

# 日照權 保護法理의 再考

최창렬\*

## 차 례

- I. 序論
- II. 日照侵害의 特質
- III. 日照權保護의 法理
- IV. 結論

## I. 序論

오늘날의 주거생활에 있어서 남향집을 선호하고 거래의 실체에 있어서도 더욱 비싸게 거래되는 점을 고려해 볼 때,日照의 혜택이 더욱 중요해지고 있음은 분명하다. 그런데 산업의 급진적 발달과 도시화의 진행에 따라 좁은 토지를 효율적으로 이용할 필요성이 높아지면서 인접한 토지에 수십 층의 높은 건물을 축조하게 되면서 일조권의 침해로 인한 분쟁이 증대되고 있다. 이 과정에서 자유주의적인 시민법원리에 기초한 토지소유권의 利用權能和 防禦權能의 법적인 형평을 고려할 필요성에 따라 규정된 민법상의 相隣關係法이 점차 공해문제나 환경문제를 해결하는 법적인 수단으로 등장하고 있다.<sup>1)</sup> 그런데 공해문제나 환경문제에 대한 유치청구나 손해배상청구와 같은 私法的 救濟方法은 단편적이고 對症療法에 불과하기

\* 동국대학교 법과대학 부교수, 법학박사

1) 柳元奎, 民法注解V(郭潤直 編輯代表) §217 注解, 博英社, 1992, 290면.

때문에 각종의 국토이용계획이나 건축법규에 의한 공법적인 규제를 통하여 일정 높이 이상의 건축을 제한함으로써 지역사회나 국가 전체의 장기적이고 획일적인 정책을 통하여 환경을 보호하고 분쟁을 해소하는 것이 타당한 경우가 더 많다.<sup>2)</sup> 그러나 이러한 행정적 규제에 의하여서는 국가의 환경규제정책의 시행을 통한 反射의 利益에 불과한 경우가 많으므로 피해자의 입장에서 볼 때에는 민법에 근거하여 개별적인 재판을 통하여 권리를 구제받는 방법이 구체적이고 최종적인 방법이라는 측면에서 더 바람직한 경우가 많다.<sup>3)</sup> 특히, 개별적 재판을 통한 구체적 분쟁의 해결은 일률적 행정규제가 간과하거나 포섭할 수 없는 문제까지 그 대상으로 삼을 수 있기 때문에 행정적 규제를 補完하는 機能을 무시할 수 없고, 이러한 민사법적 구제수단을 통하여 정부나 기업으로 하여금 경제적 측면에서의 효율적인 公害防止對策을 강구하게 하는 부수적인 機能도 기대할 수 있다.<sup>4)</sup>

일조의 침해를 받는 경우 피해자는 사전적 구제수단으로서의 留止請求權과 사후적 구제수단으로서의 損害賠償請求權의 행사를 통하여 그 권리의 구제를 받을 수 있다. 유지청구권은 일조권 침해를 이유로 그 침해의 중지나 예방을 법원에 청구하는 권리로서, 일조권의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 유지청구권의 법적인 구성을 어떻게 할 것이냐가 달라진다. 그 동안 우리나라의 학설<sup>5)</sup>과 판례<sup>6)</sup>는 주로 근대민법의 기본축을 유지하면서 재산권개념의 확장을 통한 物權的 請求權에 의한 해결<sup>7)</sup>을 시도하였다. 그러나 물권적 청구권은 시민법상의 토지소유권능

2) 鄭萬朝, 美國의 環境法·環境訴訟概說 : 우리나라 및 日本의 現狀과의 對比, 「公害問題와 裁判(裁判資料 2輯)」, 1979, 179면.

3) 全昌祚, 環境權의 確立, 「法과 環境」, 三英社, 1977, 200면 이하.

4) 柳元奎, 前揭書, 291면 참조.

5) 柳元奎, 前揭書, 310면; 全京暲, 日照妨害와 展望妨害 成立의 法的 根據와 그 限界-大判 1999. 1. 26, 98다23850, 판례공보 제77호, 351면-, 民事法學 제18호, 韓國民事法學會, 2000, 442면; 趙弘植, 留止請求 許容 與否에 관한 小考, 民事判例研究 XXII, 民事判例研究會, 1997, 45면; 尹喆洪, 尹喆洪, 環境權의 本質과 留止請求權, 民事法學 第17號, 韓國民事法學會, 1999, 366면; 洪性載, 物權法, 대영문화사, 2006, 185면.

6) 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대 사건); 대판 1997. 7. 22. 96다56153(봉은사 사건)등.

7) 趙弘植, 前揭論文, 45면.

의 극대화를 통한 해결방법이어서 일조권 침해와 같은 상린관계적 분쟁에서는 그 한계를 노정하고 있다. 이러한 한계를 극복하기 위해서 환경권, 인격권, 또는 불법행위에 기초하여 유지청구권을 인정하려는 시도도 있었다. 그러나 이러한 논의는 일본 민법에는 생활방해로 인한 상린관계를 규정한 우리 민법 제217조에 해당하는 규정이 없다는 차이를 간과한 측면이 있다. 따라서 그 법적인 근거가 미약하거나 이론구성에 무리한 점이 있다. 또한 우리 민법 제217조의 입법에 기초가 되었던 독일민법 제906조의 임짓은(Immission)규정과의 차이를 무시한 채 독일민법의 해석론을 무비판적으로 수용하여 우리 민법 제217조에서 규정하고 있는 適當措施義務 履行請求權의 意義를 주목하지 못한 점도 있다. 이러한 점들을 고려하여 우리 민법상의 일조권 침해로 인한 유지청구권의 법리의 구성방법을 살펴보고자 한다. 아울러, 유지청구권의 물권법적 법리에 의하여 해결하는 것과 대비하여 손해배상청구권을 불법행위의 법리로 二元論적으로 구성할 것인지, 이를 통합하여 물권법적 법리에 의해 一元論적으로 구성할 것인지의 문제도 함께 살펴보고자 한다.

## II. 日照侵害의 特質

### 1. 日照의 意義와 效果

日照은 太陽의 直射光線을 의미하는 것으로, 일조권이라 함은 태양의 直射光線의 利益을 향수할 권리를 말하는 것이므로<sup>8)</sup>, 창문을 통하여 들어오는 間接光線에 대한 권리인 採光權(Lichtrecht ; right of Light)과는 구별되는 것이다.<sup>9)</sup>

일조의 본질이 빛이나 입자나 자연과학적인 논의는 차치하고서라도 일조에 의해 얻어지는 직접적인 이익은 여러 가지가 있다. 먼저, 熱效果로서 이에 의하여

8) 具然昌, 日照權의 法的 保護, 民事法學 第6號(1985. 1986.), 韓國民事法學會, 1986, 195면.

9) 徳本鎮, 判例にあらわれた日照妨害紛争, ジュリスト 第490號(1971. 10.), 29頁.

난방비용을 경감시켜주고 세탁물을 건조하거나 습기방지 등의 혜택을 누릴 수 있다. 또한 光效果에 의하여 주거환경의 쾌적도를 높여줄 뿐 아니라 실내의 조명비용을 경감시켜 줄 수 있다. 아울러, 生理的 效果에 의하여 광합성작용 등을 통해 생물의 생육에 불가결한 에너지원이 될 뿐 아니라 자외선을 통하여 保健衛生的 효과를 가져다준다. 간접적인 이익으로는 주거 내의 밝은 분위기를 확보하여 좁은 물론 장애물에 의한 압박감과 폐쇄감이 없이 통풍과 조망이 양호한 주거환경을 확보하여 주는 점에서 그 실제적 이익이 있다.<sup>10)</sup> 환경으로서의 일조가 인간생활에 끼치는 영향은 직접적인 영향보다는 오히려 간접적 효과, 심리적 효과, 정신적 효과 등의 영향이 크다. 예를 들면, 건물 전면에 일조를 차단하는 것이 없고, 창이 보인다고 하는 환경조건의 유지에 의하여 주거 내의 밝음을 확보하고 편안하고 안락한 느낌을 갖게 하는 것들이다.<sup>11)</sup>

인간이 건강하고 쾌적한 생활을 유지함에 필요한 좋은 상태를 향유할 권리를 環境權(Umweltrecht)라고 하는데, 일조도 환경의 소재인 것은 분명하나 엄격하게 말하면 일조권 침해가 바로 환경오염이라고 할 수는 없다. 환경정책기본법에서도 제3조 4호에서 환경오염의 종류로서 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음, 진동, 악취 등을 들고 있으나, 일조권 침해는 포함하고 있지 않다. 다만, 동법 제3조 3호의 생활환경을 이루는 요소 가운데는 일조권 침해가 포함되어 있다.<sup>12)</sup>

## 2. 日照侵害의 特性

### (1) 消極的 生活妨害

日照侵害는 북쪽집의 거주자가 인접한 남쪽 토지상의 공간을 통하여 日照利益(해받이 利益)을 받고 있었는데 남쪽 토지상(加害地)의 이용자가 그 토지 위에

10) 尹容燮, 環境侵害와 損害賠償, 大韓辯護士協會誌(1984. 3), 大韓辯護士協會, 1984, 9면.

11) 朴昶炫, 日照侵害로 인한 공사중지가처분, 判例研究 第7輯, 釜山判例研究會, 1997, 597면.

12) 李應世, 日照權 侵害와 環境訴訟, 「裁判資料 第95輯 (2002. 7.): 環境法の 諸問題(下)」, 2002, 269면.

건물 등을 축조함으로써 북쪽 토지(被害地)가 방해를 받거나 북쪽 거주자의 생활상의 이익을 침해하는 경우처럼 햇볕을 차단함으로써 발생하는 피해가 발생하는 것이다. 이러한 일조의 침해는 장소나 계절에 따라 약간의 약간씩 차이가 있지만 주로 동남쪽의 토지가 加害地가 되고, 서북쪽의 토지가 被害地가 된다. 일조의 방해는 인지의 건축물로 인하여 일조라고 하는 自然的 施惠를 방해하는 것이므로 방해가 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 등의 생활이익처럼 피해자의 생활영역에 적극적으로 침입하는 적극적 침해행위와는 다르게 방해자가 자신 토지의 소유권의 행사로서 건물을 축조함으로써 생겨진 것이므로 消極的 侵害라는 특징이 있다. 소극적 침해란 토지를 사용함에 의하여 이웃 토지에 대하여 이익을 박탈하게 되는 것,<sup>13)</sup> 또는 물건의 환경에 대한 自然的인 連結이 박탈되어지는 것<sup>14)</sup>이라거나, 自己의 土地 안에서의 행동을 통하여 다른 토지의 利益을 剝脫하는 것<sup>15)</sup>으로 정의되는데, 이러한 의미의 消極的 侵害에 일조권 침해는 포함되지 않는다는 견해<sup>16)</sup>도 있다. 그러나 일조권 침해는 가해지를 경유하여 피해지에 열과 빛 또는 자외선 등으로 구성된 일조를 차단함으로써 발생하는 침해이고, 日影(그림자)이라고 하는 것도 積極的인 侵害類型으로서의 干涉이라기 보다는 日照의 不在狀態를 표현하는 것에 불과하므로 일조권 침해는 消極的 侵害類型에 포함된다고 보아야 할 것이다.

## (2) 日照妨害建物도 所有權의 權能

토지소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치므로 일조권을 침해하는 加害地 소재의 건물 등도 정당한 이익이 있는 범위에서 被害地의 일

13) 李英俊, 「物權法」, 博英社, 1991, 488면.

14) Manfred Wolf, Sachen Recht, 13 Aufl. Rdnr. 236.

15) MünchKomm./Medicus 3 Aufl.(1997), 1004 Rdnr 28, S.1069f.

16) 全昌祚, 騒音·振動 및 日照保護規制法制, 環境法研究 第4卷, 韓國環境法學會, 1982, 55면에서는 일본의 건축기준법 제56조의 2와 같이 일조방해를 인지에 투영하는 日影(그림자)의 범위와 時間에 의하여 규제하는 경우에 日照妨害는 그림자라고 하는 不可量物의 侵入이라고 하는 할 수 있어 積極的인 干涉이라는 것이다.

조이익을 침해한다고 하더라도 그것은 토지소유권의 권능인 使用에 해당하는 것이므로 被害地에 직접적인 방해행위가 이루어지는 경우와는 차이가 있다. 즉, 방해건물은 건물을 소유할 목적으로 자신의 토지를 이용함으로써 결과적으로 일조의 침해를 가져오는 것이므로 방해자의 입장에서는 어디까지나 토지사용권의 행사로서 形式的인 合當性이 있는 건물의 축조에 해당하는 것이다.<sup>17)</sup>

### (3) 相隣關係의 紛爭

環境汚染은 대개 상당히 넓은 범위에서 주민 또는 지역사회에 피해를 발생시킴으로 피해자는 불특정 다수인 경우가 많지만, 日照侵害는 인접한 토지의 건물사이에서 상린관계적 분쟁으로 발생하는 경우가 많아 피해자는 특정되어 있고 그 수도 많지 않은 것이 특색이다.<sup>18)</sup> 또 일조권은 침해가 발생하면 가해건축물이 철거되지 않는 한 계속적이고 확정적으로 지속되는데, 가해건축물의 철거는 사회경제적 손실을 수반하므로 그 철거에 상당한 제약을 받게 된다. 따라서 손해발생후의 손해배상청구권보다도 유지청구권을 행사하거 건축행위를 중단시키는 것이 더욱 의미가 있는 경우가 많다. 일조권 침해는 쾌적한 생활이익을 침해라는 것으로서 시대적·지역적으로 상대적이고 유동적인 평가가 가능한 침해이므로 통상의 용도에 적합한 정도가 어느 정도인지에 대하여 가해자와 피해자의 종합적인 판단이나 수인한도가 강조되는 특성이 있다. 따라서 어느 일방의 이익을 위해 상대방에 대한 전면적 물권적 청구권의 형태보다는, 상호간의 이해관계를 조절하기 위한 相隣共同體의 接近方式<sup>19)</sup>이 필요한 분야이다. 다만, 일조권 침해가 태양열주택에 의한 集熱氣에 영향을 줄 때에는 직접적인 손실을 초래할 수도 있다.<sup>20)</sup>

17) 金基洙, 「生活妨害」에서 본 日照權論考-現行 相隣關係法規의 役割을 中心하여-, 民法과 法學의 重要問題, 義堂 張庚鶴博士 古稀紀念論文集 刊行委員會, 1987, 88면.

18) 梁三承, 日照權과 受忍程度, 「民事判例研究(第2判)VI」, 民事判例研究會, 1993, 7-8면.

19) Klausning, Immissionsrecht und Industrialisierung JW, 1937, S. 68.

20) 具然昌, 前揭論文, 96면.

### III. 日照權保護의 法理

#### 1. 留止請求權의 法的 構成

##### (1) 學說과 判例의 現況<sup>21)</sup>

##### (가) 物權的 請求權說

이 학설은 일조권 침해를 토지나 건물에 대한 소유권의 침해로 인정하여 물권에 기한 방해제거를 청구할 수 있다는 것<sup>22)</sup>으로 민법 제214조에서 그 근거를 찾는다. 일조의 향수를 토지나 건물의 소유권이나 이용권과 같은 물권 내지는 물권화된 부동산임차권 등에 귀속하는 권능으로 파악한다. 즉, 일조는 지상의 토지자 원으로서 그 이용은 해당 토지나 건물의 이용권의 지배하에 있는 것이므로 일조의 향수는 토지소유자등에게 귀속하는 권능이라고 한다.<sup>23)</sup> 역사적으로 보아 인간의 생활이 보통 토지나 건물을 매개로 영위되어 왔으며, 근대 민법이 거래대상인 물건의 규제에 중점을 두고 인간이 건강하고 쾌적한 생활 그 자체를 보호하는 체제를 취하지 않기 때문에 부동산의 지배나 이용뿐만 아니라 인간의 생활상의 여러 이익도 부동산 소유권의 개념에 포함시켜 보호를 확대하고자 한다.<sup>24)</sup> 이 학설에 의하면 일조의 침해가 있을 때 물권적 청구권에 기초한 방해예방이나 방해제거청구권을 통하여 건축공사금지를 청구할 수 있어 전통적인 법개념에 부합한다는 장점이 있다.<sup>25)</sup>

이 학설에 대해서는 여러 가지 비판이 제기되고 있다. 첫째, 토지나 건물의 소유권이라는 개념 속에 인간의 건강하고 쾌적한 생활이라는 두 개의 유형을 달리 하는 법익을 포함시키는 결과 그 보호의 가부를 결정하는 구체적 이익형량에서

21) 日本과 獨逸에서의 논의되는 논거들도 그 법체계의 차이점이 있지만, 우리 민법상의 논의에 참고한다는 의미에서 각 학설에 관한 논거에 포함하여 설명하고자 한다.

22) 我妻 英, 「物權法」, 岩波書店, 1967, 11頁.

23) 尹容燮, 前掲論文, 9면.

24) 好美清光, 日照權의 法的 構成, *ジュリスト特輯: 日照權*(1974. 1.), 有斐閣, 218頁.

25) 尹容燮, 前掲論文, 9면.

많은 차이를 나타낼 수 있고, 실질적으로 고찰하여 보더라도 인간의 건강 내지 쾌적한 생활환경이 침해되었는데, 이를 토지나 건물의 소유권이 침해된 것으로 이론 구성하는 것은 語塞할 뿐 아니라, 법 기술적으로 보아도 既成의 制度 내지 概念에 假託하는 것과 같은 過渡期的 理論構成이라는 것이다.<sup>26)</sup> 둘째, 청구권의 범위가 토지나 건물의 소유권자나 임차권자에 한정되고 그 점유보조자인 종업원이나 가족 구성원 등은 原告適格이 없어서 보호받지 못하는 불합리가 있다고 지적된다.<sup>27)</sup>

이와 같은 비판이 있음에도 불구하고 우리나라의 다수설<sup>28)</sup>과 판례<sup>29)</sup>가 물권적 청구권설을 취하는 근거는 다음과 같다. 유지청구권의 법적 근거를 물권적 청구권설에서 찾는 것이 인격권적 성질을 간과하고 적용범위가 협소하다는 등의 약점은 없지 않지만, 상대적으로 현재의 우리 실정법의 해석론으로 무난하다는 견해<sup>30)</sup>나, 일조와 같은 환경이익의 침해의 본질을 권리의 침해로 볼 것인가의 문제는 있지만 물권적 청구권에 의함이 적절하다는 견해<sup>31)</sup>, 또 민법 제214조의 소유권침해는 적극적 침해에만 해당한다고 볼 수 있으나, 예외적으로 상린관계자의 보호를 위한 건축법과 상린관계규정 등에 의해 권리를 가질 때에는 소유권의 침해로서 법적 보호를 받을 수 있다고 하는 견해<sup>32)</sup> 등이 있다. 그리고 임밋시온의 특성상 전통적인 물권적 방해배제청구의 내용보다는 다양한 구제방법이 인정되어야 할 필요가 있음을 부정할 수는 없으나, 이는 입법론에 지나지 않고 해석론으로는 종래의 소유권 기타 물권에 기한 방해배제청구권의 개념을 확대해석하는 방법에 의해 해결을 도모하는 것이 온당하다는 견해<sup>33)</sup> 등이다.

26) 西原道雄, 公害に對する司法的救済の特質と機能, 法律時報 第39卷 第7號(456號)(1967. 6.), 日本評論社, 34頁.

27) 澤井裕, 「公害の私法的 研究」, 一粒社, 1969, 151頁. 이에 대하여는 점유보조자나 가족 구성원들은 독립하여 이러한 권리를 인정할 필요는 없고, 만약 필요하다면 債權者代位權의 轉用에 의하여 해결할 수 있다고 반박하고 있다(梁三承, 前掲書日, 10면 참조).

28) 脚註 5) 參照.

29) 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대 사건); 대판 1997. 7. 22. 96다56153(봉은사 사건)

30) 尹喆洪, 前掲論文, 366면.

31) 洪性載, 前掲書, 185면.

32) 全京暻, 前掲論文, 442면.



## (나) 相隣關係說

상린관계설은 제217조의 생활방해의 금지 및 인용의무에 관한 규정을 근거로 하여, 즉 제217조 제1항의 적당한 措置(措置)청구를 근거로 하여 직접 이 규정에 의하여 방해의 제거나 예방을 청구<sup>34)</sup>할 수 있다고 한다.<sup>35)</sup> 상린자로서 상호 기대하는 수인한도를 넘어 고도의 건물을 축조하여 일조를 방해하는 경우에는 민법 제217조에 근거하여 유지청구를 할 수 있다고 한다.<sup>36)</sup> 또 생활방해문제를 보다 신속하고 간편하면서도 합리적으로 해결하고 피해자 보호의 법익을 확대하기 위하여 유지청구와 손해배상청구를 일원적으로 파악하여 민법 제217조의 해석론에 의하여 상린관계법으로 처리하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>37)</sup>

일조권 침해에 대한 유지청구권의 근거로 민법 제217조의 적당조치의무 이행 청구권에 두는 견해에 대하여는 민법 제217조는 소극적 침해에 대하여는 적용되지 않는데, 일조권 침해는 소극적 침해이므로 민법 제217조를 근거로 유지청구권을 행사할 수 없다는 비판이 있다.<sup>38)</sup>

## (다) 生活利益享受權說

일조권의 근거를 物權的 請求權과 人格權的 請求權을 포함한 生活利益享受權에서 찾고, 우리 민법 제217조의 생활방해규정에 의하여 처리할 수 있다고 한다. 우리 민법 제217조에서 ‘이웃 토지의 使用을 妨害하거나’ ‘이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 않도록’ 규정하고 있는데, 이웃 토지에 妨害하지 않도록 해야 하는

33) 柳元奎, 前揭書, 310면.

34) 민법 제217조의 적당조치의무의 내용속에 방해요방도 포함되는지가 다투어지는데, 민법 개정안에서 이를 명확히 하여 민법 제217조 3항에서 생활방해의 예방청구권을 명문으로 규정한 것은 타당한 입법안으로 생각된다.

35) 權龍雨, “公害의 豫防 및 排除請求”, 「法과 公害」, 한국법학교수회편, 1974, 159면; 鄭權燮, 環境汚染과 私法上의 救濟, 「法과 環境」, 한국법학교수회, 1977, 149면.

36) 金基洙, 前揭論文, 89면.

37) 李德煥, 民法 第217條의 適用法理, 「不動產法學의 諸問題 : 石霞金基洙教授華甲記念論文集」, 石霞金基洙教授華甲記念論文集刊行委員會, 1992, 54면.

38) 全京暻, 前揭論文, 439면; 柳元奎, 前揭書, 301면.

것은 유지청구권의 物權的 請求權의 근거가 되며, 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 않도록 해야 하는 것은 인간의 생명과 건강에 대한 침해, 널리 생활이익에 대한 침해를 뜻하여 人格權的 請求權의 근거가 되는 규정이라고 한다.<sup>39)</sup> 일조권 침해에 대한 유지청구의 근거를 재산권과 인격권을 포함한 보다 넓은 의미의 생활이익향수권이라고 하고 그 근거조항으로 민법 제217조와 간접적으로는 민법 제242조 2항을 든다<sup>40)</sup>. 방해배제의 근거를 우리 민법 제217조에서 구한다는 점에서는 상린관계설과 같으나 민법 제217조의 상린관계 자체에 의한 유지청구라기 보다는 生活利益의 侵害라는 점에 중점이 있다는 점과 간접적으로 민법 제242조 2항에서도 그 근거를 찾는 점에 특징이 있다.

#### (라) 人格的 請求權說

일조방해의 주된 피해법익인 쾌적한 生活利益과 自體가 방해배제청구의 법적 근거라고 보아 그 침해에 대하여는 손해배상은 물론이고 인격권의 지배권 내지 절대권적 성격에서 물권적 청구권에 준하는 방해배제청구가 가능하다고 하는 입장이다. 종래에 생명·신체·자유·명예·정조·성명·초상·신용에 관한 권리 등은 인격권의 일종으로 손해배상뿐 아니라 그 절대권적 성격으로부터 물권적 청구권에 준하는 방해배제청구권이 인정되어야 함은 當然한 것으로서 학설상 의심 없이 정착되어 있다는 것을 근거로 한다.<sup>41)</sup>

이 학설에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기된다. 첫째, 인격권의 침해라고 하는 구성이 사안의 實相에 가장 가깝게 접근하고 장래의 법 발전의 올바른 방향 이기는 하나, 명문의 규정도 없고 그 범위조차 확정되지 않은 인격권이라는 개념에 의할 경우에는 그 요건이 막연하여 법적 안정성을 해치게 된다는 것이다.<sup>42)</sup>

39) 全昌祚, 前掲論文(註16), 56면.

40) 이 입장을 지지하는 견해 가운데에는 물권적 성격과 인격권적 성격을 함께 가지고 있다는 것이라고 하여 병존설이라고 부르기도 한다(尹容燮, 前掲論文10면).

41) 加藤一郎, 「害法の生成と展開」, 岩波書店, 1968, 20頁

42) 落合威, 建築禁止を求める日照權紛争とその處理の實態 : 東京地裁保全部における實情, ジュリスト 第490號(1971. 10.) 35頁.

둘째, 일반적인 인격권의 침해가 되기 위해서는 개인의 인격에 대한 직접적인 침해가 가해져야 하므로 일조권 침해는 개인적이고 사적인 영역의 보호에 한정된 인격권으로 보호하기에 적합하지 않고<sup>43)</sup>, 일조방해는 건강침해의 문제가 될 수 있을 뿐이고 인격권의 침해로 되는 경우는 거의 없다고 한다.<sup>44)</sup>

#### (마) 環境權說

일조권의 법적 근거로서 환경권이라는 새로운 하나의 절대권으로 인정하여 환경권을 추상적인 권리가 아니라 직접 침해행위의 배제를 구할 수 있는 구체적이고 배타적인 지배권으로 보아야 한다는 견해이다.<sup>45)</sup> 그 근거로서 우리 헌법 제 35조 제1항의 ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’에서 찾는다. 자유재인 대기·물·일조·통풍 등의 환경은 인간 모두가 향유하는 재산으로서 지역주민 전체에 평등하게 분배되어야 할 자원이므로<sup>46)</sup>, 한 주민이 다른 주민들의 승낙이나 동의도 없이 독자적으로 이용하거나 오염시킨다면 그 자체로서 타인의 권리의 침해가 되고 위법하다는 것이다. 따라서 환경의 침해 내지 개연성이 있으면 지역주민 중 누구라도 별도의 법익 침해사실을 내세울 필요 없이 바로 유지청구와 손해배상청구를 할 수 있다고 하는 입장이다.<sup>47)</sup>

이 학설에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기된다. 첫째, 헌법 제35조가 환경권을 기본권을 규정하고 있다고 하여 이로써 모든 국민 개개인이 환경권이라는 私法的인 權利가 창설된다고 볼 수는 없으므로 실정법상의 근거가 부족하다<sup>48)</sup>.

43) Peter Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, Das Gutaachten Marburgers zum 56. DJT(1986). Bd. I S. C119.

44) 全京暲, 前揭論文, 440면.

45) 李勇雨, 公害防止訴訟, 「裁判資料 제2집」, 법원행정처, 1979, 226면.

46) 이 학설에서의 특징은 환경이란 土地所有者나 占有者의 獨占物이 아니라 地域住民의 共有物로 보고 있다는 점이다(大阪辯護士會環境權研究會, 環境權, 日本評論社., 1973, 156頁).

47) 崔相鎬, 「環境權」, 螢雪出版社, 1998, 45면; 趙鍾炫, 環境權의 民事法理, 「債權法에 있어서 自由와 責任: 金亨培教授華甲記念論文集」, 博英社, 1994, 688면.

48) 대법원도 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권은 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기

우리 민법 제35조 1항은 환경권을 국민의 기본권으로 규정하면서 국가와 아울러 국민에게도 환경보전을 위해 노력할 의무를 지우고 있는데, 이는 입법방침을 제시한 프로그램적인 규정에 지나지 않거나 국가에 대한 권리에 지나지 않고, 私人間에는 私法의 일반규정을 통하여 간접적으로 적용될 뿐 이로써 사인 개개인에게 환경권이라는 구체적·주관적 권리가 창설될 수는 없다고 한다.<sup>49)</sup> 독일에서도 깨끗한 물이나 공기와 같은 環境材(Umweltgüter)를 독일 민법 제823조 1항의 絕對權으로 보자는 주장이 있으나<sup>50)</sup>, 청구권자의 인적 범위를 확정할 수 없다는 점과 이러한 경우에 공법상의 民衆訴訟(Popularklage)이 인정되어야 한다는 점 때문에 지지를 받지 못한다.<sup>51)</sup> 둘째, 공해가 타인의 생명·신체에 대한 직접적인 피해나 정신적인 고통을 가하거나 가할 우려가 있을 때에는 불법행위에 기초한 방해의 제거나 예방청구권을 행사할 수 있을 뿐 아니라 人格權에 기초한 금지청구도 할 수 있으나, 직접적인 피해가 없는 경우에는 단순히 환경의 보존을 위하여 환경권에 기초하여 금지청구를 하는 것은 허용될 수 없다고 한다.<sup>52)</sup>

#### (바) 日照權說

일조방해로 인한 유지청구나 손해배상은 곧바로 일조권에 근거한다는 것으로 일조권은 햇빛의 향유를 위하여 사회적 통념과 과학적 지식에 의하여 설정된 일

---

본권으로서의 환경권에 관한 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하기 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것으로 보기 어렵고, 사법적인 환경권을 인정하려면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서 환경권을 인정하려면 그에 관한 명문의 규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.” 라고 판시하고 있다(대판 1995. 9. 15. 95다23378; 대판 1997. 7. 22, 96다56153).

49) 鄭萬朝, 環境權에 관한 考察, 法曹 第27卷 第4號, 1978, 24면.

50) Johannes Köndigen, Überledigungen zur Fonbildung des Umbelthauptpflichtrechts, UPR 1983, S.349ff.

51) Peter Marburger, a.a.O., S. C120.

52) 尹眞秀, 環境권침해를 이유로하는 유지청구의 허용여부, 재판실무연구 제1권, 수원지방법원, 14면.

조기준의 한도 내에 인정된다고 하며, 日照의 阻害가 설정된 일조기준에 미달된 경우에 일조의 침해가 있다고 한다.<sup>53)</sup>

이 학설에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기된다. 첫째, 일조권의 개념이 아직 미확립의 개념일 뿐 아니라 행정상의 일조기준과는 달리 개별적·구체적 사정을 고려해야 할 상린관계에 있어서는 私法上의 日照基準을 설정하기 어려우며, 양당사자의 구체적 사정을 무시하고 획일적인 수치만으로 일조권의 유무를 판단하는 것도 적당하지 않다고 한다.<sup>54)</sup> 건축법 제53조에서 일조 등의 확보를 위한 건축물의 높이를 제한하는 것이 불완전하고 불명확하지만 공법상의 권리라고 한다고 하더라도 이를 私法上의 日照權을 인정하는 근거규정이라고 볼 수는 없고, 건축법규에서 일정한 행위를 제한함으로써 발생하는 反射的 利益에 불과하다고 한다.<sup>55)</sup>

#### (사) 不法行爲說

일조권 침해에 대한 사법적 구제의 근거로서 반드시 물권이나 인격권 또는 환경권 등의 지배권(Herrschaftsrecht)의 존재를 요구할 필요가 없고, 생활이익의 침해에 의하여 불법행위를 구성하는 경우에는 그 효과로서 손해배상 뿐만 아니라 방해배제까지 청구할 수 있다고 하는 견해이다.<sup>56)</sup> 불법행위의 억제제 법의 이념일 뿐 아니라, 불법행위의 특수유형으로 볼 수 있는 채무불이행의 법적 효과로서 금전배상주의와 함께 현실적인 이행강제라는 原狀回復을 인정하고 있으므로 일반불법행위에서도 원상회복으로서 방해배제청구를 할 수 있다고 한다.<sup>57)</sup> 아울러, 불법행위에 대한 구제는 금전배상을 원칙으로 하지만 예외적으로 민법 제764

53) 楠本安雄, 日照權と都市空間 : 私法的 救濟の方向, JURIST 第506號(1972. 6.), 1972, 93-116頁.

54) 好美清光, 前掲論文, 229-230頁.

55) 全京暲, 전게논문, 442면.

56) 浜田稔, 不法行爲の效果に關する一考察, 私法15, 101頁; 伊藤高義, 差止請求權, 現代損害賠償法講座 5, 日本評論社, 1973, 396頁.

57) 柳元奎, 前掲書民, 297면.

조와 같은 ‘適當한 處分’을 인정하고 있으므로 일반불법행위에서도 방해배제청구를 인정할 수 있다고 한다.<sup>58)</sup> 불법행위설은 고의·과실을 요건으로 하는 순수한 의미의 불법행위설을 취하는 견해는 거의 없고, 위법성의 판단기준으로서의 受忍限度만을 불법행위의 성립요건으로 보는 불법행위설이 주를 이루고 있다.<sup>59)</sup>

이에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기된다. 첫째, 고의·과실이 수인한도를 정하는 기준이 되는 것이 아니고 일조권이 인정되느냐의 여부를 정하는 기준이 되게 되어 被害者에게 不利하게 되는 경향이 있다.<sup>60)</sup> 둘째, 불법행위의 효과로서의 손해배상의 방법으로 금전배상주의를 취한 것은 원상회복주의를 배척한 것으로 볼 수 있는데 민법의 명문의 규정(\$394, \$763)에 반하는 무리한 해석이라는 점이다.<sup>61)</sup>

#### (아) 검토

이상의 학설들은 대체로 나름대로의 논거와 장점을 갖고 있지만 인격권설이나 환경권설 및 불법행위설은 실정법적 규정의 범위를 넘어선 것이어서 해석론으로 수용하기는 어렵다고 본다. 그리고 다수설과 판례의 지지를 받는 물권적 청구권설의 경우에는 被害地의 상하의 범위 내에서 이루어지는 일조권 침해행위에 대한 방해제거나 방해예방으로서의 유지청구권의 근거로서는 의미가 있을지 모르겠지만, 加害地에서 토지의 사용권능에 의해서 이루어지는 건물의 신축 등으로 이루어지는 일조권 침해에 대한 유지청구권의 근거는 될 수 없다고 본다. 결국, 일조권 침해의 문제는 이웃한 토지 소유자간의 토지사용권능의 충돌로 발생하는 문제이므로 相隣關係法에 의한 利害關係의 調節이 관건이라고 보고, 그 해결기준을 제시한 것이 민법 제 217조의 適當措施義務 履行請求權과 受忍限度論이라고 본다.<sup>62)</sup> 이하에서 구체적으로 살펴본다.

58) 尹喆洪, 前掲論文, 365면 참조.

59) 野村好弘, 受忍限度について、公害研究 1-3, 71頁.

60) 好美清光, 前掲論文, 225-226면.

61) 具然昌, 前掲論文, 108면; 柳元奎, 前掲書, 298면.

62) 일조권이나 조망권 침해와 같은 유형의 분쟁에서 소유권에 기한 방해배제청구를 인정하는

## (2) 日照權의 本質 및 留止請求權의 根據

토지의 소유권은 토지의 상하에 미치므로 순수한 토지소유권에 기초한 물권적 청구권만으로는 일조의 방해에 대한 방해제배제제를 구할 근거가 부족하다. 왜냐하면, 일조의 침해는 被害地의 上部에서 어떠한 방해가 이루어지는 경우라기보다는 加害地에 건물 등의 인공물에 의해 일조를 차단하는 방법으로 이루어지므로, 일조가 경유하는 加害地에서의 방해행위에 대하여 침해당한 被害地의 소유권에 기초한 물권적 청구권에 따른 방해배제 등을 구하기는 어려움이 있다. 일조가 이웃토지의 상부를 거치지 않고 자신의 토지에 수직으로만 비출 수 있다면 몰라도, 일조는 지역이나 시기에 차이는 있더라도 대부분이 이웃의 토지의 상부를 통과하여 해당 토지에 도착하는 것이다. 따라서 被害地의 소유권에 기초한 물권적 청구권에 의해 加害地에서의 방해행위를 제거하는 것을 무제한적으로 허용한다면, 이는 이웃하는 가해지의 소유권과 피해지의 소유권이 충돌하는 결과가 된다. 따라서 이러한 경우 일조의 침해로 인한 유지청구의 근거는 相隣關係法에서 찾아야 하는 것이고 그 법적 근거는 민법 제217조의 生活妨害(Immission)이라고 본다.

일조권의 침해로 인한 私法的 救濟의 근거를 일조권의 본질로부터 출발하는 입장과, 이웃 토지와 관계나 방해행위 자체에서 찾고자 하는 입장으로 나누어 볼 수 있다. 물권적 청구권설, 인격권적 청구권설, 환경권설, 생활이익설이 전자의 입장에 선 것이라면, 상린관계설, 불법행위설, 반사적 이익설<sup>63)</sup> 등은 후자의 입

것이 타당한지, 아니면 환경권이라는 권리를 私法상의 권리로 인정하고 이에 더 잡아 그 구제수단을 도출하여야 할 것인지에 관하여, 환경권을 중심으로 하는 사고방식의 입장에서서 임의시온 또는 生活妨害에 관한 민법 제217조의 규정에서 출발하여야 한다는 입장이 있다. 그 이유로 이 규정은 소유자들의 상린관계를 규율하는 상린관계법에서 핵심적인 규정일 뿐만 아니라, 민법에서 소음, 진동 등 환경 침해를 규율하는 것을 목적으로 하고 있는 유일한 규정이라는 것을 든다(金載亨, 所有權과 環境保護 -民法 제217조의 意味와 機能에 대한 檢討를 중심으로-, 人權과 正義 第276號, 대한변호사협회, 1999. 8. 22면); 우리 대법원이 명문의 규정에 근거하지 않은 환경침해로 인한 구제방법을 부정하는 상황에서 제217조는 그 해석방법에 따라 많은 환경침해 및 생활방해사건에서 적절한 구제방법을 제시하는 근거로 활용될 수 있다는 견해고 참고할 필요가 있다(郭龍燮, 民法 제217조 제1항의 '適當한 措處', 司法論集 第38집, 2004, 450면).

63) 일조는 어떤 특정 토지 자체에 귀속되는 고유한 권리가 아니고 단지 타인토지의 미사용을

장에 선 것으로 볼 수 있다. 이 중 日照權의 본질로부터 일조권 침해의 유지청구나 손해배상을 인정하는 입장은 일조권의 권리성을 강조한 나머지 경우 加害地の 토지소유권에 대한 제한의 근거를 명확히 밝히지 못하는 측면이 있다. 피해지에서 일조이익을 받는 것이 어떠한 본질의 권리라고 하던지 간에 그것이 일조가 경유하는 加害地の 토지사용의 제한을 정당화하는 근거는 될 수 없다. 일조권의 본질이 무엇인가의 문제와 일조권의 침해 시 어떠한 근거에 근거하여 그 법적 구제를 청구하여야 하는지의 문제는 구별하여야 한다.

그렇다면 일조권의 본질은 무엇인가? 일조권의 본질이 토지소유권에 포함되는 권리인지 아니면 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 가지고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등의 生活利益에 속하는 것인지가 문제된다. 일조의 이익은 특수한 계절이나 장소에서만 누릴 수 있는 것이라기 보다는, 장소나 밤과 낮 혹은 계절에 따라 약간의 차이는 있을지언정 모든 지구상의 어느 곳에서든 누리고 있는 것으로서 土地所有權에 포섭되는 權利라고 보아야 할 것이다.<sup>64)</sup> 즉, 일조권은 해당토지의 소유권에 기초하여 土地所有者的 使用權能에 속하는 권리라고 할 수 있고, 따라서 해당 토지 내에서 이루어지는 방해행위에 대하여는 그 토지 소유권에 기초하여 방해배제나 예방을 청구할 수 있다. 문제는 가해지의 土地所有者가 그 토지의 소유권에 기초하여 건축물 등을 축조함으로써 일조의 방해를 하는 경우에 침해받는 토지의 소유권에 기초하여 방해배제를 청구할

---

전제로 타인 토지를 경유하여 혜택을 받는 것에 지나지 않는다는 입장으로, 이에 따르면 피해지의 소유자가 경유지에 대하여 地役權등을 가지고 있는 않은 이상 경유토지소유자의 토지사용이 害意에 의한 권리남용을 구성하는 경우 이외에는 日照侵害를 이유로 하는 유지청구는 물론 손해배상청구의 여지는 없게 되므로 결과적으로 일조권의 權利性を 부인하는 견해이다(尹容燮, 前揭論文, 9면 참조).

64) 태양으로부터 오는 일조에 의해 지구상의 모든 생물이 에너지를 얻는 원천이 된다는 점에서 공기중의 산소 이상의 중요성을 갖는 이익을 갖는 것이어서 단순한 생활상의 이익으로만 볼 것은 아니다. 물론, 우리 대법원은 생활상의 이익에 대하여도 객관적인 이익으로 인정할 수 있다면 법적 보호의 대상으로 보아, 인접대지에 수인한도를 넘는 건축물의 신축으로 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상으로 수인한도를 넘는 경우에는 위 토지 등의 소유자는 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다고 그 법적 보호를 거부하는 것은 아니다(대판 1997. 7. 22, 96다56153).



수 있는가? 즉, 민법 제214조의 소유권에 기초한 물권적 청구권에 의하여 피해토지의 방해행위를 배제할 수 있는가? 이것은 土地所有權의 限界를 벗어나는 것으로서 불가능하다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 피해지에서 가해지의 방해행위를 배제할 법적 근거는 무엇인가? 그것은 민법 제217조의 相隣關係에서 찾아야 할 것이다. 민법 제217조는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치(조치)를 할 의무를 규정하고 있는 바, 일조 침해로 인한 ‘土地의 使用’을 방해당하고 있는 경우에 해당하여 適當措施義務를 履行請求權으로부터 留止請求權의 근거를 찾아야 한다고 생각한다.

### (3) 民法 제217조의 沿革

독일민법상의 임밋시온의 법리는 로마법상의 규정들을 받아들여 독일 보통법상의 학설과 판례를 통하여 발전되어 입법화된 것으로 처음에는 ①가해자와 피해자가 상하로 직접 接着한 경우이어야 하고, ②임밋시온의 종류로 연기, 물, 석편, 증기 등의 有體物에 한정되었으며, ③이러한 것들 이웃 토지에 人爲的으로 誘導한 경우에 한정되었으나, 입법의 발전과정에서 점차 완화되어 갔다.<sup>65)</sup>

우리 민법 제217조는 구민법(현행 일본민법)에는 없었으나 우리 민법의 제정시 독일민법 제906조와 스위스 민법 제684조의 영향을 받아 신설된 조항으로서, 임밋시온법에 대한 인식의 부족과 구민법시대의 전통 때문에 그 독자적인 意義를 충분히 인정받지 못하고 있는 것이 현실이다. 우리 민법 제217조에 관하여 1954. 10. 26.국회에 제출된 정부안 제206조는 “토지 소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 것으로 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적절한 조치를 할 의무가 있다. 이웃 거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 適宜한 것일 때에는 이를 인용할 의무가 있다.”라고 되어 있었다. 그 후 ‘이웃 거주자의 생활에 고통을 주는 경우’ 뿐만 아니라 ‘이웃 토지에 손해를 주는

65) 柳元奎, 前掲書, 293면.

경우'도 포함되게 된 것이다.<sup>66)</sup> 이 조항의 제안당시의 독일민법 제906조는 다음과 같이 되어 있다. “토지 소유자는 다른 토지에서 나오는 가스, 증기, 냄새, 연기, 매연, 열, 음향, 진동 이와 유사한 작용의 그의 토지에 침해하지 아니하거나, 그 침해가 비본질적 침해이거나, 가해자의 이용방법이 장소적 관행에 비추어 같은 상황에 있는 다른 토지들에 통상적인 것이 때에는 이러한 작용을 금지시킬 수 없다. 특별한 유도에 의한 침입은 허용되지 않는다.” 이 규정에 대하여 상린공동체이론에 따른 배려의무가 결여되어 있고 피해자의 구제를 위하여 불충분하다는 비판이 제기되어 1959. 12. 22. 다음과 같이 개정되었다. ① 토지 소유자는 다른 토지에서 나오는 가스, 열기, 냄새, 연기, 열, 음향, 진동 및 기타 이와 유사한 간섭이 토지를 방해하지 아니하거나, 그 방해가 非本質的 妨害인 경우에는 그 流入을 금지할 수 없다. ② 本質的 妨害<sup>67)</sup>가 가해지의 場所的 慣行에 따른 이용으로 인하여 발생하고 같은 종류의 토지 이용자에게 경제적으로 이용 가능한 조치를 취하여도 방지할 수 없는 때에도 같다. 다만, 그 침해가 자기의 장소적 관행에 따른 이용 또는 수익을 기대할 수 있는 정도를 넘어서는 때에는 가해지의 이용자에게 적절한 금전보상을 청구할 수 있다. ③ 特別한 誘導에 의한 流入은 허용되지 않는다.

우리 민법 제217조는 독일 민법 제906조과 영향을 받아 제정된 것이지만 독일 민법과는 그 성격에 차이가 있다. 첫째, 독일민법은 피해지 소유자의 소유권에 기초한 방해배제청구권을 당연히 전제로 하면서 相隣關係的 觀點에서 그 청구권을 제한하려는 입법 의도하에서 제정된 것이다.<sup>68)</sup> 그러나 우리 민법은 제217조 2항에서 통상의 용도에 적당한 것일 때에는 인용할 의무를 규정하고 있지만, 제1항에서는 매연 열기체 등으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치의무를 해야 한다는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 독일민법이 상린관계적 관점에서 토지소유권에 기초한 방해배제청구

66) 民議院 法制司法委員 民法案審議小委員會, 民法案審議錄 上卷, 1957, 138면.

67) 독일 민법 제906조에서 ‘본질적(wesentlich)’이라는 용어는 대체로 “중대한(erheblich)”이라는 용어와 동일한 것으로 이해되고 있다(金載亨, 前揭論文, 32면 참조).

68) 柳元奎, 前揭書, 295면.

권의 제한에 중점이 있다면, 우리 민법 제217조는 土地의 使用을 妨害하거나 生活利益의 侵害를 하지 않도록 適當한 措施를 할 義務에 중점이 있다고 할 수 있다. 이러한 조치의무는 민법 제214조에서 규정하는 토지소유권에 기초한 방해배제청구권이라고 볼 필요는 없고, 그와는 별도로 민법 제217조에 기초한 독자적인 適當措施義務 履行請求權으로 보아야 한다.<sup>69)</sup>

둘째, 독일민법 제906조에서는 장소적 관행에 따른 토지이용을 보장하면서도 이로 인한 피해지 소유자의 調停的 報償請求權을 인정함으로써 토지이용의 제한을 할 수 없는 경우에도 금전적 보상을 함으로써 조화와 형평을 기하고 있지만, 우리 민법 제217조에서는 손해의 배상이나 보상에 관한 별도의 규정을 두지 않고 있다. 우리 민법상 상린관계 규정 중에 손해보상을 규정하고 있는 경우도 있지만(민법 제216조 제2항, 제218조, 제219조 등), 생활방해에 관한 민법 제217조에서는 이에 관한 별도의 규정을 두지 않고 있다는 점도 독일민법과 큰 차이라고 할 수 있다.

따라서 우리 민법은 제안당시의 독일민법의 영향을 받은 것은 사실이나 토지소유방해나 생활이익의 침해를 방지하기 위한 適當措施義務 履行請求權을 규정하였다는 점이나, 조정적 보상청구권을 두지 않았다는 점에서 독자적 의미를 갖는 입법으로 평가할 수 있음에도 그 해석에 있어서 독일법상의 해석론에 영향을 받고 있는 것이 사실이다.

#### (4) 우리 民法의 特徵

독일 민법 제906조의 임밋이온 법리에서 유래한 우리민법 제217조의 “煤煙 등에 의한 隣地에 대한 妨害禁止”규정은 민법 제3장 제1절의 소유권의 한계에 관한 규정들 중 상린관계에 관한 규정으로 토지소유자들 사이의 소유권행사의 형평을

69) 민법 제217조는 제214조의 소유물방해배제청구권을 전제로 하여 이를 補充(제1항) 또는 制限(제2항)하는 규정으로서 민법 제 217조제1항에 따른 적당한 조치를 취한 경우에는 제214조에 기한 방해배제청구권도 발생하지 않는다고 보아야 하므로, 제217조는 제214조의 특별규정이라고 할 수 있다는 입장도 있다(金載亨다, 前揭論文, 40면).

조절하려는 데에 그 규범의 목적이 있다. 민법 제217조는 토지사용방해와 생활방해에 대한 적당한 조치의무를 부과할 뿐 아니라 그 방해상태가 통상적인 경우에는 인용의무도 함께 규정하고 있어 이웃한 토지 소유자간의 일조방해에 관한 기준을 제시하고 있다. 즉, 제1항의 토지사용방해와 생활방해에 대한 적당한 조치의무는 토지소유자의 적극적인 이용기능의 한계를 규정한 것이라면, 제2항은 이웃 토지소유자의 소극적인 방어기능의 한계를 아울러 규정한 것으로 볼 수 있다.<sup>70)</sup> 일본에서 물권적 청구권설, 인격권설, 혹은 불법행위설 등이 학설과 판례를 통해 적극적으로 제시되고 있는 이유 중의 하나는 일본에는 우리 민법 제217조에 상응하는 규정을 두고 있지 않기 때문이라는 점도 유의해야 한다.<sup>71)</sup> 일조권의 법적 성질을 물권, 인격권, 환경권 또는 생활이익의 어느 것으로 보더라도 자신의 권리(또는 생활상의 이익)를 위해 가해지에 속한 토지소유자의 사용을 절대적으로 제한 할 수 없다는 점을 고려한다면 일조분쟁의 기본적 성격은 상린관계자간의 利害關係의 調節이라는 측면에서 검토해야 한다고 본다. 이와 같이 일본 민법은 임의시온에 관한 명문의 규정을 두지 않으므로 유지청구권의 근거를 구하기 위해 물권적 청구권이나 인격권, 환경권, 불법행위 등으로부터 그 근거를 찾고 있지만, 생활방해에 관한 명문의 규정을 두고 있는 우리나라의 민법에서는 불필요한 시도로 보인다.<sup>72)</sup> 또한 독일 민법 제906조가 주로 상린관계적 관점에서 물권적 청구권의 제한에 중점이 두어져 있다면, 우리 민법 제217조는 토지소유방해에 대한 적당한 조치의무청구권을 통한 독자적인 유지청구권의 근거를 두고 있

70) 柳元奎, 前掲書, 217면.

71) 具然昌, 前掲論文, 111면.

72) 대법원도 “헌법 제35조 제1항은 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 있으므로, 사법의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 하나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.”라고 판시한다(大決 1995. 5. 23., 94마2218).

고, 생활상의 이익의 침해에 대한 적당한 조치의 청구까지 규정하고 있기 때문에 민법 제217조는 일조권 침해로 인한 유지청구권의 독자적인 근거조항으로 보아야 한다. 따라서 생활이익의 범위까지 유지청구권의 범위를 확장시켰다는 점에서는 물권적 청구권의 制限이 아니라 擴張이라고 보아야 할 것이다.<sup>73)</sup> 즉, 이 조항을 토지소유권능에 대한 한계규정으로서만 파악하는 것은 부족하며, 토지의 사용이익과 구별되는 독자적인 의미에서의 생활이익을 인정한 것이다.<sup>74)</sup> 다만, 민법 제217조도 기본적으로는 상린관계법에 속하기 때문에 통상적인 용도에 적당한 것인 때에는 인용의무도 동시에 부과 하고 있는 것이다. 그리고 독일 민법과는 달리 우리 민법 제217조는 독일 민법 제906조가 인정하고 있는 調整的 報償請求權에 관한 규정은 두지 않는다. 이는 임의시온법에서 유지청구의 기능과 손해배상의 기능은 다르다는 점을 분명히 한 것으로 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과는 별도로 조정적 보상청구권은 인정하지 않는 것으로 보아야 한다.

##### (5) 日照侵害의 消極性 與否

민법 제217조의 방해는 積極的으로 放散되는 것이어야 하므로 일조침해와 같은 消極的 侵害(negative Einwirkungen)에는 적용되지 않는다는 것이 다수견해의 입장<sup>75)</sup>이고, 相隣關係說을 비판하는 가장 核心的인 논거이다. 그런데 소극적 침해는 민법 제217조의 방해에 포함되지 않는다고 하는 근거는 분명하지 않다. 즉, 민법 제217조의 방해행위는 積極的으로 放散되었어야 하며 消極的인 干涉은 해당되지 않는다<sup>76)</sup>고 하거나, 민법 제217조에서 규정하는 매연, 열기체, 음향, 액체, 진동 기타 이와 유사한 물질이 이웃 토지소유자를 방해하지 않도록 하는 규정을 ‘積極的 侵害行爲’만에 국한하는 규정으로 보고, 일조방해를 민법 제217조의 생활방해에 포함시키는 것은 積極的 侵害에 局限하고 있는 민법 제217

73) 趙弘植, 前揭論文, 64면.

74) 李相泰, 註釋民法(朴駿緒編輯代表) §217 註釋, 韓國司法行政學會, 2001, 541면.

75) 郭潤直, 物權法, 博英社, 2005, 181면; 全京暲, 前揭論文, 439면; 柳元奎, 前揭書, 301면.

76) 郭潤直, 物權法, 博英社, 1994, 313면; 柳元奎, 前揭書, 301면.

조의 조문의 解釋範圍를 벗어난 것이라고 한다.<sup>77)</sup> 그러나 민법 제217조에서 ‘기타 이와 유사한 것’에 의한 방해나 고통을 주는 행위가 적극적인 침해행위만을 의미한다고 자명하게 해석되어지는 것은 아니다. 왜냐하면, ‘이와 유사한 것’이 不可量物(Imponderabilien; unwägbar Stoffe)만을 의미하는지<sup>78)</sup>, ‘일정한 토지 이용과 불가피하게 결합되어 있는 干涉(Einwirkung)’<sup>79)</sup>인지의 견해의 대립이 있고, 積極的 放散이어야 하는지 消極的 干涉(Negative Immission)도 포함되는지, 혹은 私娼街나 屍體室의 운영과 같은 觀念上의 侵襲(ideelle Immission)도 포함하는지에 대하여 학설상 논쟁이 되고 있는데<sup>80)</sup>, 이러한 점들이 조문자체의 문리적 해석을 통해 적극적 침해행위에만 국한된다고 볼 수 없기 때문이다. 또 ‘이와 類似한 物質에 의한 방해’라면 소극적 간섭이나, 관념상의 侵襲은 제외된다고도 볼 수 있으나, 민법 제217조의 ‘이와 類似한 것’은 폭 넓은 해석의 여지가 있는 것이므로 소극적 침해를 배제할 명백한 근거는 되지 못한다고 본다.

그렇다면 일조건 침해는 민법 제214조의 소유권에 기초한 물권적 방해배제청구권의 대상이 되는가? 독일 민법은 제906조에서 가스, 증기 등에 의한 간섭이 토지의 이용을 非本質的으로만 방해하는 경우에 이를 금할 수 없고, 수인한도를 넘는 방해를 하는 경우에는 調整的 金錢報償만을 청구할 수 있을 뿐 별도의 적당조치를 청구할 수 있는 근거규정이 없다. 따라서 독일민법에서는 제 906조의 侵襲에 근거한 물권적 청구권을 인정할 수 없으므로 독일 민법 제1004조에 근거한 물권적 청구권을 행사할 수밖에 없다. 그런데 독일에서는 독일민법 제1004조의 소유권에 기초한 물권적 청구권을 행사하기 위한 침해행위에 소극적 침해행위도 포함되는지가 문제가 된다. 이에 대하여 독일의 다수설은 소극적인 침해는 독일민법 제1004조의 침해에 포함되지 않는데, 그 이유는 自己의 土地의 境界를

77) 全京暲, 前掲論文, 439면.

78) 金曾漢, 物權法講義, 博英社, 1984, 192면; 李英俊, 前掲書, 393면.

79) 郭潤直, 前掲書, 312면.

80) 독일에서는 어떤 사람이 이웃의 반대를 무릅쓰고 자신의 정원에서 공공연하게 성행위를 하는 경우에는 인격권의 침해가 되지만, 외설 서적을 소원도에 진열하는 경우에는 길을 가던 사람이 시선을 외면하면 되기 때문에 인격권 침해가 되지 않는다고 하는 판례가 있다(BGHZ 64, 178).

넘지 않고서 자기의 토지를 이용하는 것은 독일민법 제903조(소유권의 권능)에 따른 所有權의 行使로 보아야 한다는 것이 多數說<sup>81)</sup>과 判例<sup>82)</sup>의 입장이다. 그러나 다수설의 입장에서도 그것이 水道나 電氣와 같이 '生存에 必要한 手段'의 조달이나 通行을 좌절시키는 것인 경우에는 허용된다고 한다. 그러나 학설 중에 소극적 침해를 방해에서 배제할 법률적 근거가 없다고 하여 통설에서 반대하는 견해도 있다.<sup>83)</sup>

우리나라에서도 소극적 침해가 민법 제214조에 근거하여 소유권에 기초한 물권적 청구권의 대상이 되는지에 대하여 이를 부정하는 입장<sup>84)</sup>도 있지만, 긍정하는 견해가 많다.<sup>85)</sup> 즉, 消極的 侵害라고 하여 민법 제214조에서 말하는 妨害에 해당하지 않는다고 볼 이유는 없고, 방해의 유무는 그야말로 방해당하는 소유자의 입장에서 판단할 것이라고 한다. 따라서 소극적 침해에서 문제가 되는 것은 그러한 자기 토지의 이용이 허용되는 것인가 하는 그 방해의 違法性이 문제의 문제라고 할 수 있다고 한다. 방해의 위법성문제는 소유자가 방해를 수인할 의무가 있는가를 사회관념에 비추어 신중하게 검토하여야 하며 민법 제217조의 '이웃 토지의 통상의 용도에 적당할 것'이라는 기준이 하나의 실마리를 제공해 줄 수 있다는 견해도 이 입장에 속한다.<sup>86)</sup> 또한 소극적 침해는 소유권침해로 보아야 한다고 전제하고, 소극적 침해를 소유권침해로 인정하는 이상 이러한 경우에도 민법 제217조를 적용 또는 유추적용하여 수인의무를 정하는 것이 바람직하다는 입장도 있다.<sup>87)</sup>

81) Münchener Komm./Medicus a.a.O, S. 1069f.; Staudinger Komm./Karl-Heinz Gursky 12. Aufl., 1993, 1004 Rdnr.64. S.371f.

82) BGHZ 88.344=1984, 729.

83) Münchener Komm./Medicus a.a.O, S. 1069f.

84) 全京暲, 前揭論文, 438면에서는 자기의 토지의 이용이 상린관계자의 보호를 위하여 소유권의 내용을 제한하는 法規定이나 建築法規定 등에 반하지 않는 한 소극적 침해는 제214조의 방해에 해당되지 않는다고 한다.

85) 李英俊, 前揭書, 488면; 판례도 소극적 침해사건인 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대사건)에서나 대판 1998. 4. 28, 97다48913(봉은사가건)에서 민법 제214조의 물권적 청구권에 근거한 방해배제를 인정하고 있으므로 판례의 입장도 긍정설의 입장에 있다고 볼 수 있다.

86) 梁彰洙, 注解民法(郭潤直編輯代表) §214 注解, 博英社, 1992, 245면.

생각건대, 소극적 침해가 민법 제217조에 의한 방해행위에 포함되는지의 여부는 별론으로 하고, 우리 민법 제214조에서의 물권적 청구권의 대상에는 소극적 침해를 포함하게 되면 자신의 토지 내에서 행하는 정당한 권리의 행사도 부정하게 되는 모순이 발생하므로 積極的 侵害行爲에 한정된다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 우리 민법 제217조의 방해행위에 소극적 침해행위도 포함한다고 볼 수 있는가? 이를 긍정하는 논거는 다음과 같다. 우리 민법은 적극적·물리적 침해와 소극적·정신적 침해를 구별하지 아니할 뿐 아니라 민법 제217조는 토지 소유권뿐만 아니라 생활의 안온을 보호하는 것이므로 공해의 원칙규정으로서 넓게 해석하여야 한다는 것을 들고 있다.<sup>88)</sup> 또한 민법 제217조 1항은 토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무를 토지소유자에게 부과하고 있다는 점에서 소유권의 침해뿐만 아니라 소극적 침해에 대하여도 적용되어야 한다고 한다.<sup>89)</sup> 또한 우리 민법 제217조는 독일과 달리 “流入”이라는 용어를 사용하지 않고 있기 때문에, 소극적 침해를 제217조에 의하여 포섭하더라도 문언에 반하는 것은 아니고, 우리나라에서는 상린공동체관계에 기한 손실보상청구권이 인정되지 않고 있기 때문에, 소극적 침해의 경우에도 상린공동체관계에 기한 손실보상이 인정하고 있는 독일과는 법상황이 동일한 것은 아니라는 것을 근거로 소극적 침해에 대하여도 점도 민법 제217조가 적용될 수 있다고 한다.<sup>90)</sup>

생각건대, 消極的 侵害行爲도 민법 제217조의 방해행위에 포함된다고 보아야 하므로 이로 인한 적당조치의무 이행청구권으로부터 일조권 침해로 인한 유지청구권의 근거를 구할 수 있다고 본다. 그 논거는 다음과 같다. 우리 민법 제217조에 상응하는 독일 민법 제906조는 임밋시온에 대하여 상린관계에 근거하여 토지의 방해가 본질적인 것이 아닌 경우에는 물권적 청구권의 제한과 수인한도를 넘는 경우의 조정적 금전보상만을 규정하고 있으므로 본질적 토지의 방해가 있는

87) 金載亨, 所有權과 環境保護, 韓國民法理論의 發展, 博英社, 1999, 318-319면.

88) 李英俊, 前揭論文, 394면; 李相泰, 前揭書, 544면.

89) 洪性載, 前揭書, 183면; 李德煥, 前揭論文, 40면.

90) 金載亨, 前揭論文, 31면.



경우에는 소유권에 기초한 물권적 방해배제청구권을 행사한다고 한다. 그런데 독일민법 제1004조의 소유권에 기초한 물권적 청구권은 소극적 침해에만 해당한다는 견해가 통설적 지위를 차지하고 있다. 따라서 독일 민법 제906조의 임밋시온에 의한 토지방해는 소극적 방해를 포함할 수 없다고 한다. 그러나 우리 민법은 생활방해를 통해 이웃의 토지를 방해하는 경우에는 민법 제217조 제1항의 규정에 의하여 적당조치의무 이행을 청구할 권리가 있다. 더 나아가 독일민법이 토지방해의 경우에만 임밋시온을 인정함에 대하여 우리 민법은 거주자의 생활에 고통을 주는 생활이익의 침해의 경우에도 적당조치의무 이행청구권을 인정하고 있다는 점이 독일민법과 차이가 있다. 따라서 생활방해가 있는 경우에 민법 제214조의 소유권에 기초한 물권적 청구권을 행사할 필요가 없이 민법 제217조에 근거한 적당조치의무의 이행을 청구할 수 있으므로 소유권에 기초한 물권적 청구권의 행사에서 논의되는 소극적 침해를 배제할 필요는 없다고 본다.

따라서 우리의 판례에서는 일조나 조망과 같은 소극적 침해의 사안에 대하여 민법 제217조에 의한 유지청구의 인정여부를 살피지 않고, 대신 민법 제214조의 물권적 청구권에 의한 유지청구를 인정하는 것은 독일 민법과 우리 민법의 차이를 간과한 것으로 특히 상린관계에서의 생활방해의 규율로서는 바람직하지 못하다고 보인다.

## 2. 損害賠償請求權의 法的 構成

일조권 침해시의 私法的인 구제수단으로서 유지청구권과 별도로 손해배상청구권을 행사할 때 민법 제217에 기초하여 직접 청구할 수 있는지, 아니면 불법행위의 요건을 충족한 경우에 한하여 손해배상청구권을 인정할 것인가가 문제이다. 왜냐하면, 민법 제217조에 의한 손해배상청구권을 인정할 경우에는 고의·과실, 위법성 및 인과관계 등과 같은 일반불법행위의 요건에 대한 입증 없이 상린관계의 법리에 따라 수인한도를 초과하는 방해행위를 한다는 사실을 입증하여 유지청구권과 손해배상청구권의 행사를 인정함으로써 一元論의 法理構成을 할 수 있기 때문이다. 그런데 우리 민법은 독일 민법 제906조와 같은 調整的 損害賠償을 인

정하는 명문의 규정이 없는 경우에도 상린관계법에 속하는 민법 제217조에 의하여 직접 손해배상을 청구할 있는지가 문제된다.

### (1) 二元說

일조권 침해로 인한 피해자는 민법 제217조의 적당조치의무의 이행청구로서 유지청구와 아울러 손해가 발생하면 민법 제750조에 따라 불법행위를 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있다는 입장으로 다수설<sup>91)</sup>과 판례<sup>92)</sup>의 입장이다. 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위해서는 행위자에게 고의·과실이 있어야 하며, 그 가해행위가 위법하고 피해자에게 손해가 발생하여야 할 뿐만 아니라 가해행위와 손해 사이에 인과관계가 있어야 한다. 이 경우 故意·過失의 입증을 요하지 않는다는 견해가 있다.<sup>93)</sup> 왜냐하면, 피해자가 인용하여야 할 정도를 넘어서 유해한 방산을 하지 않도록 적당한 조치를 하여야 할 의무를 위반한 데에 대한 책임이기 때문에 과실을 인정할 수 있기 때문이라고 한다. 그러나 이 경우 무과실책임을 인정했다 라기 보다는 과실책임주의의 원칙상 손해배상청구에 있어서 고의·과실은 필수적 요건이며 다만, 그 입증책임이 경감될 뿐이라고 보는 입장도 있다.<sup>94)</sup>

### (2) 一元說

우리 민법 제217조의 생활방해에 기초한 상린관계법리에 기초하여 유지청구권을 인정하고, 손해배상청구에 관하여는 불법행위법으로 처리하게 되면 청구권의

91) 郭潤直, 前掲書, 314면; 柳元奎, 前掲書, 311면; 洪性載, 前掲書, 185면.

92) 不法行爲에 근거하여 損害賠償請求權을 인정한 사건으로는, 종합병원 永安室의 생활방해로 위자료지급을 인정한 대판 1997. 10. 28. 95다15599; 學校學生의 인근주민에 대한 생활방해사건에서 위자료지급청구를 인정한 대판 1974. 6. 11. 73다1691사건 등이 있다.

93) 郭潤直, 前掲書, 314면; 高翔龍, 物權法, 法文社, 2001, 265면.

94) 李英俊, 前掲書, 397면; 李相泰, 前掲書, 551면. 다만, 環境政策基本法 제31조 1항에서 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음, 진동등의 환경오염에 대한 공해소송에서 무과실책임주의를 채택하고 있으므로 민법 제217조의 생활방해의 원인을 거의 포괄하고 있으므로 고의·과실의 요부에 대한 실익은 없다고 본다.

기초가 되는 민법상의 조문이 달라진다는 점을 비판하며 상린관계적 구성을 시도하는 견해이다.<sup>95)</sup> 상린관계에서의 배상은 일종의 적법행위에 대한 손실보상과 공통한 기반을 가지는 것이며 생활방해에 대하여도 동일하게 생각할 수 있기 때문이라고 한다. 이것은 유지청구권을 통하여 과거의 전보를 기하는 배상원리로 작용을 하게 된다. 이 문제를 불법행위의 유형으로 처리하게 되면 고의·과실 및 위법성이 아니라, 어느 정도의 손해를 배상할 것인지와 보호범위의 문제라고 한다. 우리 민법상 조처의무를 다하였음에도 불구하고 손해가 발생한 때에는 독일 민법에서와 같은 조정적 보상을 요구할 수 있는가에 대하여, 이러한 배상청구권은 허용된 활동에 수반되는 손해로 전보하는 것이므로 이를 긍정해야 한다고 한다. 우리 민법상 상린정신의 해석에 있어서도 사회경제적 발생을 고려하여 생활방해에 대한 유지청구권이 부인되는 경우 이에 갈음하는 보상청구를 인정하고 있다고 한다. 이에 의하여 보상청구의 인정근거는 상린관계적 법리 특히 相隣的 共同關係<sup>96)</sup>에 입각한 것이라고 한다.<sup>97)</sup> 그리하여 생활방해문제를 보다 신속·간편하면서도 합리적으로 해결하고 피해자 보호의 이익을 확대하기 위하여 유지청구와 손해배상청구를 一元的으로 파악하여 상린관계법에 의해서 해결한다는 것이다. 이와 같이 구성함으로써 하나의 사실관계에서 발생하는 유지청구와 손해배상청구의 기초가 되는 민법조문이 달라지는 난점을 극복할 수 있다고 한다. 그리고 손해배상을 불법행위법적으로 해결하려는 입장에서 야기되는 故意·過失을 문제 삼을 필요가 없이 無過失責任과 같게 되고, 유지청구와 손해배상청구권 상이의 위법성에 있어서 정도의 차이를 두는 違法性段階說<sup>98)</sup>의 한계를 극복할 수 있다고 한다.<sup>99)</sup>

### (3) 檢討

독일 민법 제906조가 인정하는 손해전보청구권은 임밋시온의 放散에 대하여

95) 李德煥, 前揭論文, 49면.

96) Klauing, a.a.O., S.68.

97) 李德煥, 前揭論文, 49면.

98) 原田尙彦/千炳泰 譯, 「環境法」, 法文社, 1993, 48면.

99) 李德煥, 前揭論文, 55면.

인용의무가 있는 경우(즉, 위법성이 없는 경우)에 인정되는 조정적 보상청구권이 라면, 우리나라에서 논의되는 불법행위로 인한 손해배상청구권은 인용의무의 범위를 벗어나서 위법성이 인정되는 경우의 손해배상청구권이므로 서로 다른 것이다.<sup>100)</sup> 따라서 상린관계적 공동관계로부터 조정적 보상청구권을 인정한다면 그것을 불법행위를 대체하는 손해배상청구권이라기보다는 그것과는 별도로 인정되는 또 다른 차원의 조정적 보상청구권이어야 한다. 그런데 우리 민법상 제217조나 다른 물권편에 독일 민법906조에서와 같은 조정적 보상청구권을 인정하지 않는 이상 불법행위에 기초한 손해배상과 별도의 조정적 보상청구권을 인정하는 것은 해석론으로는 무리라고 생각한다. 따라서 일조권 침해로 인한 손해배상청구는 일반불법행위의 요건을 충족하였는지의 여부에 따라 결정하는 이원설이 타당한 것으로 생각된다. 유지청구와 손해배상청구의 위법성의 정도를 달리하는 것은 일조권 침해로 인한 유지청구의 목적과 손해배상청구의 목적이 다르므로 오히려 이를 긍정하는 입장이 타당하다고 본다.

#### IV. 結論

오늘날 일조권은 쾌적하고 건강한 생활을 보장하기 위한 중요한 권리로 인식되고 있어 이웃 간의 일조권 침해시의 분쟁을 해결하기 위한 법리를 명확하게 규명함으로써 상호간의 이해와 조절을 위한 기준을 제시할 필요성이 있다.

일조권 침해로 인한 유지청구권의 민법상의 근거에 관한 학설과 판례의 태도를 살펴본 결과, 우리나라의 다수견해 및 대법원의 취하고 있는 민법 제214조에 근거한 소유권에 기초한 물권적 청구권설은 토지소유권중심의 방해배제청구권이라는 기성의 법개념을 활용하는 점에서는 나름대로의 장점이 있지만, 가해지 건물도 역시 토지소유권의 사용권능의 행사라는 점에서 피해지의 토지소유권에 의한 유지청구가 한계가 있음을 부정할 수 없다. 독일에서는 자신의 토지 내에서의 권

100) 柳元奎, 前掲書, 311면.

물 축조 등에 의한 소유권의 행사로 일조권 침해가 소극적 침해라고 하여 소유권에 기초한 물권적 청구권의 행사를 부정하는 것이 다수설과 판례인 점에 알 수 있듯이, 被害地의 경계를 넘어선 물권적 청구권에 근거한 유지청구권이 加害地의 소유권의 행사를 배제할 수 있다고 하는 것은 매우 어색한 논리라고 밖에 볼 수 없다. 이러한 한계를 극복하기 위하여 헌법상의 환경권이나 명문의 근거가 없는 인격권이나 불법행위에 기초하여 유지청구권의 근거를 구하는 것은 현행법의 해석의 범위를 넘어선 것으로 수긍할 수 없다. 이에 관한 논의가 주로 임밋시온의 법리를 규정한 민법 제217조의 생활방해에 관한 규정을 두지 않은 일본에서 주로 논의되었다는 점을 고려한다면, 우리 민법의 해석론으로는 채택할 수 없다. 결국, 일조권 침해로 인한 유지청구권의 문제는 토지사용권능의 침해로서 단순한 생활이익의 침해를 넘어서는 권리의 침해로 보아야 하는데, 가해지의 건물축조행위 역시 토지사용권능의 일환으로 이루어진다는 점에서 이웃한 토지간의 이해를 조절하기 위한 相隣關係法으로 해결하는 것이 가장 바람직하다고 본다. 우리 민법 제217조는 독일의 임밋시온에 관한 제906조의 영향을 받아 입법된 것이지만 독일 민법 제906조가 임밋시온이 토지의 본질적인 침해가 아닌 경우의 물권적 청구권의 제한과 조정적 보상청구권만 인정하는 것에서 더 나아가, 適當措施義務를 부과하고 통상의 용도에 적합한 사용에 대하여는 忍容義務를 부과하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 따라서 일조권 침해로 인한 유지청구권의 근거는 토지사용권능의 침해시의 이해관계의 조절을 위한 상린관계규정인 민법 제217조의 適當措施義務의 履行請求權에서 찾아야 한다고 생각한다.

그리고 일조권 침해로 인하여 손해가 발생하였을 경우에 인정되는 손해배상청구권의 근거는 불법행위에 따른 손해배상으로 보아야 하며, 독일에서와 같은 조정적 보상청구권은 적어도 해석론으로 인정하기 어렵다고 본다. 설령, 입법론으로 그러한 조정적 보상청구권 인정한다고 하더라도 불법행위로 인한 손해배상청구권과는 성격이 다른 별개의 제도라고 보아야 하므로 물권법상의 留止請求權과 불법행위법상의 損害賠償請求權의 일원론적으로 법리를 구성하는 것에는 의문이 있다.

## 참고문헌

- 金容旭, 環境公害의 私法的 救濟, 法曹 第 31卷 第7號, 法曹協會, 1982. 7.
- 金載亨, 所有權과 環境保護 : 민법 제217조의 意味와 機能에 대한 檢討를 중심으로, 人權과 正義 제276호, 대한변호사협회, 1999. 8.
- 鄭萬朝, 美國의 環境法·環境訴訟概說 : 우리나라 및 日本의 現狀과의 對比, 「公害問題와 裁判(裁判資料 2輯)」, 1979.
- 具然昌, 日照權의 法的 保護, 民事法學 第6號(1985. 1986), 韓國民事法學會, 1986.
- 具然昌, 「環境法論」, 法文社, 1985.
- 郭龍燮, 民法 제217조 제1항의 '適當한 措處', 司法論集 제38집, 法院行政處, 2004. 12.
- 權龍雨, 公害의 豫防 및 排除請求, 「法과 公害」, 한국법학교수회편, 1974.
- 金基洙, 「生活妨害」에서 본 日照權論考-現行 相隣關係法規의 役割을 中心하여-, 「民法과 法學의 重要問題」, 義堂 張庚鶴博士古稀紀念論文集刊行委員會, 1987.
- 金兌奉, 日照權侵害로 인한 損害賠償請求, 民事法研究 第8輯, 大韓民事法學會, 2000.
- 김중보, 건축법상 일조권, 環境法研究 第23卷 第2號(2001. 12.), 韓國環境法學會, 2001.
- 李德煥, 民法 第217條의 適用法理, 「不動產法學의 諸問題:石霞金基洙教授華甲記念論文集」, 石霞金基洙教授華甲記念論文刊行委員會, 1992.
- 朴英雨, 임밋시온(Immission)과 受忍限度에 관한 研究, 論文集 제3권 제2호, 忠南대학교 사회과학연구소, 1976.
- 朴運吉, 留止請求에 관한 研究, 土地法學 제12호, 韓國土地法學會, 1997. 10.
- 朴昶炫, 日照侵害로 인한 공사중지가처분, 判例研究 第7輯, 釜山判例研究會, 1997.
- 손윤하, 환경침해를 원인으로 하는 민사소송에 관한 문제-일조, 조망 및 생활소음

- 을 중심으로-, 저스티스 통권81호(2004.10.), 한국법학원, 2004.
- 송오식, 조망·경관권의 침해와 환경권의 사권성-대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결(법원공보 1999. 9. 1자(89))-, 法學論叢 第24輯, 全南大 法律行政研究所, 2004. 12.
- 安二濬, 獨逸法上の Imission의 法理, 慶熙法學 제13권 제1호, 慶熙大 法學研究所, 1975.
- 梁三承, 日照權과 受忍程度, 民事判例研究(第2版)VI(1993. 5.), 民事判例研究會, 1993.
- 吳世勳, 日照權에 대한 私法的 檢討, 土地公法研究 第3輯, 韓國土地公法學會, 1996. 9.
- 柳至泰, 日照權에 대한 公法的 檢討, 土地公法研究 第3輯, 韓國土地公法學會, 1996. 9.
- 柳元奎, 民法注解V(郭潤直編輯代表) §217注解, 博英社, 1992.
- 尹容燮, 環境侵害와 損害賠償, 大韓辯護士協會誌 第95號, 大韓辯護士協會, 1984.
- 尹眞秀, 環境권 침해를 이유로 하는 유지청구의 허용여부, 대법원 판례해설 통권 제23호, 법원행정처, 1995. 12.
- 이동원, 일조권 및 조망권 침해에 관한 판례의 동향, 불법행위법의 새로운 동향 (대법원·한구민사법학회 공동주최학술대회 자료집), 2004. 12. 21), 대법원·사단법인 한국민사법학회, 2000.
- 李承寧, 日照權의 侵害가 不法行爲를 構成하기 위한 要件, 法曹 제49권 9호(通卷 제528호), 法曹協會, 2000. 9.
- 李應世, 日照權 侵害와 環境訴訟, 「裁判資料 第95輯 : 環境法の 諸問題(下)」, 法院行政處, 2002. 7.
- 전경운, 교량에 의한 日照妨害時 損害賠償의 成立與否, Jurist 第392號, 청림인터랙티브, 2003. 5.
- 全京暲, 「獨逸環境私法論」, 法元社, 1998.
- 전경운, 日照權과 展望權에 대한 小考, 延世法學研究 第5輯 第2卷(通卷6號), 延

- 世大 法律問題研究所, 1998. 11.
- 全京暲, 日照權과 展望權의 法的 妥當性에 대한 검토, 司法行政 第39卷 第11號, 韓國司法行政學會, 1998. 11.
- 全京暲, 日照妨害와 展望妨害 成立의 法的 根據와 그 限界-大判 1999. 1. 26, 98다23850, 판례공보 제77호, 351면-, 民事法學 제18호, 韓國民事法學會, 2000.
- 全昌祚, 騒音·振動 및 日照保護規制法制, 環境法研究 第4卷, 韓國環境法學會, 1982.
- 鄭權燮, 環境汚染과 私法上 의 救濟, 「法과 環境」. 한국법학교수회, 1977.
- 趙弘植, 留止請求 許容 與否에 관한 小考, 民事判例研究 XXII, 民事判例研究會, 1997.
- 崔相鎬, 「環境權」, 螢雪出版社, 1998
- 최명수, 日照權侵害에 의한 損害賠償에 관한 小考, 慶星法學 第13輯 第1號, 慶星大學校 法學研究所, 2004. 2.
- 許祥洙, 고층건물의 신축으로 인한 조망, 경관권의 침해-대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결-, 判例研究 第12輯, 釜山判例研究會, 2001.
- 洪天龍, 環境汚染 被害의 救濟, 環境法研究 14권, 韓國環境法學會, 1992.
- 黃鎮浩, 일조방해로 인한 불법행위책임, 判例研究 17輯 上(2003. 8.), 서울地方辯護士會. 2003.



<Abstract>

## Reconsideration on Legal Principles for Right of Sunshine Protection

Choi, Chang Ryeol

These days, residential life prefers a house facing south taking the sun, which is derived from the building of tens of stories to effectively use land in line with urbanization and industrialization, bringing forth increasing disputes from infringement of right of sunshine between adjacent land owners. The construction laws and regulations of each country regulating and enforcing right of sunshine works for the protection of right of sunshine with continuity and throughout the country, but on the part of a victim, a remedy through individual decision based on civil law will be more effective on a definite and final method. Like this, remedies on civil law against infringement of right of sunshine include retention demand right claiming the prohibition of construction behavior trespassing right of sunshine as an advance measure and indemnity demand right claiming monetary compensation for the damage from infringement of right of sunshine as an ex post measure, whose legal bases have been controversial.

A majority theory and a leading case thereabout in our country maintain that the infringing action of right of sunshine can be banned on the basis of reality demand right at the article 214, the civil code, but it has weak persuasion that to land use done in the infringing land, reality demand right can be exercised on the basis of the ownership of the infringed land. Also some argue that retention demand right can be exercised on the basis of environment right, personality right or tort, which can be possible as a legislation theory, but not be adopted as it trespasses the range of interpretation theory.

In Japan similar contention is presented, but we should take into account the difference in legal provisions between Japan and our country. Our country's civil law affected by the provision of German Immission has the provision on life disturbance at the article 217, the civil code, but Japan does not have the provision on life disturbance, so it strives to seek the basis of retention demand right through the broad interpretation on the provision of environment right, personality right or tort. However, the article 217, our civil code, provides an obligation to take a proper measure not to disturb the land of adjacent land, afflict any pains to life. Namely, when an infringement of right of sunshine takes place due to conflict between ownership power between both adjacent lands, the legal basis of retention demand right at the time of infringement of right of sunshine is found to be sought from the performance demand right of the proper measure duty at the article 217, civil code.

On one hand, the Immission provision at the article 906, German civil code accepts coordinated compensation demand right, but the civil code in our country can not accept an independent indemnity demand right based on life disturbance, but indemnity demand right can be accepted only it meets the requirement of a tort at the article 750, civil code.

Through the above findings, this study reached a conclusion that the legal basis of judicial rescue at the time of infringement of right of sunshine should not be found from reality demand right and other rights based on ownership, but from the performance demand right of proper measure duty at the article 217, civil code.

주 제 어 : 미군기지, 환경오염, 정화책임, 용산기지이전협정, 연합토지관리계획, 국회 환경노동위원회 청문회

Keywords : Military Bases, Environmental Contamination, LPP, Yongsan Base Relocation Plan, Cleanup, Responsibility, National Assembly Hearing