

일조권분쟁의 공법적 해결을 위한 연구

전극수*

차 례

- I. 서론
- II. 수인한도와 손해배상
- III. 공법적 접근
- IV. 공법적 구제수단
- V. 결론

I. 서론

1. 문제제기

날이 갈수록 건축물이 고층화 되고, 최근에는 공동주택의 경우에도 경쟁이나 하듯이 수십층 높이로 건축되고 있으며, 그로인하여 기존 주택등의 거주자가 이웃에 새로운 고층의 공동주택 건축으로 인하여 일조권을 침해받는다는 이유로 공사를 실력으로 저지하거나 때로 법적인 분쟁으로까지 발전되고 있다.

종래 이러한 일조권분쟁을 주로 민사적으로 해결하여 왔고, 공사진행중에 공사중지가처분을 신청하거나 공사중 또는 공사가 끝난 뒤에 소유권침해로 인한 손해배상의 방법으로 해결하고자 하였다. 그러나 그러한 방법만으로는 일조 침해의 피해를 예방하거나 직접적으로 피해회복을 하기 어려운 측면이 있으므로 건축허가 단계에서부터 이웃거주자의 일조권을 보호하는 법적장치를 마련함으로써 일조권분쟁을 미리

* 숭실대학교 법과대학 교수

예방할 필요가 있으며, 또 이웃거주자가 누려왔던 일조의 권리를 공권화함으로써 일조권을 침해하는 건축물에 대하여 공법적으로 건축허가취소청구, 건축물철거청구등으로 직접적으로 피해회복을 할 수 있도록 하는 구제수단이 마련되어야 할 것이다.

한편 건설회사도 적법하게 건축허가를 받아서 공동주택을 건설하고 있거나 건설하였는데 일조권분쟁으로 인하여 이웃거주자들로부터 실력행사를 받아서 공사가 중단되거나 법적인 분쟁에 휩싸여 엄청난 피해를 입을 수 있다. 특히 이미 공동주택의 분양을 끝내고 공사를 시작한 상태에서 법원에서 이웃거주자의 일조권 보호를 위하여 일부 고층에 대하여 공사를 중지하라는 가처분결정등을 하게 된다면 분양의 취소 문제가 발생하고 그렇게 되면 건설회사는 물론이고 수분양자도 예기치 못한 손해를 입을 수 있다.

이에 일조권과 관련하여 분쟁을 사전에 예방하고, 또한 일조권의 침해로 인한 피해를 직접적으로 회복하고자 하는 공법적인 방안에 대하여 연구하여 보고자 한다.

2. 일조권의 의의

그동안 일조권의 개념에 대하여 복층건물의 거주자가 인접한 남측 토지상의 공간을 통하여 햇빛을 받고 있었는데, 남측 토지의 사용권자가 그 토지 위에 건물 기타 공작물을 설치함으로써 이를 방해 받는 경우에 복층 거주자가 일정한 햇빛을 받기 위하여 법적으로 그 보호를 요구할 수 있는 권리로 이해되어 왔다.¹⁾

일조권은 주로 건축물과 관련하여 그것도 인접하여 있는 남측 토지의 건축물로 인하여 햇빛이 차단됨으로서 문제가 되어 왔으나 꼭 그렇지는 않을 것이고, 때로는 위치건상 기존 건축물의 전면이 동쪽을 향할 수 밖에 없는 환경에서 그 인접 동쪽 지상에 새로운 건축물이 건축된다면 이때에도 기존 건축물에 햇빛이 차단되는 피해가 발생할 것이다.

그러므로 일조권의 범위를 종래의 주장 보다는 다소 넓힐 필요가 있고, 또 日照는 태양의 직사광선이 대지 위의 모든 사물에 비치는 것을 말하므로, 이 글에서 일조권은 이웃거주자가 인근에 새로운 공동주택 등의 건축으로 인하여 종래 누려왔던 햇빛

1) 전경운, 일조권과 전망권에 관한 소고, 연세법학, 1998, 164쪽.

의 쪼임을 방해 받지 않을 권리라고 하고자 한다.

II. 수인한도와 손해배상

이웃에 건축하는 건축물로 인하여 기존에 누려왔던 일조의 이익을 방해당한 경우에 사법적으로 소유권에 기한 방해배제청구로서 공사중지를 청구하거나 또 일조침해로 인한 손해배상을 청구할 수 있을 것이고, 그동안 위와 같은 사법적 구제가 일조침해에 대한 주요한 구제수단으로 이용되어져 왔다.

1. 수인한도

일조권의 성질에 대하여 사법적으로 많은 연구가 있었는데, 대체로 일조의 권리의 성질에 대하여 물권설, 인격권설, 불법행위설, 환경권설, 일조권설, 상린관계설, 생활이익향수권설등의 여러 주장이 있고²⁾ 법원은 일조권의 침해를 이유로 한 사법적 구제사건에서 그 근거를 소유권에 기한 방해제거청구권으로 들고 있으며, 구체적으로는 수인의 한도를 넘은 경우에 일조권의 침해가 있는 것으로 보고 있다.³⁾

법원은 일조침해에 대한 사법적구제와 관련하여 건물의 신축으로 인하여 그 이웃 토지상의 거주자가 직사광선이 차단되는 불이익을 받은 경우에 그 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 일조 방해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 하였고,⁴⁾ 최근의 판례에 의하더라도 “토지의

2) 자세한 것은 구연창, 일조권의 법적보호, 106-113쪽; 전경운, 앞의 글, 165-171쪽; 이기우, 일조권의 상린관계와 일조통풍방해, 민사법연구, 제4권, 1995, 참고.

3) 대법원 1982.9.14. 선고 80다2859 판결; 대법원 1999.1.26. 선고 98다23850 판결.

4) 대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결; 대법원 2007.9.7. 선고 2005다72485 판결.

소유자 등이 종전부터 향유하던 일조이익이 객관적인 생활이익으로서 가치가 있다고 인정되면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는데, 그 인근에서 건물이나 구조물 등이 신축됨으로 인하여 햇빛이 차단되어 생기는 그늘, 즉 일영이 증가함으로써 해당 토지에서 종래 향유하던 일조량이 감소하는 일조방해가 발생한 경우, 그 일조방해의 정도, 피해이익의 법적 성질, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념상 일반적으로 해당 토지 소유자의 수인한도를 넘게 되면 그 건축행위는 정당한 권리행사의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가된다”고 하여 이를 재확인하고 있다.⁵⁾

한편 구체적인 일조 성능시간에 관하여 판례에 의하면, 처음에는 동지일을 기준으로 오전 9시부터 오후 3시까지 사이의 6시간 중 일조시간이 연속하여 2시간 이상 확보되지 아니하는 것이라고 하거나⁶⁾ 동지를 기준으로 진태양시 08:00~16:00 사이에 일조시간이 2분~150분에 불과하게 되는 일조 침해가 있었다고 하였다가,⁷⁾ 동지를 기준으로 오전 9시부터 오후 3시까지 사이의 6시간 중 일조시간이 연속하여 2시간 이상 확보되는 경우 또는 동지를 기준으로 오전 8시부터 오후 4시까지 사이의 8시간 중 일조시간이 통틀어 4시간 이상 확보되는 경우에는 일용 수인한도를 넘지 않는 것으로 보았고,⁸⁾ 그뒤로 위와같은 기준이 오늘에 이르기까지 이어져 오고 있다.⁹⁾

5) 대법원 2008.4.17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결.

6) 대법원 1999.1.26. 선고 98다23850 판결. 이 사건은 거의 비슷한 시기에 롯데아파트(15층 높이), 대백아파트(당초12층이었으나 16~20층으로 변경함)가 건축 분양되었고, 원고들이 롯데아파트를 분양받았는데, 그 남쪽에 있는 대백아파트로 인하여 일조방해를 받음을 이유로 손해배상청구를 하였고, 건축법령에는 동일 대지안의 마주보는 아파트 사이에는 일조성능규정이 마련되어 있었지만 다른 대지에서 마주 보는 아파트 사이에는 일조성능규정이 없었고, 그로인하여 대백아파트가 적법하게 건축허가를 받을 수 있었으나, 대법원에서는 다른 대지의 마주 보는 아파트에도 동일한 대지안의 마주 보는 아파트 사이의 일조권성능규정을 그대로 적용하여 수인의 한도를 넘는 것으로 본 것 같다.

7) 대법원 2000.5.16. 선고 98다56997 판결.

8) 대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결.

9) 대법원 2007.9.7. 선고 2005다72485 판결; 대법원 2004.9.3. 선고 2003다64602 판결. 대법원에서 어떠한 근거로 위와같은 일조시간을 수인의 한도로 보았는지 분명하지 않으며, 이에 대한 비판이 아직 없는 것으로 보이고, 또한 수인의 한도와 관련하여 일본과 달리 지역이나 용도에 따라서 다른 규정을 적용하지는 않고 있다.

2. 사법적구제의 내용

(1) 공사중지가처분

이웃거주자는 건축물의 신축으로 인하여 일조권의 침해받을 우려가 있는 경우에 방해예방청구로서 공사중지 또는 공사금지 가처분을 할 수 있을 것이고, 이것이 가장 실효성 있고 직접적인 구제수단이다. 판례에 의하면 부산대학교가 학교앞에 24층 높이의 아파트를 건축하는 건설회사를 상대로 공사중지가처분을 신청한 사안에서, 법원은 일조침해를 이유로 24층 높이의 아파트 신축공사중 18층을 초과하는 부분의 공사를 중단하라는 내용의 가처분결정을 한바 있다.^{10) 11)}

(2) 건축물의 철거

일조의 침해가 있는 경우에 그 방해제거를 위하여 당해 건축물을 철거를 하는 것이 피해자의 피해를 완전히 회복하는 것이 될 수 있으나, 통상 당해 건축물이 고층이고 규모가 크므로 이를 철거하는데 있어서 국가경제적으로 엄청난 손실을 초래하므로 이주 신증을 기해야 할 것이다.¹²⁾ 법원에서 민사사건을 통하여 이웃의 일조의 권리를 침해하였다는 이유로 적법하게 건축허가를 받아서 건축된 건축물의 철거를 인용한 사건은 이제까지 없는 것으로 보인다.¹³⁾

10) 위 사건에서 부산고법 1995.5.18. 선고 95카합5 판결에서는 일조침해와 관련하여 환경권에 기하여도 방해배제청구를 인정할 수 있는 것처럼 보았으나, 상고심인 대법원 1995.9.15. 선고 95다23378 판결에서는 환경권에 의한 방해배제청구권을 인정하지 않고 불법행위나 인격권에 기한 방해배제청구권을 인정하였다.

11) 봉은사가 인근에 19층 높이의 빌딩 신축공사에 대하여 일조침해 및 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경의 침해를 이유로 공사금지가처분을 신청한 사안에서, 서울고등법원 1998.8.28. 98나23104, 대법원 1999.7.27. 선고 98다47528 판결에서 일조침해는 인정되지 않고, 다른 환경침해는 인정이 된다는 이유로 15층을 초과하는 부분에 대하여 공사를 중지하라고 하였다. 참고로 본안으로 서울고등법원 1998.8.28. 선고 98나23104 판결 및 대법원 1997.7.22 선고 96다56153 판결이 있음.

12) 전경운, 일조방해와 전망방해 성립의 법적근거와 그 한계, 민사법학, 2000, 449쪽에서 침해자의 고의 과실 없이 침해한 경우에는 조정적 보상청구가 허용될 수 있을 것이라고 한다.

13) 대법원 1982.9.14. 선고 80다2859 판결, 이 사건에서 일조의 침해는 인정하지 않고, 다만 법적 이격거리를 지키지 않은 위법이 있으나 건물철거청구는 권리남용으로 배척하였다.

(3) 손해배상청구

일조방해와 관련한 사법적 구제수단으로 가장 널리 활용되는 것이 손해배상청구이고, 손해배상의 내용은 재산적 손해와 정신적 손해가 될 것인데, 재산적 손해는 건축물의 가격하락과 난방비의 증가, 조명비의 증가등이 될 수 있으며,¹⁴⁾ 정신적 손해는 수인한도를 넘는 일조침해로 인한 주거환경 또는 생활환경의 악화로 인한 정신적 고통에 대한 위자료가 될 것이다.¹⁵⁾

III. 공법적 접근

1. 일조권과 관련한 공법적 근거

(1) 일본의 경우

일본의 경우 1960년대에 시작된 고층 공동주택 건설붐은 동경의 도심부에서 주변의 저층 주택지로 퍼졌고, 새로운 거주환경의 문제로서 통풍, 채광의 저해, TV장애등이 발생하였는데, 그 중에서도 일조로 인한 분쟁이 가장 중요한 문제가 되었다.¹⁶⁾ 이에 일본에서는 1976년 이미 건축기준법(1976(소화 51년). 11. 15 법률 제83호로 개정)에서 일조시간을 기준으로 한 성능규정을 마련하여 시행하여 오고 있다. 현행 일본의 건축기준법 제56조의 2에 의하면 동지일의 진태양시에 오전8시부터 오후4시까지(도로 구역내는 오전9시부터 오후3시까지)의 사이에 아래에서 보는 바와 같이 지역 또는 구역에 따라 건축물의 높이에 따라 아주 자세하게 구분하여 3-5시간(도로구역내는 2-4시간)의 일조시간이 확보되도록 하여야 한다고 규정하고 있다.

14) 이동원, 일조권침해에 관한 판례의 동향, 민사법학, 제27집, 2005, 291쪽.

15) 부산고등법원 2005.7.8. 선고 2004나19678,19685,19692(병합), 그 상고심인 대법원 2006.1.26. 선고 2005다47014판결; 서울동부지법 2004.2.12. 선고 2002가합2919 판결.

16) 최정민의3, 건축물 일조권 분쟁해소를 위한 제도개선 방안에 관한 연구, 건축계 16권5호(통권139), 2000, 145쪽.

별표

지역 또는 구역	제한받는 건축물	평균지반면에서의 높이	부지경계에서 10미터이내의 범위에서의 일조시간	부지경계에서 10미터를 초과하는범위에서의 일조시간
제1종 저층주거전용지역 또는 제2종 저층주거전용지역	처마높이 7미터 초과 또는 지하층 제외 3층이상 건축물	1.5미터	3시간(2시간)	2시간(1.5시간)
			4시간(3시간)	2.5시간(2시간)
			5시간(4시간)	3시간(2.5시간)
제1종 중고층주거전용지역 또는 제2종 중고층주거전용지역	높이 10미터 초과하는 건축물	4미터 또는 6.5미터	3시간(2시간)	2시간(1.5시간)
			4시간(3시간)	2.5시간(2시간)
			5시간(4시간)	3시간(2.5시간)
제1종주거지역, 제2종주거지역, 준주거지역, 근린상업지역 또는 준공업지역	높이 10미터 초과하는 건축물	4미터 또는 6.5미터	4시간(3시간)	2.5시간(2시간)
			5시간(4시간)	3시간(2.5시간)
용도 지역의 지정이 없는 구역	처마높이 7미터 초과 또는 지하층 제외 3층 이상 건축물	1.5미터	3시간(2시간)	2시간(1.5시간)
			4시간(3시간)	2.5시간(2시간)
			5시간(4시간)	3시간(2.5시간)
	높이 10미터 초과하는 건축물	4미터	3시간(2시간)	2시간(1.5시간)
			4시간(3시간)	2.5시간(2시간)
			5시간(4시간)	3시간(2.5시간)

* 위표에서, 평균 지반면에서의 높이란, 해당 건축물이 주위의 지면과 접하는 위치의 평균 높이에서의 수평면부터의 높이를 말하는 것으로 한다(일조시간()안은 도로구역에서의 일조시간을 말함).

(2) 우리나라의 경우

(가) 헌법 및 건축법령의 규정

헌법에 의하면 국가로 하여금 환경보전을 위한 노력 의무, 환경권의 내용과 행사

에 관하여 법률을 제정할 의무, 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력할 의무를 부과하고 있으므로(헌법 제35조), 모든 국민은 기본권으로서 위와같은 환경권을 향유하고 있고, 환경권속에는 쾌적한 주거생활을 할 수 있는 권리라 할 수 있는 일조권이 포함된다.¹⁷⁾ 그러나 일조권(환경권)의 법적 성격은 구체적인 권리라기 보다는 추상적인 권리라 할 것이어서 명문의 법률규정이 없다면 헌법의 규정자체만으로는 직접 국가나 타인에 대하여 구체적인 권리를 행사할 수 없을 것이다.¹⁸⁾

일조권과 관련하여 건축법령에서 처음으로 규정된 것은 1976. 4. 15. 대통령령 제 8090호로 공포된 건축법시행령이었으며,¹⁹⁾ 20) 위 건축법시행령에서 “일조권등을 위

17) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1998, 722쪽.

18) 대법원 1995.5.23. 선고 94마2218 판결.

19) 제167조 (일조권등을 위한 건축물의 높이 제한) ①법 제41조제4항의 규정에 의하여 주거전용지역·주거지역 및 준주거지역내에서 건축하는 건축물과 상업지역내에서 건축하는 아파트·연립주택·기숙사·병원 기타 이와 유사한 건축물(이하 이 조에서 “아파트 등”이라 한다)의 높이는 다음 각호의 정하는 바에 의한다.

1. 높이 8미터를 초과하는 건축물에 있어서는 정남 및 정북방향의 각 부분의 높이를 그 부분으로부터 인접대지 경계선(대지와 대지사이에 도로가 있는 경우에는 그 도로의 중심선)까지의 수평거리의 2배(준주거지역내에 있어서는 그 수평거리의 1.5배에 상당하는 높이에 8미터를 가산한 높이)이하로 한다.
2. 제1호의 건축물의 정남·정북 이외의 방향의 각 부분의 높이는 그 부분으로부터 인접대지 경계선까지의 수평거리의 1.5배에 상당하는 높이에 17미터(주거전용지역에 있어서는 8미터)를 가산한 높이 이하로 한다. 다만, 건축물의 전후면 방향이 인접대지 경계선에 면하는 경우에는 제1호의 규정에 의한다.
3. 높이 8미터 이하인 건축물에 있어서는 정북방향의 각 부분의 높이를 그 부분으로부터 인접대지 경계선(대지와 대지사이에 도로가 있는 경우에는 그 도로의 중심선)까지의 수평거리의 4배이하로 한다.

② 법 제41조제4항의 규정에 의하여 상업지역내에서 4층이상의 건축물을 건축하는 경우에는 그 건축물의 높이(건축물의 각 부분의 높이가 각각 다른 경우로서 높은 부분의 외벽으로부터 대지경계선까지의 거리가 그 높이의 3분의 1이상인 때에는 낮은 부분의 높이)에서 12미터를 감한 높이의 40분의 1에 상당하는 수평거리에 0.5미터를 가산한 수평거리 이상을 인접대지의 경계선으로부터 띄어서 건축하여야 한다. 다만, 동일한 전면도로에 연결한 2개 이상의 대지로서 그 연결한 길이의 합계나 30미터이하인 일단의 대지에 각개의 대지의 경계선 부분의 기둥·보·방화벽을 공용하고 외관상 하나의 건축물로 볼 수 있게 설계하여 동시에 건축하는 건축물로서 시장·군수가 당해 건축물의 외관 및 도시 미관상 지장이 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다. 기존 건축물의 방화벽을 공용하고 인접하여 건축하는 경우에도 또한 같다.

③ 동일대지안에서 아파트 등의 전후면 방향에 건축물을 건축하는 경우에는 그 건축하는 건축물의 각 부분은 그 높이에 상당하는 수평거리 이상을 아파트 등의 각 부분으로부터 띄어서 건축하여야 한다. 아

한 건축물의 높이제한”이라고 표시하여 일조권을 명문으로 규정하였고, 그뒤 일조성능규정이 마련된 것은 1989. 11. 20. 대통령령 제12845호였다.²¹⁾ 건축법에는 이전에도 건축물의 높이를 제한하는 규정이 있기는 하였으나(건축법 제41조),²²⁾ 일조권을 확보하기 위한 것은 아니었고, 일조등의 확보를 위한 건축물의 높이제한 규정은 1991. 5. 31 개정으로 비로소 입법화 되었다.²³⁾

현행 건축법은 일조 보호를 위하여 건축물의 높이를 전용주거지역과 일반주거지역 안에서는 정북방향의 인접대지경계선으로부터의 거리에 따라 대통령령이 정하는 높이 이하로 제한하도록 되어 있고, 공동주택(일반상업지역과 중심상업지역에 건축

파트 등 이외의 건축물(이하 “기타 건축물”이라 한다) 주위에 아파트 등을 건축하는 경우에도 또한 같다. 다만, 아파트 등의 전후면이 기타 건축물에 면하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ④ 아파트 등의 측면방향 상호간의 수평거리는 6미터(2동이 2층 이하인 경우에는 4미터)이상으로 하여야 한다. 아파트 등의 측면방향과 기타 건축물과의 수평거리도 또한 같다.[전문개정 1976·4·15]
- 20) 그이전까지는 인접대지의 경계선까지의 거리에 따른 건축물의 높이제한 규정만 있었다(제167조).
- 21) 제90조 3 나 (7) 2동이상의 건축물을 건축하는 경우에는 당해 대지내의 모든 세대가 동지일을 기준으로 9시에서 15시사이엔 2시간 이상 연속하여 일조를 확보할 수 있다고 인정되는 높이이하인 경우-공동주택의 경우 동일 대지안에서 2동 이상이 건축될 때에 한함.
- 22) 第41條 (건축물의 높이 제한) ①建築物의 各部分의 높이는 그部分으로부터 前面道路의 反對側의 境界線까지의 水平距離의 1.5倍의 높이를 超過할 수 없다. <改正 1967·3·30, 1970·1·1, 1972·12·30>
 - ② 削除<1967·3·30>
 - ③ 垜地가 2以上の 道路 또는 公園, 廣場, 河川 또는 바다에 接續하거나 其他 特殊한 事情으로 因하여 第1項의 規定을 適用함이 甚히 不適當한 境遇에는 그 基準은 大統領令으로 따로 定할 수 있다.<改正 1963·6·8, 1972·12·30>
 - ④ 住居專用地域·住居地域 및 商業地域안에서 建築하는 建築物과 共同住宅(多世帶住宅을 제외한다) 또는 寄宿舍의 높이는 그 建築物로부터 隣接垜地境界線까지의 거리 및 同一垜地내의 다른 建築物(單獨住宅·共同住宅·寄宿舍에 한한다)까지의 거리에 따라 大統領令이 정하는 높이를 초과할 수 없다.<改正 1982·4·3, 1984·12·31>
 - ⑤ 주거전용지역내의 건축물은 그 층수가 2층을 초과하거나 그 높이가 8미터이상이어서는 아니된다. 다만, 12미터를 초과하지 아니하는 범위안에서 대통령령으로 특히 정한 건축물에 있어서는 그러하지 아니하다.<新設 1972·12·30>
- 23) 제53條 (日照등의 확보를 위한 建築物의 높이제한) 共同住宅과 專用住居地域 및 一般住居地域안에서 建築하는 建築物의 높이는 日照등의 확보를 위하여 필요한 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 그 建築物로부터 同一垜地안의 다른 建築物까지의 距離와 隣接垜地境界線까지의 距離에 따라 市·郡·區의 條例로 정하는 높이를 초과할 수 없다.

하는 것은 제외한다)은 위 기준에 맞아야 할뿐만 아니라 대통령령이 정하는 높이 이하로 제한하도록 하여(2008.3.21개정된 건축법 제61조) 건축물의 높이를 제한하고 있다.

건축법시행령은 ①건축물의 경우에는(전용주거지역과 일반주거지역에서) 정북방향의 인접대지 경계선으로부터 이격거리가 높이 4미터 이하인 부분은 1미터이상, 높이 8미터 이하인 부분은 2미터이상, 높이 8미터를 초과하는 부분은 당해건축물 높이의 1/2이상의 범위안에서 건축조례가 정하는 거리이상을 띄우도록 되어 있으며, ②공동주택의 경우에는 위 규정에 적합하여야 하는 이외에 높이를 채광을 위한 창문등이 있는 벽면에서 직각방향으로 인접대지경계선까지의 수평거리의 2배(근린상업지역 또는 준주거지역의 건축물은 4배) 이하로 하여야 하고, 동일한 대지안에서 2동이상의 건축물이 서로 마주보고 있는 경우에는 일정한 거리이상을 띄워야 하며, 당해 대지안의 모든 세대가 동지일을 기준으로 9시에서 15시 사이에 2시간이상을 계속하여 일조를 확보할 수 있는 거리이상으로 할 수 있다고 되어 있다(건축법시행령 제86조).²⁴⁾ 한편 서울특별시 건축조례(제29조)는 일조등의 확보를 위한 건축물의 높이제한과 관련하여 건축법시행령의 규정과 거의 같다.

결국 건축법령은 이웃거주자의 일조확보를 위하여 건축물의 건축에 있어서 인접토지와 일정한 이격거리를 두거나 건물의 높이를 제한하고 있으며, 다만 공동주택을 건축하는 경우에는 위 제한 이외에 동일한 단지안의 이웃거주자에게 일정한 일조시간이 확보되도록 하는 규정(일조성능규정)을 두고 있다.

(나) 건축법령의 문제점 및 개선방안

인접토지 위의 건축물로 인한 일조침해를 배제하여 이웃거주자의 일조권을 확보하기 위하여는 지역, 위치, 방향에 따라 일조시간이 서로 다르므로 건축에 있어서 일률적으로 인접토지와 일정한 거리를 두게 하거나 건축물의 높이를 제한하는 것으로는 충분치 못할 것이고, 일조성능규정이 보다 효과적인 것이다. 그러나 우리 건축법령은 일본과는 달리 일반적으로 일정한 거리와 높이제한에 그치고, 다만 동일한 대지

24) 건축법시행령에서 현재와 같이 동일대지안의 공동주택에 대하여 일조성능시간을 처음으로 규정한 것은 1999.4.30자부터이고, 그 이전 1992.5.30자에서는 9시에서 15시사이에서 조례로 정하도록 하였다.

안의 공동주택 사이에서만 일조성능규정을 두고 있을 뿐이다.

동일한 대지안의 공동주택의 거주자를 위한 일조권확보도 중요하지만 동일대지안의 공동주택의 경우에는 수분양자들이 일조시간이 확보되지 못함을 감수하고서 분양을 받으므로 어느정도 예상할 수 있는 피해이다.²⁵⁾ 그러나 일조권 피해로 주로 분쟁이 있는 경우는 동일한 대지안의 건축물 사이가 아니라 대지를 서로 달리하는 건축물 사이에서 이고, 그러한 경우에 이웃거주자들로서는 인접에 공동주택이 신축되므로 예상치 못한 일조의 피해가 발생하고, 분쟁으로 이어지는 것이므로 인접한 다른 대지에 공동주택등이 건축되는 경우에도 동일한 대지안의 공동주택이 건축되는 경우와 같은 일조성능규정이 필요하다.

그동안 일조권분쟁은 거의 대부분 인접의 다른 대지에 공동주택등이 건축되므로서 기존의 이웃거주자들과 사이에서 발생하였고, 그러한 경우 민사소송에서의 판례는 건축법령이 정한 동일한 대지안의 공동주택 사이의 일조성능규정을 기준으로 일조의 침해가 있는지 여부를 판단하여 왔다. 따라서 동일한 대지가 아닌 다른 대지의 건축물 사이에도 동일한 대지안의 공동주택 사이에서와 같은 일조성능규정을 두게 되면 건물신축으로 인한 일조권분쟁이 예방될 것이므로 하루속히 건축법령이 개정되어야 할 것이다.

2. 일조권에 대하여

(1) 일조권의 공권성

일조권은 헌법에 규정된 기본권인 환경권에 포함되는 권리이지만 헌법의 규정에서 직접 권리가 발생하는 것은 아니라, 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이라 할 것이다.²⁶⁾ 개인이 행정청에게 일조권을 주장하여 어떠한 행위를 하여 줄 것을 요구하려면 일조권이 개인적 공권으로 인정되어야 할 것이고,

25) 대법원 2001.6.26. 선고 2000다44928, 44935 판결에서는 수분양자의 경우 분양회사에게 일조방해를 원인으로 하는 불법행위책임을 물을 수 없다고 하였다.

26) 대법원 1995.5.23.자 94마2218 판결; 1999.7.27. 선고 98다47528 판결등.

또 소송에서 일조권을 주장하려면 법률상 보호되는 이익이 있어야 할 것이다(행정소송법 제12조).

개인적 공권으로 일조권이 성립되기 위하여는 법규에 의해 행정주체에게 일정한 행위를 하여야 할 의무가 부과되고 있어야 하며, 그 근거법규가 공익의 보호와 함께 사익의 보호를 목적으로 하고 있어야 할 것이고, 이때 사익보호목적의 준부의 판단은 당해 처분의 근거되는 법규의 규정과 취지만을 고려하여야 한다는 견해와 당해 처분의 근거되는 법규의 규정과 취지 외에 관련법규의 규정과 취지도 함께 고려하여야 한다는 견해, 당해 처분의 근거되는 법규의 규정과 취지와 관련법규의 취지, 그리고 기본권규정도 고려하여야 한다는 견해등이 있다.²⁷⁾

또 법률상의 이익에 대하여는 판례에 의하면 당해처분의 근거되는 법규이외에도 관련된 법규까지 고려하여야 하는 것으로 보고 있으나,²⁸⁾ 공권의 확대를 위하여 근거 및 관계 법규와 기본권 규정까지 아울러 고려하여야 할 것이고,²⁹⁾ 또 근거 및 관계법규등에서 직접 보호된 이익에서 나아가 그 이익이 고려된 경우에도 법률상의 이익으로 보아야 할 것이다.³⁰⁾

인접하여 건물이 건축되는 경우에 이웃거주자는 건축허가처분의 직접 상대방이 아닌 제3자이며, 그러한 제3자가 건축법령에 의하여 인근 건축물의 이격거리, 높이 제한등의 규정에 따라 일조가 보호되는 이익을 얻는다고 하더라도 그 이익이 단순한 반사적 이익이 아니라 법률상 이익이어야 행정청에 대하여 일조권을 주장하여 위법한 인접건물의 철거등을 요구 할 권리가 있게 될 것이다. 건축법령에서 이웃의 일조를 보호하기 위하여 건축물의 높이, 거리제한 및 일조성능규정은 주거환경의 보호라는 공익목적과 함께 이웃거주자의 개인적, 구체적 법익을 직접 보호의 대상으로 하는 것이므로 이웃거주자의 일조권은 반사적이익이라기 보다는 법률상의 이익으로 보아

27) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2008, 133-136쪽.

28) 대법원 2007.6.1. 선고 2005두11500 판결, “~행정처분의 직접 상대방이 아닌 자로서 그 처분에 의하여 자신의 환경상 이익이 침해받거나 침해받을 우려가 있다는 이유로 취소소송을 제기하는 제3자는 자신의 환경상 이익이 그 처분의 근거 법규 또는 관련 법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는 이익, 즉 법률상 보호되는 이익에 해당하고~”, 동지 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결; 대법원 2006.12.22. 선고 2006두14001 판결등.

29) 홍정선, 앞의 책, 136쪽.

30) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2008, 131쪽.

야 할 것이고,³¹⁾ 판례도 같은 취지이다.³²⁾

(2) 일조권의 범위와 문제점

공권으로서의 일조권의 범위는 민사소송에서 인정된 수인의 한도와 반드시 일치한다고 보기 어렵고, 일조권은 건축법령의 규정을 기초로 할 수 밖에 없는데 반하여, 수인의 한도는 건축법령에서 공동주택등의 건축시에 다른 대지상의 건축물을 위하여 보장하여야 할 일조시간에 관하여 규정이 없는 경우에도 공동주택등의 건축으로 인하여 이웃의 다른 대지의 거주자의 일조시간을 보장하지 못하게 되면 수인의 한도를 넘는 일조방해가 성립될 수 있다.³³⁾

일조권을 향유하는 자는 이웃에 실제로 거주하고 있는 자이고, 거주하지 않는 소유자는 일조권이 없다. 일조권의 범위와 관련하여 건축법령은 공동주택과 공동주택이 아닌 경우로 구분하여 규정하고 있는데, 공동주택이 아닌 경우에는 일반 주거지역과 전용주거지역에서 건축하는 경우에 정북방향으로 일정한 거리를 띄우도록 하고 있으므로 일반주거지역과 전용주거지역이 아닌 지역에서, 또 정남방향이 아닌 방향에서 건축되는 인접 건축물에 대하여는 일조권을 주장할 수 없다.

공동주택의 경우에 건축법령에서 정한 거리제한등의 규정이 일반상업지역과 중심상업지역에서는 제외된다고 되어 있으므로, 일반상업지역과 중심상업지역에 있는 주상복합건물이나 오피스텔의 경우에는 주거용으로 사용하는 경우에도 그 거주자가 인접지에 건축되는 공동주택등에 대하여 일조권을 주장할 수 없게 될 것이다.³⁴⁾ 그러

31) 박규성, 앞의 책, 131쪽; 이응세, 일조권의 침해와 환경소송, 환경법의 제문제(하), 2002, 316쪽.

32) 대법원 1992.4.24. 선고 91누11131 판결.

33) 대법원 2007.6.14. 선고 2005다72058 판결.

34) 서울행정법원은 2001. 3. 31 선고 200구14633 판결에서, 이웃거주자들이 삼풍백화점터의 건축허가처분에 대한 취소 청구사건에서 삼풍백화점부지는 상업지역인데 건축법상 상업지역에서의 건물에 관하여 일조 확보를 위한 높이제한을 하고 있지 않으므로 건물 건축으로 인하여 일조방해가 발생하더라도 원고들이 건축법상 보호되는 법률상이익이 침해되었다고 할 수 없고, 이는 헌법, 민법등 건축허가처분과 직접 관계되지 않는 다른 법령에 의하여 보호되는 이익에 불과하므로 원고에게 건축허가처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다고 하였다; 그러나 대법원 2007.6.14. 선고 2005다72058 판결에서는 일반상업지역에서 오피스텔건축으로 인근의 주택거주자에 대하여 일조방해가 문제된 사안에서, 일조방해행위가 수인한

나 방향에 대하여는 공동주택이 아닌 경우와는 달리 아무런 제한이 없으므로 이웃거주자는 정남향이 아닌 다른 방향에서 건축되는 건축물에 대하여도 일조권을 주장할 수 있다.³⁵⁾

한편 건축법령에 의하면 공동주택을 건축하는 경우에 동일한 대지의 건축물에 대하여는 일조성능규정이 있지만 다른 대지의 이웃거주자를 위하여는 일조성능규정이 없다. 그래서 이웃거주자가 공동주택등으로 인하여 일조시간이 확보되지 못한 경우에 그 건축물이 동일한 대지안에 있을 때에는 일조권을 주장할 수 있을 것이지만, 다른 대지에 있을 때에는 일조권을 주장할 수 있을 것인지, 없을 것인지에 대하여 견해가 다를 수 있다.

공정설에서는 이웃거주자가 인접 대지의 건축물로 인한 일조의 침해를 이유로 한 손해배상사건에서 동일한 대지에서의 마주 보는 건축물 사이에 건축법령이 정한 일조보호시간을 기준으로 하여 그 일조시간이 침해되면 수인의 한도를 벗어나는 일조의 침해가 있다는 이유로 손해배상책임을 인정하고 있고³⁶⁾ 또 주로 일조권이 문제되는 경우는 동일한 대지의 건축물과 건축물 사이가 아니라 인접대지의 건축물로 인한 때문인데, 건축법령을 지나치게 엄격하게 적용한다면 일조권의 범위가 너무 협소하여 공법적 구제의 실효성이 거의 없다고 보아야 할 것이므로 동일한 대지의 일조성능규정을 다른 대지의 건축물로 인한 경우에도 준용하여 일조권을 확대하여 해석하여야 된다는 주장이다.³⁷⁾

그러나 관례는 부정설의 입장인데, 이웃거주자들이 인접한 다른 대지에 주택조합이 주택건설사업계획승인을 받아 아파트를 건축하는 것과 관련하여 자신들의 일조권이 침해되었다고 주장하면서 행정청을 상대로 주택조합에 대한 주택건설사업계획승인처분취소를 청구한 사건에서, 그러한 때에는 법령에서 일조시간에 관한 규정을 두지 아니하였다는 이유로 이웃거주자들의 일조권 침해 주장을 배척하였다.³⁸⁾

도를 넘었는지 여부를 판단하기 위한 지역성은 그 지역의 토지이용 현황과 실태를 바탕으로 지역의 변화 가능성과 변화의 속도 그리고 지역주민들의 의식 등을 감안하여 결정하여야 할 것이라고 하면서 일반상업 지역에서도 수인의 한도를 넘는 일조방해가 성립될 수 있다고 하였다.

35) 대법원 2007.6.28. 선고 2004다54282 판결.

36) 대법원 2007.9.7. 선고 2005다72485판결; 대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결.

37) 이응세, 앞의 글, 2002, 317쪽.

38) 대법원 2000.7.6. 선고 98두8292 판결.

사건으로는 판례의 입장을 지지하는데, 민사사건에서 다른 대지의 공동주택에 의한 일조 침해로 인하여 한 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 경우에 건축법령이 정한 동일한 대지안에 있는 공동주택 거주자에 대한 일조성능규정을 기준으로 수인의 한도를 판단하고 있다 하더라도 공권으로서의 일조권은 사법상의 권리와는 달리 건축허가취소권권등의 강력한 권리가 발생될 수 있으므로 엄격하게 해석하여야 할 것이고, 현행 건축법령의 규정 형식이 공동주택을 건축하는 경우에 동일한 대지안의 다른 거주자에 대한 일조시간만을 보호대상으로 하고 있으므로(건축법시행령 제86조 제2항 제2호), 공동주택등의 건축으로 인하여 다른 대지의 거주자의 일조시간을 보호하지 못하더라도 다른 대지의 거주자는 일조권의 침해를 주장할 수 없다.

IV. 공법적 구제수단

이웃거주자(隣人)가 인근의 건축물 건축으로 인하여 일조의 방해로 받는 경우에 그동안 주로 사법적구제에 의존하여 왔는데, 사법적 구제는 피해가 발생한 뒤에 손해배상의 방법으로 해결하는 것이어서 침해예방이나 침해제거에 직접적이고 적극적이지 못하므로 공법적 구제가 필요하다. 일조권침해에 대한 공법적인 구제방법으로는 위법한 건축허가에 대한 건축허가처분취소청구, 위법한 공사진행에 대한 시정명령발동청구, 위법한 상태로 완성된 건축물에 대한 사용승인검사불허처분등청구나 건축물 철거명령청구를 들 수 있을 것이다.

1. 건축허가처분취소청구

인인이 이웃에 고층의 공동주택등이 건축됨으로 인하여 종래 누려왔던 일조권을 침해당하고, 또 그 건축물의 건축허가가 위법하다면 그 건축허가처분에 대하여 취소청구를 할 수 있고, 건축허가처분을 취소함으로써 일조피해를 예방할 수 있을 것이어서, 건축허가처분취소청구야말로 일조피해를 예방하기 위한 가장 효과적인 수단이 다.

건축허가처분취소소송을 제기하기 위하여는 원고적격이 있어야 하는데, 원고적격과 관련하여 행정소송법은 법률상 이익이 있는 자로 되어 있으며(행정소송법 제12

조), 법률상 이익의 범위에 대하여 통설과 판례는 법률상보호이익설을 취하고 있다.³⁹⁾ 통설과 판례에 따르면 인인이 건축법령에서 규정한 일조보호를 위한 규정으로 얻는 이익이 법률상 보호되는 이익이 되고, 그러한 법률상 보호이익이 침해당하게 되면 건축허가처분에 대하여 취소를 청구할 원고적격을 갖게 된다.^{40) 41)}

일조권의 침해는 주로 인접한 다른 대지에 공동주택등이 건축되므로서 발생하는 데, 그러한 경우에 건축법령은 이격거리와 높이를 제한하고 있으므로 그러한 건축법령의 제한에 위배됨에도 건축허가가 난 상태라면 건축허가에 대하여 취소를 청구할 수 있을 것이나, 그러한 경우는 그렇게 많지 않을 것이다. 현실적으로 일조의 침해로 인한 분쟁은 건축허가에 있어서 건축법령의 이격거리나 높이 제한이 준수되어 적법함에도 불구하고 일조시간이 확보되지 못한 경우에 발생하는 것이고, 이때에는 건축허가처분이 적법하므로 건축허가처분이 취소되지 않을 것이다.

한편 건축공사가 완료된 뒤에도 건축허가취소를 청구할 수 있는가와 관련하여, 판례는 적정 이격거리를 두지 아니하였음에도 건축허가되었음을 이유로 인인이 건축허가취소를 청구한 사건에서, 위법한 행정처분의 취소를 구하는 소는 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 소송이므로 건물이 이미 완공이 되었다면 건축허가처분의 취소를 받는다 하더라도 이격거리를 확보할 단계는 지났다는 이유로 소의 이익이 없다고 보았다.⁴²⁾

그러나 건축허가처분이 위법하고, 위법한 건축허가 처분으로 법률상 보호되는 이익이 침해당하였다면 그로써 건축허가가 위법함에 대하여 확인을 받을 이익, 공무원이 고의 과실로 위법하게 허가를 내 준 경우 국가배상의 선결문제로 위법성의 판단을 받을 이익, 건물철거청구의 선결문제로서 건축허가를 취소할 이익이 있는 것이고, 소의 이익을 지나치게 제한함은 재판을 받을 헌법상의 권리를 침해하는 것이 될 것이므로⁴³⁾ 소의 이익을 인정하여야 한다.⁴⁴⁾

39) 박근성, 앞의 책, 931-936쪽; 홍정선, 앞의 책, 859-862쪽; 김용철, 행정법 I, 박영사, 2008, 643-646쪽; 정하중, 행정법총론, 법문사, 2004, 688-690쪽.

40) 박근성, 건축관련이익의 공법적 조정에 관한 연구, 토지공법연구, 제24집, 2004, 294쪽

41) 인인의 원고적격성에 대하여는 서울행정법원, 행정재판실무편람(II), 인근주민에 의한 건축허가등 취소소송에서의 원고적격, 429-447쪽 참고.

42) 대법원 1992.4.24. 선고 91누11131 판결; 대법원 1994.1.14. 선고 93누20481 판결.

이때는 본안에서 건축허가경위, 법규위반의 정도와 책임소재, 건축물의 완성정도 등 제반 사정을 종합해 보아서 건축허가를 취소하므로서 입게되는 건축주의 불이익과 위반한 건축물에 대하여 허가를 취소하므로서 얻게되는 공익 및 인인의 이익등을 비교형량하여 건축허가를 취소할 것인지를 결정하면 될 것이다.⁴⁵⁾

2. 시정명령발동청구

인인은 인근의 공동주택등이 건축허가 당시에는 일조권 침해의 문제가 없었으나 공사가 진행되는 과정에서 이격거리등이 지켜지지 아니하므로서 자신의 일조권을 침해당할 우려가 있거나 침해당한 경우에 행정청에게 시정명령을 발하여 달라고 요청할 수 있는 권리 즉 행정개입청구권이 인정될 수 있을 것이다. 인인에게 행정개입청구권이 인정되려면 행정청이 위반한 건축공사에 대하여 시정명령을 발동할 의무가 있어야 하고, 그 근거 법규가 공익 뿐만 아니라 인인을 보호하는 것을 목적으로 하여야 할 것이다.

건축법에 의하면 허가권자는 건축물이 법, 명령, 처분에 위반되면 공사의 중지, 철거등 필요한 조치를 명할 수 있도록 되어 있고(건축법 제79조 제1항), 이러한 시정명령은 재량행위로 이해되며, 판례도 위반건물에 대한 시정명령을 할 것인지 여부, 그 시기 및 명령의 내용 등은 행정청의 합리적 판단에 의하여 결정되어야 할 자유재량에 맡겨져 있다면서 재량행위로 보고 있다.⁴⁶⁾ 그러나 위반행위의 정도가 중대하고, 위반행위를 그대로 두었을 때 공익 및 인인에 미치는 영향이 크다면 행정청의 재량이 영으로 수축되거나 하자 없는 재량을 행사할 의무가 있는 것이므로 행정청으로서 는 시정명령을 발동하여야 한다.

인인에게 시정명령발동을 신청할 권한이 있는 가에 대하여 판례는 인접대지 소유자에게 시정조치를 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상 인정되는 신청권이 있다고 할 수 없다고 하여 부정적이나,⁴⁷⁾ 인인에게 공권으로서 일조권이 인정되고, 인인이

43) 윤태호, 불법건축에 대한 인근 주민의 건축허가등 취소소송에 관한 소고, 행정재판실무연구집, 116-118쪽.

44) 대법원 1984.12.11. 선고 83누147 판결에서는 준공이 된 이후에도 건축허가취소에 대하여 다툼 소의 이익이 있다고 하였다.

45) 대법원 1992.4.10. 선고 91누5358 판결.

46) 대법원 1993.11.9. 선고 93누13988; 동지 대법원 1996.11.29. 선고 96누9768 판결.

행정청의 시정명령으로서 일조권을 보호받게 되는 이익이 단순히 반사적이익이 아니라 법률상보호이익으로 보아야 할 것이어서,⁴⁸⁾ 인인으로서의 건축공사의 위법행위가 중대하고, 그로인하여 자신의 일조권이 침해당하거나 침해당할 우려가 있는 때에는 행정청에 대하여 시정명령발동을 청구할 수 있다고 할 것이다.

한편 건축물이 완공된 경우에도 시정명령을 할 수 있는 가에 대하여 판례는 '위법건축물임을 알지 못하여 공사 도중에 시정명령이 내려지지 않아 위법건축물이 완공되었다 하더라도, 공공복리의 증진이라는 위 목적의 달성을 위해서는 완공 후에도 위법건축물임을 알게 된 이상 시정명령을 할 수 있다'고 보아야 한다면서 인정하였다.⁴⁹⁾

행정개입청구권의 실현수단으로는 의무이행 행정심판이 직접적이고 가장 효과적이고, 그 외 행정청에 시정명령을 발하여 줄 것을 요청하고, 그 요청에 대하여 아무런 처분이 없으면 부작위위법확인 소로서, 그 요청을 거절하면 거부처분취소의 소로서 행정소송을 제기 할 수 있을 것이고, 때로는 행정청이 시정명령을 발동하여야 함에도 부작위하므로써 손해를 입게 된 것을 이유로 국가배상청구에 의하는 방법으로 간접적으로 실현할 수도 있다.

인인은 일조권을 침해하는 위법한 건축물에 대하여 철거하므로써 피해의 완전한 회복을 기대할 수 있으므로 행정청에 시정명령으로서 건축물의 철거명령을 발하여 줄 것을 요청할 수 있을 것이다. 그러나 통상 인인의 일조권을 침해한 건축물은 고층이고 규모가 클 것이어서 건축물이 완공된 뒤에는 철거로 인하여 입게되는 건축주의 불이익, 국가경제적으로 초래될 엄청난 손실을 감안하여 건축물철거청구의 인용이 쉽지 않을 것이므로,⁵⁰⁾ 건축물이 완성되기 이전에 철거명령발동을 요청 하는 것이 좋을 것이다.

3. 사용승인불허처분청구 및 사용승인처분취소청구

인인은 일조권침해에 대한 공법적인 구제수단으로서 일조권침해를 한 건축물에 대하여 사용승인이 나기 이전에는 사용승인불허처분청구⁵¹⁾, 사용승인이 난 경우에는

47) 대법원 1993.4.23. 선고 92누17099 판결.

48) 박근성 앞의 책, 135-141쪽; 김동희, 행정법 I, 박영사, 2008, 101-104쪽.

49) 대법원 2002.8.16.자 2002마1022 결정

50) 전경운, 앞의 글, 2000년, 449쪽, 조정적 보상청구도 생각하여 볼 수 있을 것이다.

사용승인처분취소청구를 할 수 있을 것이다. 판례에 의하면 행정청이 이격거리등이 지켜지 않은 건축물에 대하여 사용승인을 한 경우에 인인이 일조권침해를 이유로 사용승인처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 있는지가 문제 된 사안에서, 사용승인은 건축물이 완공된 때에 허가받은 대로 시공되었는지 여부를 검사하는 것이고, 사용승인을 받으면 사용할 수 있는 효력이 발생하는 것으로서(건축법 제22조) 사용승인을 받는다고 하더라도 이웃 주택에 대한 침해가 정당화 되는 것도 아니며, 사용승인을 받지 못하더라도 건축물을 사용할 수 없게 되는 것이 철폐되는 것은 아니라 할 것이어서 법률상이익이 없다고 할 것이라고 하였다.⁵²⁾

그러나 사용승인이 나지 않거나 사용승인이 취소되면 건축주가 건축물에 대하여 완전한 소유권을 행사할 수 없으며 결국에는 철폐하거나 인인과 조정적 합의를 할 수 밖에 없고, 또 철폐청구를 하는데 있어 근거로 작용 될 수도 있으며, 철폐가 불가능한 것도 아니어서 소의 이익이 없다고만 할 수 없다. 또한 일조권을 침해하는 위법한 건축물에 대한 철폐는 현실적으로 쉽지 않을 것이어서 사용승인불허처분청구나 사용승인처분취소청구의 인정이 일조권으로 인한 피해구제를 위하여 필요하다.

4. 입법부작위에 대한 구체수단

(1) 입법부작위

국가는 헌법에 의하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력할 의무가 있으며(헌법 제35조), 쾌적한 주거생활을 위해서는 적절한 일조가 확보되어야 할 것이므로 일조권을 보장하는 법령을 제정할 의무가 있다. 이에 따라 건축법은 일조권보호를 위하여 일반건축물 및 공동주택의 거리, 높이를 제한하도록 하면서 구체적인 사항은 행정입법에 위임하고 있는데(건축법 제61조), 건축법시행령은 동일대지안의 공동주택의 경우에만 동지일을 기준으로 9시부터 15시 사이에 2시간이상을 계속하여 일조를 확보할 수 있는 거리이상을 띄우도록 규정하고 있을 뿐이다(일조성능규정, 건축법시행령 제86조).

51) 사용승인불허처분청구는 시정명령발동청구와 같은 문제가 있을 수 있다.

52) 대법원 1993.11.9. 선고 93누13988 판결; 대법원 1994.1.14. 선고 93누20481 판결.

그러나 일조확보를 위하여는 건축물의 거리나 높이제한만으로는 충분치 못하고, 일조성능규정이 필요한데, 우리의 건축법령은 동일한 대지안의 공동주택의 경우에만 일조성능규정을 두고, 동일한 대지가 아닌 인접대지에서의 공동주택, 일반건축물의 건축에 대하여는 일조성능규정을 두지 않고 있다. 그런데 주로 일조로 인한 피해가 발생하는 경우는 인접대지에 공동주택등이 건축될 때인데, 그에 대하여는 일조권 보호를 위한 일조성능규정이 마련되지 아니하므로서 인인으로서는 인접 대지에 공동주택등이 건축되는 경우에는 일조권의 보호를 받지 못하게 되고, 이는 불완전한 입법상태인 부진정입법부작위 때문이다.⁵³⁾

(2) 헌법소원

국민은 국가가 일조권에 대하여 제대로 된 입법을 하지 아니하므로서(부진정입법부작위) 헌법상 보장된 기본권인 일조권의 보호를 받지 못하게 되었으므로 불완전한 건축법령을 대상으로 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있을 것이고, 이때 그 사유가 있음을 안날로부터 90일 이내, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조). 이점에서 문제가 된 건축법시행령의 시행시기는 1999. 5. 9.(1999. 4. 30자 공포)부터 이고, 입법행위의 속성상 침해행위 자체는 한번에 끝나는 것이나 다만 그러한 입법행위의 결과인 권리침해상태가 계속되고 있을 뿐이어서 헌법소원의 청구기간은 불완전한 건축법시행령인 1999. 4. 30자를 기준으로 하여야 할 것이고, 그렇다면 이미 청구기간이 도과되었다.⁵⁴⁾

그러나 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지 받은 날로부터 30일 이내에 청구하면 되므로(헌법재판소법 제69조 제1항 단서), 인접대지의 공동주택등의 건축으로 인하여 일조권이 침해된 인인은 먼저 일조권의 침해를 이유로 법원에 공법적인 구제절차를 취하고 그 결과 불완전한 입법으로 인하여 기각된다면 그 입법부작위에 대하여 헌법소원을 제기하면 될 것이다.

53) 박규하, 헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고, 외법논집, 제19집, 2005, 173쪽.

54) 헌법재판소 1996.6.13.자 95헌마115 결정.

(3) 입법적 해결

건축으로 인한 일조권 분쟁은 거의 대부분 인인이 인접의 다른 대지에 공동주택등이 건축되므로서 일조권의 침해를 받는데서 발생하는데, 그에 대하여는 건축법령에 일조성능규정이 마련되지 않고 있다. 그동안 민사사건에서 법원은 위의 경우에 건축법령이 정한 동일한 대지안에 공동주택을 건축함에 있어서 인인을 위하여 배려하여야 할 일조시간을 기준으로 하여 위법성 여부를 판단하여 왔다.

따라서 건축법령에 공동주택등이 건축하는 경우에 다른 대지의 거주자를 위하여서도 동일한 대지의 거주자를 위한 것과 같은 일조성능규정이 마련되면 건축허가 단계에서부터 일조침해의 여지가 있는 건축물에 대하여는 건축허가가 되지 않을 것이므로 일조권분쟁의 예방에 상당한 도움이 될 것이다. 그러므로 건축법령에 공동주택등의 건축에 있어서 다른 대지의 거주자를 위한 일조성능규정의 마련이 절실하게 필요하다.

한편 일조권 보호를 위한 건축법령의 부진정입법부작위로 인하여 인인은 일조권 침해의 피해를 입을 수 있으며, 건축주 역시 적법하게 건축허가를 받았지만 인인에게 손해배상을 하여 주어야 할 수도 있고, 때로는 공사가 중지되는등의 피해를 입을 수 있으므로 그러한 때 입법부작위로 인하여 국가배상책임을 청구할 수 있을 것이고,⁵⁵⁾ 그러한 입법부작위에 대한 국가배상책임의 인정이 국가로 하여금 하루속히 입법을 하도록 간접적인 압력수단으로 작용할 수 있다.

V. 결론

그동안의 실무를 통하여, 주택이나 저층 빌라의 거주자가 인접한 다른 대지에 고층의 공동주택이 건축됨으로 인하여 햇빛이 가려져서 낮에도 전깃불을 켜야 하는가 하면, 또 시야가 가려지므로 하늘을 제대로 볼 수 없게 되는 피해를 입고, 그 피해회

55) 국가배상책임과의 관련은 이 글에서는 문제만 제기하는 수준에 그치고, 자세한 것은 선재성, 행정의부작위와 국가배상책임, 민사법연구, 4권, 1995; 천병태, 위법한 부작위와 국가배상책임, 유천박상필박사정년기념논문집, 1993, 참조.

복을 위하여 법원에 가처분으로 공사중지가처분신청을 하나 받아 들어지는 경우가 거의 없고, 자신의 주택등의 가치하락등에 대한 손해배상을 받기도 쉽지 않거니와 그 금액이 만족할만한 수준이 아니므로 피해의 완전한 회복을 하는 것이 무리이고, 그렇다 보니 실력에 호소하는 것을 많이 보아 왔다.

일조권의 침해분쟁에 대하여 민사적인 해결방법으로는 손해배상, 건축물철거, 공사중지가처분등이 있으나 공사중지가처분은 인용되는 경우가 많지 않고, 또 본안이 끝날 때까지 임시적인 구제수단에 불과하여 종국적인 해결책이 되지 못하며, 건축물 철거 역시 현실적으로 쉽지도 않고, 권리남용으로 되어 인용되는 경우가 거의 없으므로 결국에는 손해배상의 문제로 남게되고, 손해배상으로는 피해의 완전한 회복이 어렵다.

그러므로 일조권 분쟁을 공법적으로 접근하여 해결할 필요성이 있고, 공법적 구제 수단으로는 인인이 일조권을 침해하는 위법한 건축허가에 대하여 행정청을 상대로 건축허가처분취소청구를 하는 것을 들 수 있는데, 건축허가가 취소되면 일조권의 침해를 예방할 수 있게 될 것이어서 일조권침해를 예방하는 가장 유용한 수단이 될 것이다. 또 인인은 건축공사의 결과로 인하여 자신의 일조권이 침해당할 우려가 있고, 그 공사가 건축허가에 위반된다면 행정청으로 하여금 건축주에게 공사의 중지나 철거등의 시정명령을 발동하도록 요청할 수 있을 것이고, 행정청이 위반행위의 정도가 중대하고, 위반행위를 그대로 두었을 때 공익 및 인인에 미치는 영향이 크므로 시정명령을 발동할 의무가 있음에도 불구하고 시정명령을 발동하지 않은 경우에는 행정청을 상대로 취소소송이나 의무이행심판을 청구할 수 있을 것이다. 그 외 공법적인 구제수단으로 건축물이 완성된 경우에 건축주로 하여금 사용승인을 받지 못하도록 하므로써 인인과 조정적 합의를 도출하거나 자진철거하도록 유도할 수 있으므로 사용승인이 나기 이전에는 행정청을 상대로 사용승인불허처분청구를 하고, 사용승인이 난 경우에는 사용승인처분취소청구를 할 수 있을 것이다.

그러나 위와같은 공법적인 구제수단도 일조권의 범위가 아주 제한되어 있는 현행 건축법령 아래에서는 그 유용성이 떨어질 것이어서 무엇 보다도 일조권의 확장이 필요하다. 즉 건축법령은 가급적 많은 공동주택을 건축할 의도에서인지 공동주택을 건축할 때 동일한 대지안의 거주자에 대하여만 일조성능규정을 두고 있을 뿐이고, 인인에 대하여는 일조성능규정을 두고 있지 않고 있다. 결국 인인으로서의 인접한 대지

에 건축되는 공동주택으로 인하여 자신의 일조시간이 보호되지 못하는 피해를 입는다 하더라도 건축법령에 일조성능규정이 마련되어 있지 않으므로 그러한 경우 일조권을 들어서 위와같은 공법적인 구제수단을 청구하기 어렵게 될 것이다.

한편 건축법령에 공동주택을 건축할 때 다른 대지의 거주자에 대한 일조보호시간 규정이 없음에도 불구하고 민사사건에서 대법원은 일조침해의 여러 판단기준중 일조보호시간에 대하여는 건축법령에서 정한 공동주택을 건축할 때 동일한 대지의 거주자에 대한 일조보호시간규정을 기준으로 하고 있다.

결국 공동주택을 건축함에 있어서 다른 대지의 거주자에 대하여 일조시간을 보호하지 않더라도 공법적으로는 일조권침해가 성립되지 않고, 적법하게 건축허가를 받을 수 있지만 민사적으로는 일조방해의 정도가 수인의 한도를 넘어 불법행위가 성립될 수 있고, 또 일조권분쟁은 그와 같이 다른 대지에 공동주택등이 건축되는 경우에 주로 발생된다.

그러므로 건축법령에서 공동주택등을 건축할 때 다른 대지의 거주자에 대하여도 동일한 대지의 거주자에 대한 것과 같은 정도로 일조시간을 보호하는 규정을 마련하게 되면 일조권의 침해우려가 있는 건축허가가 되지 않으므로서 일조권분쟁의 예방에 상당한 효과가 있다 할 것이고, 그와 같은 입법이 가장 효과적이고, 적절한 구제수단이 될 것이므로 신속한 건축법령의 개정을 촉구하고자 한다.

참고문헌

- 김동희, <행정법 I>, 박영사, 2008
- 김철수, <한국헌법론>, 박영사, 1995
- 김철용, <행정법 I>, 박영사, 2008
- 박균성, <행정법론(상)>, 박영사, 2008
- 석종현, <일반행정법(상)>, 삼영사, 1997
- 정하중, <행정법총론>, 법문사, 2004
- 홍정선, <행정법원론>, 박영사, 2008
- 서울행정법원, <행정재판실무편람(Ⅱ)-자료집->, 2002
- 구연창, “일조권의 법적 보호”, <민사법학>, 제6호 (1986.12)
- 박규하, “헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고-헌법소원과 관련하여-”, <외법논집>, (2005.8)
- 박균성, “건축관련이익의 공법적 조정에 관한 연구-환경이익의 보호를 중심으로-”, <토지공법연구>, 제24집(2004.12)
- 선재성, “행정의 부작위와 국가배상책임”, <민사법연구>, 4권 (1995)
- 유지태, “일조권에 대한 공법적 검토”, <토지공법연구>, 제3집 (1996. 9)
- 윤태호, “불법건축에 대한 인근 주민의 건축허등 취소소송에 관한 소고”, <행정재판실무연구집>, 재판자료 제108집 (2005. 12)
- 이기우, “상린관계와 일조 통풍 방해”, <민사법연구>, 제4권 (1995)
- 이동원, “일조권 침해에 관한 판례의 동향”, <민사법학>, 제27호 (2005. 3)
- 이응세, “일조권침해와 환경소송”, <환경법의 제문제(하)>, 법원도서관, 재판자료 제95집 (2002. 7)
- 전경운, “일조권과 전망권에 관한 소고”, <연세법학연구>, 제5권 제2호(1998)
- 전경운, “일조방해와 전망방해 성립의 법적 근거와 그 한계”, <민사법학>, 제18호 (2000. 5)
- 전성원, “건축설계자를 위한 일조권 조망권 설계 도구 개발”, <한국태양에너지학회 학술대회논문집>, (2005. 6)
- 조은래, “환경권과 생활방해에 대한 위법성판단의 연구”, <법학연구>, 제18집 (2005)

천병태, “위법한 부작위와 국가배상 일고-한일 양국의 법리비교”, <유천 박상필 박사
정년기념논문집>, (1993)
최정민외3, “건축물 일조권 분쟁해소를 위한 제도개선 방안에 관한 연구”, <계측계>,
16권 5호(2000. 5)

<Abstract>

A Study on Public Law Means to Settle Disputes
Regarding Right of Daylight

Jeon Guksoo

The neighborhood, put on a damage by infringement in right of daylight could be remedied by civil law means such as claim for damages and provisional seize of construction, but these civil law remedies came short from complete remedy for prevention or compensation of infringement in right of daylight.

This brought studies in public law means to remedy such infringement in right of daylight which includes such as creation of claims such as action for cancelation of construction permission, claim for issuance of correction order, claim for removal order, and action for cancelation of use approval.

Meantime under the current construction law, when a building, an apartment for example, is being built, it is required to secure the reasonable daylight hours for the other building in the same site. However, it is not required to secure the reasonable daylight hours for the other building in the other site. But disputes regarding the right of daylight occurs when a building is being built in the other site. Disputes regarding the right of daylight may be prevented and decreased if the Construction Law provides that it is necessary to secure reasonable daylight hours for the neighborhood in the other site when

a building is being built.

I expect that construction law has will be amended so as to secure the reasonable daylight hours for the neighborhood in the other site.

주 제 어 일조권, 일조권분쟁, 분쟁해결, 건축허가처분취소소송, 철거명령청구, 건축법
Key Words Right of Daylight, Disputes regarding Right of Daylight, Settle Disputes, Action for
Cancelation of Construction Permissionl, Claim for Removal Order, Construction
Law