고 判示하였다.

67) 結果回避可能性에 대하여 抗訴人은 여러 意見を 제시하였으나 여기에서는 중요한 몇 가지만을 檢討한다.

② 사전에 危險을 回避하기 위한 措置와 그 實現의 困難性

抗訴人は本件 河川部分의 危險性을 사전에 除去하기 위해서는 堤防을 전면 改築하여야 하는데, 이 경우의 소요비용은 종래 多摩川改修費의 약 27년분에 상당하기 때문에 본건 재해시까지 완전히 實現한다는 것은 도저히 不可能하다고 주장하였다.

이러한 주장에 대하여 본 판결은 「본건 河川部分의 危險性을 除去하기 위한 對策으로서 본건 堤防의 保護施設을 強化함과 아울러 본건 堤防의 固定部分 이하로 流水의 流通을 좋게 하는 것으로 충분하기 때문에 抗訴人이 主張하듯이 본건 堤防의 전면 改築을 요하는 것이 아니므로 그 주장은 채용될 수 없다」고 判示하였다.

2. 河川管理瑕疵의 判斷基準에 관한 우리나라의 判例

(1) 우리나라 水害訴訟의 現況

水害는 天災라는 傳統的인 思考方式으로 인하여 우리나라에 있어서는 河川水害와 相關한 訴訟의 提起가 거의 없었다.

그러나 1984년 8월, 集中豪雨로 인하여 서울시 마포구 망원동 望遠遊水池의 水門箱子가 붕괴되고, 이에 따라 水害가 發生하게 되자 그 地域 11,942가구 49,358명의 被災民중 2,970가구 12,787명(25%)이 서울시 등을 상대로 損害賠償을 請求하게 됨으로써 河川管理瑕疵를 둘러싼 責任問題가 처음으로 提起되기 시작하였다. 이것이 世稱 望遠洞集團水害事件이다.

望遠洞集團水害事件 이후의 水害訴訟에 대한 現況을 살펴보면, 1990년 9월에 서울시 및 경기도 一帶에 集中豪雨가 發生함으로써 서울시 地域에서는 1990년 10월 25일에 家屋浸水 등의 水害를 당한 서울시 서초구 방배동 住民들이 서울시를 상대로 損害賠償을 구한 方背洞住民損害賠償請求事件⁶⁸⁾이 있었고, 경기도 地域에서는 1991년 10월 7일에 漢江獨의 붕괴로 洪水가 發生한 경기도 고양군 일산읍 住民들이 國家를 상대로 損害賠償을 구한

68) 한겨레 91.10.2., 15면.

一山住民損害賠償請求事件⁶⁹⁾ 등이 있었다.

따라서 本稿에서는 현재 우리나라의 河川水害와 관련하여 가장 중요한 判決이라고 생각되는 世稱 望遠洞集團水害事件에 관한 서울民事地方法院의 判決에 나타난 河川管理瑕疵의 判斷基準을 중심으로 檢討하기로 한다.

(2) 世稱 望遠洞集團水害事件⁷⁰⁾

望遠洞集團水害事件에 대한 訴訟은 多數의 原告와 多數의 件으로 이루어져 있는데,⁷¹⁾ 世稱 望遠洞集團水害事件이라고 할 때에는 原告 한정자의 21인이 피고 현대건설주식회사의 1인을 상대로 損害賠償을 請求한 事件⁷²⁾을 말한다.

동 望遠洞集團水害事件은 1984년 10월 15일에 損害賠償請求訴訟을 제기하여 1987년 8월 26일 原告勝訴의 判決을 받고, 계속하여 1990년 2월 28일에 서울高等法院에서도 勝訴⁷³⁾하였으며, 1990년 7월 24일 大法院에서 上告棄却判決을 받음으로서 原告勝訴⁷⁴⁾한 事件이다.

(가) 事件의 概要

1984년 8월 31일 오후부터 시작하여 연 3일 동안 서울을 비롯한 中部地方에 集中豪雨가 내렸는데, 그로 인하여 漢江水位가 점차로 높아지면서 1984년 9월 2일 10:30분경 漢江과 서울 마포구 소재 望遠洞遊水池의 사이를 잇는 地下排水管路의 水門箱子가 무너져 한강물이 위 排水管路를 통하여 遊水池쪽으로 逆流, 삼시간에 遊水池를 넘쳐흘러 原告들의 居住地를 포함한 서울 望遠洞一帶가 1984년 9월 4일 오전까지 지상 1미터 이상 물에 잠기는 이견 水害가 發生하였다.

69) 국민 92.7.23., 18면.

70) 법원행정처, 하급심판결집 제3권, 1987, 331~363면.

71) 本稿의 주6)을 參照.

72) 서울민사지법 제14부 判決(1987.8.26., 84가합5010).

73) 서울高判 1990.2.28., 87나4319.

74) 大判 1990.7.24., 90다카10527.

(나) 判決의 內容

본 판결은 먼저 望遠遊水池의 現況·水門箱子 등의 設置經緯·水門의 役割·設置 및 管理者의 現況을 說明하고, 事故 당시의 降雨狀況과 洪水位를 說明하면서 事故 당시 성산대교 지점의 洪水位 11.265미터·最高洪水位 11.695미터는 既往實績洪水位 12.612미터(1925.7.18)·11.825미터(1972.8.19) 및 위 計劃洪水位 12.37미터(100년)·12.92미터(150년)에 모두 未達하는 것이라고 하여 不可抗力에 의한 災害의 可能性을 排除하고 있다.

이어서 본 판결은 「設置·管理上의 瑕疵 및 事故發生과의 因果關係」라는 항목에서 수문상자·배수암거 등의 設置·管理上의 瑕疵에 의하여 본건 事故가 발생하였다고 判斷하면서 그 구체적인 根據⁷⁵⁾를 제시하고 있다.

(다) 世稱 望遠洞集團水害事件 判決의 瑕疵判斷基準

본건 被告人 서울시는 國家賠償法 第5條에 規定한 營造物의 設置瑕疵는 營造物이 그 社會의 財政的·技術的 諸條件下에서 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태를 말하는 것이지 自然科學的 意味에서 完全무결한 상태를 유지하지 못한 경우를 말하는 것은 아니며, 그 設置上의 瑕疵의 有無

75) 그 根據를 간략히 요약하면 다음과 같다.

- ①水門箱子의 移轉 : 수문이설계획의 수립과정에서 충분한 안전도의 검토없이 수문상자가 이건 사고 당시의 위치로 이전됨으로써 마찰저항력이 크게 감소되었다.
- ②計劃 및 設計過程 : 피고 서울시는 수문상자와 같은 시설물을 설치함에 있어서 단일 공사로서의 설계서 조차 작성하지 아니하고 충분한 안전도 검토를 하지 아니하였다.
- ③活動安全率과 水門箱子의 規模 : 이건과 같이 하천방수문으로서의 역할을 하는 수문상자는 기왕의 최고실적홍수위 또는 계획홍수위에 대비하여 활동안전율이 적어도 2.0이상인 규모로 설계되어야 할 것이다. 그러나 이건 사고 당일 성산대교지점의 최고수위 11.695미터를 기준으로 하면 활동안전율은 0.893이다.
- ④基礎工事와 수밀施工 : 일정 수준의 기초공사나 수밀시공을 하여야 함에도 불구하고 서울시는 이러한 공사를 하지 아니하였다.
- ⑤排水暗渠 管理上의 瑕疵 : 서울시는 망원유수지내 배수시설의 관리자로서 배수암거 내부에 콘크리트균열이 있는지를 정기적으로 점검하고 이러한 균열을 통한 누수를 방지하기 위하여 여러 조치를 해야 함에도 불구하고 이를 방치하였다.

는 營造物의 構造·用法·場所의 環境·利用狀況 등 제반사정을 종합 고려하여 個別的·具體的으로 判斷되어야 한다는 것을 전제로 하여 河川管理의 諸制約⁷⁶⁾을 구체적으로 실시하면서 이러한 제제약을 고려할 때에 이건 遊水池의 水門箱子 등은 완전무결한 것은 아니라고 하더라도 우리의 현 실정에 비추어 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추었다고 보아야 하고, 이건 事故는 전혀 예기치 못한 미증유의 洪水로 인하여 발생한 不可抗力의인 事故라고 주장한다.

이에 대하여 望遠洞集團水害事件 判決은 「國家賠償法 第5條에 규정한 營造物의 설치상의 하자라고 하는 것은 客觀的인 견지에서 그 營造物이 통상 갖추어야 할 安全性을 갖추지 못한 狀態를 말하는 것으로 전혀 예상할 수 없었던 不可抗力의인 事故에도 대비할 수 있을 정도의 고도의 안전성을 欠缺한 경우까지 의미하는 것이 아님은 被告의 주장과 같으나 이건 事故 당시의 洪水位는 計劃洪水位나 기왕최고실적홍수위는 물론 불과 12년전인 1972년 8월 19일 당시의 洪水位인 11.825미터에도 미달하는 것으로서 이

76) 서울시의 主張內容은 다음과 같다. 즉, 河川은 道路 기타의 人工公物과는 달리 첫째 洪水 등의 자연적 원인에 의한 災害를 가져올 수 있는 위험성을 그 자체에 내포하고 있고, 河川計劃에는 불확실성 요인이 內在하며, 정확한 豪雨豫知가 不可能하고, 道路의 차단 등과 같은 간이하면서도 임기응변적인 危險防止手段이 없어 치수에 본질적인 어려움이 있고, 둘째 全國의 未改修河川에 改修工事を 실시하려면 막대한 豫算이 소요되므로 國民生活上의 다른 제육구와의 조정을 피하면서 그 豫算의 테두리안에서 改修의 필요성이 긴급한 것부터 治水政策을 시행해 나갈 수 밖에 없는 財政的 制約이 있으며, 셋째 河川이 통상 갖추어야 할 安全性의 確保는 일조일석에 이루어질 수 없다는 時間的인 制約이 있고, 넷째 流水의 作用에 대한 安全性은 실제의 洪水來襲으로 비로소 시험되고 검증되어 가는 것이며, 이를 基礎로 한 연구성과에 의하여 河川의 安全性을 점차 높여갈 수 밖에 없는 技術的인 制約이 있으며, 다섯째 도시교 외지역의 開發擴大로 인한 저습지대의 택지와 지가상승으로 인한 治水用地의 취득난 등 社會的인 制約이 따른다는 사정을 참작하고, 우리의 科學技術水準이 낙후되어 있고, 재정형편이 어려운 점 및 계획홍수위라는 개념은 장기적인 河川改修의 지표로서 그 이하의 홍수위에 河川施設物이 붕괴되어도 이로써 어떠한 瑕疵가 있다고 추정할 수 없다고 하여 이건과 같은 水害事故의 경우에 河川은 道路 기타의 人工公物과는 다르다고 주장한다. 이것은 日本의 高崎慶長 判事が 河川의 特質 또는 그 管理上의 制約으로서 제시하고 있는 것과 동일함을 알 수 있다(「金東熙, 前掲論文, 63면」을 參照).

를 결코 예상할 수 없었던 정도의 것이라고 할 수 없고, 또한 이건 사고는 自然公物로서의 未改修된 河川이 범람하여 발생한 것이 아니라 이미 설치된 人工公物인 水門箱子에 내재된 瑕疵로 인하여 發生한 것으로 앞서 본 바와 같이 적정규모의 수문상자의 설치, 배수암거와의 연결부위의 철근 등 연결, 수밀시공, 지반에 대한 적절한 기초공사 등을 하는 데에 被告의 주장과 같이 여러가지 제약이 따른다고 할 수도 없으므로 결국 이건 水門箱子는 통상 갖추어야 할 安全性을 갖추지 못한 瑕疵가 있다고 할 것이다」라고 하여 被告의 主張을 배척하였다.

(라) 世稱 望遠洞集團水害事件 判決의 瑕疵判斷基準에 대한 檢討

동 판결에 있어서 被告인 서울시의 主張은 大東最高裁判決의 判斷基準을 취하고 있다고 말할 수 있다. 왜냐하면 서울시는 河川管理의 諸制約을 具體적으로 說示하면서 이러한 제제약을 고려할 때에 이건 遊水池의 水門箱子 등은 완전무결한 것은 아니라고 하더라도 우리의 현 실정에 비추어 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추었다고 보아야 하고, 이건 事故는 전혀 예기치 못한 미증유의 洪水로 인하여 發生된 不可抗力의인 事故라고 주장하여 河川管理責任을 부인하고 있다. 따라서 서울시의 瑕疵推論方式은 본건 河川을 未改修·改修不充分河川으로 이해하고, 그것에 대응한 安全性을 ‘過度的 安全性’으로 이해한 것으로 생각된다.

이에 대하여 동 판결은 河川管理의 瑕疵判斷과 관련하여 ①河川의 제제약을 구체적으로 언급하지는 않았지만 간접적으로 인정하고 있고, ②사고 당시의 降雨現況과 洪水位, 즉 사고 당시 성산대교지점의 洪水位 11.265미터·最高洪水位 11.695미터는 既往實績洪水位 12.612미터(1925.7.18)·11.825미터(1972.8.19) 및 計劃洪水位 12.37미터(100년)·12.92미터(150년)에 모두 未達하는 것이라고 하여 不可抗力에 의한 災害의 可能性을 排除하고 있으며, ③이건 事故를 自然公物로서의 未改修된 河川이 氾濫하여 發生한 것이 아니라 이미 설치된 人工公物인 水門箱子에 내재된 瑕疵로 인하여 發生한 것으로 파악하여 이건 水門箱子는 통상 갖추어야 할 安全性을 갖추지 못한 瑕疵가 있다고 判示하였다.

따라서 동 판결을 분석하면 다음과 같다.⁷⁷⁾ 즉, ①의 경우, 大東最高裁判決이나 多摩川最高裁判決이나 모두 程度의 差異는 있으나 河川의 諸制約을

認定하고 있음은 앞에서言及한 바이다. 다만, 大東最高裁判決은 이점을 중시하여 河川管理責任을 엄격하게 制限했으나 多摩川最高裁判決은 河川管理瑕疵의 判斷基準을 定立하면서 河川管理의 特質 및 諸制約을 특별히 강조하지 않았다. ②의 경우, 大東最高裁判決의 一般的 基準에 根據하고 있다. 즉, 동 판결은 먼저 望遠遊水池의 現況·水門箱子 등의 設置經緯·水門의 役割·設置 및 管理者의 現況을 說明한 후에 事故 당시의 降雨狀況과 洪水水位를 說明하면서 위와 같은 結論을 도출하였는데, 이것은 大東最高裁判決의 一般的 基準인 「過去에 발생한 水害의 規模·發生의 頻度·發生原因·被害의 性質·降雨狀況·流域의 地形 기타의 自然的 條件·土地의 利用狀況 기타의 社會的 條件·改修를 요하는 緊急性的 有無 및 그 程度 등 諸般事情을 綜合的으로 고려하고, 이러한 諸制約下에서 同種·同規模의 河川에 대한 河川管理의 一般의 水準 및 社會通念에 비추어 認定될 수 있는 安全性을 具備하고 있다고 認定할 수 있는지의 與否」를 基準으로 하여 判斷한 것으로 볼 수 있다. ③의 경우, 동 판결은 이건 事故를 自然公物로서의 未改修된 河川이 氾濫하여 發生한 것이 아니라 이미 설치된 人工公物인 水門箱子에 내재된 瑕疵로 인하여 發生한 것으로 파악하고 있다. 즉, 동 판결은 本件 事故의 發生을 自然公物인 河川 그 자체의 瑕疵로 인한 것이 아니라 이미 설치된 人工公物인 水門箱子의 瑕疵로 인한 것으로 보고, 水門箱子의 瑕疵判斷에 대하여 「通常 갖추어야 할 安全性」을 基準으로 判斷하고 있다.⁷⁸⁾ 이것은 본건의 경우, 河川管理에 대한 判斷基準이 적용되는 것이 아니라 道

77) 동 判決에 대하여 金東熙 교수는 다음과 같이 評價하고 있다. 「동 판결은 間接的이지만 自然公物로서의 河川管理에 있어서는 여러 制約이 있는 것이고, 그 결과 이러한 河川管理上 瑕疵의 有無를 判斷함에 있어서 고려하여야 할 통상의 安全性 程度는 人工公物에 비하여 緩和될 수 있는 것임을 인정하고 있는 것으로 보이고, 또한 동 판결은 河川管理의 여러 制約을 일반적으로 認定하면서도 이 사건의 水門箱子 등의 設置에 있어서의 瑕疵의 判斷에 있어서는 이러한 制約과의 관련에서 一般論的인 結論을 도출하는 것이 아니라 水門箱子의 設置에 있어서의 具體的인 瑕疵의 內容과 관련하여 그 통상적인 安全性의 具備에는 河川管理上의 여건 制約이 따르지 아니한다고 보아 이 사건에서 水門箱子 등의 설치에는 瑕疵가 있다고 판단하였다고 하면서 이러한 점에서 瑕疵 有無에 관한 동 판결의 실시부분은 매우 타당한 것이다」라고 한다(金東熙, 前掲論文, 69~70면).

78) 동 판결은 河川의 特質 및 諸制約을 직접적으로 인정하여 判示하지 않았고, 또한 本件

路 등의 營造物에 대한 瑕疵의 判斷基準이 適用된다는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 동 판결은 河川의 諸制約을 인정하고, 또한 그것을 고려하여 人工公物과 自然公物의 瑕疵判斷에 대한 基準을 달리 한다는 것을 의미한다. 이점에서 동 판결은 大東最高裁判決의 判斷基準을 따르고 있다고 말할 수 있다. 즉, 일본에 있어서도 大東最高裁判決의 判斷基準이 個別的·具體的事案의 瑕疵를 判斷함에 있어서 瑕疵가 認定되는 경우를 가능한 한 制限하고 있는 점에 대하여 學者들은 그 適用範圍(射程範圍)와 관련하여 여러 의견을 제시하고 있는데,⁷⁹⁾ 그 가운데 「未改修 또는 改修完了河川」을 불문하고, 河道의 整備, 堤防 및 河川施設 등의 築造 등의 改善措置를 강구할 義務의 存在與否가 문제된 경우에는 大東最高裁判決의 判斷基準을 適用하고, 築造된 堤防 및 河川施設 등이 예정된 安全性을 缺하고 있는지의 與否 및 당해 施設의 內在인 缺陷이 문제된 경우에는 大東最高裁判決의 判斷基準을 適用하지 아니하는 見解가 있다는 것을 本稿에서도 이미 言及했는데, 동 판결이 바로 이러한 입장을 수용하여 判斷한 것으로 볼 수 있다. 따라서 동 판결은 서울시와 마찬가지로 원칙적으로는 大東最高裁判決의 判斷基準에 입각하면서 그 適用範圍를 緩和한 입장이라고 생각된다.

그러나 河川管理瑕疵에 대한 大東最高裁判決의 判斷基準은 河川管理瑕疵를 엄격하게 解釋하여 河川管理責任의 認定을 制限하고자 하는 政策的 配慮에서 도출된 基準이므로 被害者救濟의 側面에서 그대로 수용하기는 무리

事故를 「通常 갖추어야 할 安全性」에 根據하고 있는 점에서는 동 판결이 河川管理의 瑕疵를 判斷함에 있어서 道路 등의 人工公物과 동일한 基準으로 이해하고 있다고 생각될 수 있지만, 반면에 동 판결은 「이건 事故는 自然公物로서의 未改修된 河川이 氾濫하여 發生한 것이 아니라」라는 문장을 덧붙이고 있는 것으로 볼 때, 동 판결은 본건 河川을 「未改修된 河川」으로 前提하면서 본건 事故의 原因이 人工公物인 水門箱子의 內在된 瑕疵로 부터 발생하였기 때문에 그 부분에 대한 判斷은 河川 등의 自然公物에 대한 瑕疵判斷基準이 아니라 道路 등의 人工公物에 대한 瑕疵判斷基準이 適用되어야 한다는 것으로 본 것이다. 따라서 동 판결은 河川의 特質 및 諸制約을 認定하여 河川管理의 瑕疵를 判斷함에 있어서 人工公物(道路 등)과는 다른 判斷基準에 立脚하고 있음을 알 수 있다.

79) 大東最高裁判決의 判斷基準에 대한 射程範圍와 관련하여 日本의 多數說은 未改修 또는 改修不充分的 河川의 氾濫型水害에는 그 適用을 認定하지만 改修完了河川의 경우에는 그 適用을 否定하고 있다(河村吉晃, 前掲論文, 8면).

라고 생각한다. 이러한 側面에서 동 판결이 大東最高裁判決의 判斷基準에 立脚하면서도 그 基準을 緩和하여 수용한 점은 높이 評價되지만, 河川水害 訴訟에 대한 國家賠償法 第5條의 判斷基準으로서 大東最高裁判決의 基準에 立脚하고 있는 것은 다른 個別的·具體的 事案(예컨대, 改修中·改修完了 河川의 問題, 安全性의 基準에 대한 問題, 豫見可能性·結果回避可能性의 問題 등)에 있어서 그 河川管理責任을 엄격하게 制限할 危險이 많기 때문에 이에 대한 새로운 基準의 定立이 시급하다. 이러한 점에서 最近 日本의 多摩川最高裁判決이 정립한 河川水害訴訟에 대한 瑕疵判斷基準은 參考할 만한 價値가 있다고 생각한다.