

眺望權에 관한 研究

- 민법 제217조의 적용가능성을 중심으로 -

柳 昌 昊*

차 례

I. 서

1. 조망권의 법적 문제
2. 조망권 개념의 형성과 의의

II. 일조권에 관한 법리

1. 일조권의 의의
2. 일조권의 법적 성질
3. 수인한도
4. 일조권 침해에 대한 구제수단

III. 조망권의 해석론적 기초

IV. 조망권과 민법 제217조의 관계

1. 제217조의 현대적 해석필요성
2. 생활방해금지의 의의
3. '기타 이와 유사한 것'으로서의 조망방해
4. 조망방해에 대한 구제수단으로서의 '적당한 조치'
5. 수인한도로서의 '통상의 용도'

IV. 결 론

* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

I. 서

1. 조망권의 법적 문제

최근 일조·조망권을 인정한 도곡동 진달래아파트 사건,¹⁾ 한강 조망권 프리미엄을 인정한 리바뷰아파트 사건²⁾ 등이 사회적 파장을 불러일으킨 바 있다. 일조권에 관해서는 그간 비교적 상당수의 연구결과나 판례가 집적되어 있는 편이나,³⁾ 조망권에 관해서는 연구결과⁴⁾나 판례의 집적이 부족한 편으로서 현재에도 그 법리형성이 진행 중인 분야로 생각된다. 그러나, 진달래아파트 사건 등과 같이 조망권을 인정한 사례에 비추어 인하여 이에 관한 분쟁은 점

- 1) 서울 강남구 도곡동 진달래1차 아파트 주민들이 “조망권과 일조권을 침해받았다”며 도곡 주공1차 아파트 재건축조합을 상대로 낸 공사금지 가처분신청 사건에서 ‘합의금 108억원을 진달래 아파트 주민들에게 지급하는 조정안’이 확정됐다. 서울중앙지법 민사합의 50부(부장판사 이태운)는 지난달 29일 “진달래1차 아파트 주민들이 합의금을 받는 대신 공사금지 가처분신청을 취하하는 조건으로 조정안이 성립됐다”며 “합의금에는 일조권, 조망권, 프라이버시권 침해에 따른 피해액과 위자료 등이 포함됐다”고 30일 밝혔다. 진달래1차 아파트 주민 40여가구는 “인접한 도곡 주공1차 아파트의 재건축으로 인해 피해를 보았다”며 지난해 말 가처분 신청을 냈다. 도곡 주공1차 아파트 재건축조합측은 피해 배상액으로 85억원을 제시한 반면, 진달래1차 아파트 주민들은 190억원을 요구했고 재판부는 올해 초 147억원의 합의안을 제시한 바 있다(동아일보 2004. 4. 30일자).
- 2) 서울고법 민사23부는 지난해 9월 서울 용산구 이촌동 리바뷰아파트 주민 19명이 인근에 아파트를 신축한 건설사를 상대로 낸 소송에서 “한강 경관을 볼 수 있는 조망 이익은 법적으로 보호할 가치가 있는 생활 이익”이라며 원심과 달리 원고 승소 판결했다(중앙일보 2005. 3. 14일자).
- 3) 일조권에 관한 국내의 연구결과로는 강창욱, “일조방해와 손해배상”, 『판례연구』 제12집, 부산판례연구회, 2001; 구연창, “일조권의 법적 보호”, 『민사법학』 제6집, 한국민사법학회, 1986; 김태봉, “일조권침해로 인한 손해배상청구”, 『민사법연구』 제8집, 대한민사법학회, 2000; 배병일, “일조권침해에 대한 사법적 구제”, 『사회과학연구』 제4집 제2권, 영남대 사회과학연구소, 1984; 오세훈, “일조권에 관한 사법적 검토”, 『토지공법연구』 제3편, 토지공법학회, 1996; 이용세, “일조권 침해와 환경소송”, 『환경법의 제문제(하) - 재판자료 95집』, 법원도서관, 2002; 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 『사법행정』, 사법행정학회, 1998. 11 등이 있다.
- 4) 조망권에 관한 국내의 연구결과로는 김중률, “조망권의 법적 구성론”, 『법조』 제559호, 법조협회, 2003. 4; 김창수 역, “주택의 조망권침해에 대한 손해배상청구가 인정된 사례”, 『재판자료』 4집, 법원도서관, 1980; 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 『불법행위법의 새로운 동향(한국민사법학회 학술대회 발표자료)』, 2004. 12; 전경운, “일조권과 전망권에 관한 소고”, 『연세법학연구』 제5집 제2권, 연세대 법학연구소, 1998; 조은래, “조망권의 민사법적 보호에 관한 연구”, 『환경법연구』 제26권 1호, 한국환경법학회, 2004 등이 있다.

점 더 증가하고 있는 것으로 보여진다. 특히, 최근에는 한강 조망권과 관련하여 아파트 가격이 차별화 되는 등, 조망이익이 재산가치에도 직접적으로 영향을 미치고 있고, 그 구제방법도 공사금지청구 등 물권적 청구권과 손해배상청구권 등 사법상의 구제방법을 활용하고 있다는 점에서 조망권을 더 이상 헌법이나 환경법상의 환경권으로 인정하는데 그치지 않고, 적극적으로 사권(私權)으로서의 인정 여부를 검토해야할 단계에 이른 것으로 보여진다.

조망권은 일조권에 비해 비교적 근래에 들어와서 사용되고 있는 개념으로서, 아직까지 정의·요건 및 보호법의 등 조망권의 실체에 대한 연구는 부족한 편이다. 조망권에 관해서는 토지나 건물의 장소적 관계에 따라서 우연히 누리던 아름다운 경관이나 조망이 법적으로 보호될 수는 없다고 하여 그 보호에 부정적인 견해⁵⁾도 있지만, 일정한 조건하에서는 조망권도 사법상 보호대상이 될 수 있다는 견해도 제기되고 있다.⁶⁾

그러나, 조망권의 사법적 근거나 그 기준 등에 대해서는 정치(精緻)한 논의가 이루어지지 못하고 있는 실정이다. 한편, 판례에서도 조망권에 대한 독립된 소송보다는 일조권의 침해와 병행하여 제기되는 경우가 대부분으로서, 일조권 침해와 조망권의 침해를 함께 주장한 사건에서 일조권의 침해를 인정하면서 이와 동시에 조망권의 침해를 인정한 판례는 소수 있지만, 일조권의 침해를 인정하지 않으면서 이와 독립하여 조망권만의 침해를 인정한 예는 보이지 않는다.

조망침해는 대략 다음과 같은 유형으로 발생된다. 첫째, 호텔 등 숙박시설 등에 대한 조망침해로 인해 영업이익이 감소되는 경우, 둘째 조망이익과 함께 일조·통풍·프라이버시와 같은 생활이익이 동시에 침해되는 경우, 셋째 조망침해로 인해 주택가격의 감소 등 재산상의 이익이 저해되는 경우 등이 있다.⁷⁾ 따라서, 각각의 침해유형 또는 피해유형에 따라 구제방법이 달라질 수 있을 것이다. 그러나, 근래 우리 나라에서 주로 제기되는 유형은 가해건물의 건축으로 인한 피해건물의 주택가격의 하락과 같은 재산상 이익이 침해되는 경우가 주류를 이루고 있다.

이러한 점을 기초로 본고에서는 생활방해금지에 관한 민법 제217조 및 불법행위에 관한 제750조의 해석을 기초로 하여 일조권과 구별되는 사권 또는

5) 전경운, “일조권과 전망권에 관한 소고”, 183면.

6) 김종률, “조망권의 법적 구성론”, 100면. 판례도 조망권의 사법적 보호를 인정하는 판례도 있다(대판 95다23378; 대판 96다56153 등).

7) 吉川日出男, “眺望權序說”, 『民法學と比較法學の諸相 I』, 信山社, 1998, 96~97頁.

보호법익으로서의 조망권 또는 조망이익의 인정 여부와 이를 인정하는 경우의 그 요건과 구제방법 등에 관해 살펴본다.

2. 조망권 개념의 형성과 의의

조망권이라는 용어는 비교적 최근에 들어서 본격적으로 사용되고 있는 것으로서, 아직 확정적인 개념이라고는 할 수 없으나, 대체로 아름다운 자연적·역사적 또는 문화적 풍물, 즉 경관을 조망하여 미적 만족감이나 정신적 휴식을 향수할 수 있는 조망적 이익이나 환경적 이익⁸⁾ 등으로 정의되어 왔다. 이와 같이, 기존의 조망권의 개념에 관한 견해들은 대체로 조망과 경관을 구별하지 않고 사용되어져 왔다. 그러나, 사권(私權)으로서의 조망권의 본질을 파악하기 위해서는 그 본질이 되는 조망의 의의와 성질을 명확히 할 필요가 있다.⁹⁾

사전적 의미로 조망은 ‘먼 곳을 바라보는 것 또는 그 광경’을 말하고, 경관은 ‘특색있는 풍경 형태를 가진 일정한 지역 또는 풍경의 지역학적 특성’을 말하는 것으로 자연경관과 문화경관으로 구분된다.¹⁰⁾ 이러한 조망과 경관의 구체적으로는 다음과 같다.¹¹⁾

첫째, 조망의 침해는 재산권 또는 인격권적 이익에 대한 침해의 성격을 가지지만, 경관의 침해는 인격권 또는 환경권에 대한 침해로서의 성격을 가진다. 즉, 조망침해는 통상 개인적 이익에 대한 침해로 나타나지만, 경관침해는 사회적 이익에 대한 침해로서 나타나는 경우가 많다. 둘째, 조망은 생활자의 시점으로부터의 전망을 의미하지만, 경관은 사회적 시점으로부터 본 전망을 의미한다. 셋째, 조망은 자연의 표면적 전망을 의미하지만, 경관은 전망을 형성하는 여러 요소 즉, 인위적 행위(지역의 자연, 역사, 풍토, 건물 등)를 포함한다. 넷째, 조망 자체는 가치판단을 포함하지 않지만, 경관은 본질적으로 어떤 종류의 가치판단을 포함하고 있다. 다섯째, 조망과 경관은 법적 보호의 가치가 있는 생활이익을 가지지만, 경관은 조망보다 더 밀도 높은 생활이익이

8) 권성 외, “조망권의 침해를 원인으로 한 공사중지가처분”, 『가처분의 연구』, 박영사, 2002, 502면; 이동원, “일조권 및 조망권의 침해에 대한 판례의 동향”, 109면.

9) 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 34면과 같이 조망권 대신 전망권이라는 용어를 사용하고 있는 경우도 있다.

10) 이희승 감수, 『민중 엡센스 국어사전』, 민중서림, 2001, 2017면·153면.

11) 談路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, 『ジュリスト』 692号, 有斐閣, 1997.6, 119~121頁.

있다고 할 수 있다.

즉, 조망과 경관의 차이에 관해서는 조망은 생활자의 시점에서 보는 전망을 의미하는 한편, 경관은 사회적 시점에서 본 전망으로서 개인적 조망이익의 광역적인 집적(集積)으로서 조망을 광역화한 것으로 이해될 수 있다.¹²⁾ 따라서, 조망이익은 개인적 이익에 관한 것인 반면, 경관이익은 사회적 이익에 관한 것으로 볼 수 있다. 즉, 조망이익은 개인이 특정의 장소에서 좋은 경치나 풍경을 향유할 수 있는 개인적 이익이고 그 침해에 대해서는 사법적 구제인 손해배상이나 금지청구가 가능한 반면, 경관이익은 객관화·광역화된 가치 있는 자연상태(자연적·역사적·문화적 경관)를 형성하고 있는 경치나 풍경을 향유할 수 있는 이익으로서, 주민 일반의 공공적 이익으로서 그 침해에 대한 구제는 공법적 구제가 적합하다.¹³⁾ 따라서, 현재 구체적인 분쟁의 대상으로 되고 있는 조망권에 관한 논의는 경관을 제외한 조망의 침해로 한정될 필요가 있다.

이러한 점에서 조망권은 ‘토지 또는 건물의 소유자나 거주자가 객관적으로 가치가 있는 전망을 통하여 갖는 정신적 또는 재산상의 이익’이라고 할 수 있다.

II. 일조권에 관한 법리

1. 일조권의 의의

조망권은 일조권에 관한 분쟁에 있어서 부수적으로 제기되기 시작한 쟁점으로서, 사권으로서의 조망권에 관한 법리를 파악하기 위해서는 이와 유사한 법리형성과정 및 판례형성과정을 거친 일조권에 관한 법리와 판례를 우선적으로 검토할 필요성이 있다. 우리 나라에서 법적 개념으로서 일조권이라는 용어는 대략 1980년대에 들어서 본격적으로 사용되기 시작한 것으로 보여진다.¹⁴⁾ 일조권의 정의에 관해서는 ‘북측 건물의 거주자가 인접한 남측 토지상의 공간을

12) 談路剛久, “景觀權의 生成と 國立·大學 通り 訴訟判決”, 『ジュリスト』 1240号, 有斐閣, 2003. 3, 72頁 이하.

13) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 111면.

14) 이 시기에 일조권과 관련하여 발표된 논문으로는 구연창, “일조권의 법적 보호”, 『민사법학』 제6호, 1986, 한국민사법학회; 김기수, “일조권에 의한 생활방해”, 『월간고시』, 1986. 12; 전창조, “소음·진동 및 일조보호규제법제”, 『환경법연구』 제4권, 한국환경법학회, 1982 등이 있다.

통하여 햇빛을 받고 있었는데, 남측 토지의 사용권자가 그 토지 위에 건물 기타 공작물을 설치함으로써 이를 방해받는 경우에 북측 거주자가 일정한 햇빛을 받을 권리를 주장할 수 있는 것',¹⁵⁾ '북측 건물의 거주자가 인접한 남측 토지상의 공간을 통하여 햇빛을 받고 있었는데, 남측 토지의 사용권자가 그 토지 위에 건물 기타 공작물을 설치함으로써 이를 방해받는 경우에 북측 거주자가 일정한 햇빛을 받기 위하여 법적으로 그 보호를 요구할 수 있는 권리',¹⁶⁾ '태양의 광선을 확보하는 권리 또는 이웃의 집이나 건물이 자기의 집을 가리지 못하도록 하여 햇빛을 받아 쬐 수 있는 권리',¹⁷⁾ 등으로 정의되고 있다.

이와 같이 일조권에 관한 정의는 큰 이견 없이 대체로 유사하게 정의되고 있다는 점에서 어느 정도 공감대를 형성하고 있는 것으로 보이지만, 그 근거·요건 및 효과 등에 관해서 좀더 법적인 개념으로서의 정의가 필요하다. 즉, 일조권은 반드시 북측 건물과 남측 건물과의 관계에서만 문제가 되는가,¹⁸⁾ 일정한 햇빛을 받는다는 것은 어떠한 의미인가, 법적으로 그 보호를 요구할 수 있는가 또는 구체적인 손해배상을 청구할 수 있는가, 일조권을 법적으로 인정되는 독립적인 권리로 볼 수 있는가 등의 의문이 남는다.

2. 일조권의 법적 성질

(1) 개 관

일조권은 비교적 최근에 들어서 등장한 법적 개념으로서, 그 근거·효과 등에 관해 여러 학설들이 주장되고 있다. 특히, 일조침해에 대한 피해자의 금지청구권(방해제거 또는 방해예방청구권)과 손해배상청구권을 법적으로 어떻게 이론구성할 것인가에 관한 일조권의 법적 성격 및 일조권 보호의 판단기준으로서의 수인한도 등에 관해서 그간의 논의를 정리한다.

15) 김기수, “일조권에 의한 생활방해”, 39면.

16) 박길성, “일조권의 사법적 보호”, 『재판실무연구 1999』, 광주지방법원, 2000, 78면; 한국사법행정학회, 『주석민법(채권각칙8)』, 2000, 145면(전경운 집필부분).

17) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 78면.

18) 예를 들어, 이미 피해건물의 남쪽에 일조권의 침해를 발생시키지 않는 범위에서 다른 건물이 건축되어 있는 상황에서 동쪽에 가해건물이 건축되어 오전 일조량을 감소시킴으로써 일조권의 침해를 야기한 경우 등을 고려한다면 반드시 피해건물과 가해건물의 위치를 북쪽과 남쪽으로 한정할 필요는 없을 것으로 생각된다.

(2) 학 설

1) 물권설

물권설은 일조방해가 토지나 건물의 소유권을 침해하는 것이므로 일조보호가 정당화된다는 견해이다. 즉, 물권설은 부동산의 지배나 이용 뿐 아니라, 인간이 건강하고 쾌적한 생활을 하기 위한 모든 이익도 부동산의 소유권에 포함시켜서 인간생활의 보호를 확대하려는 견해이다.¹⁹⁾ 그러나, 이 견해에 대해서는 인간의 건강이나 쾌적한 생활이익이 침해되는 것이 토지나 건물의 소유권이 침해되는 것으로 이론구성하는 것은 어색하고 과도기적 이론구성이라는 비판이 있다.²⁰⁾

매연 등에 의한 인지(隣地)에 대한 방해금지에 관한 민법 제217조 제1항은 ‘매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무’를 규정하고 있다. 따라서, 일조방해를 ‘이와 유사한 것’으로 이해하여 일조방해를 소유권의 방해로 볼 여지는 있다. 그러나, 동조 제2항은 ‘이웃 거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무’를 규정하고 있는 바, 적법한 건물의 건축을 통하여 야기된 일조방해와 같이 ‘이와 유사한 것’으로 이웃 토지의 사용을 방해하는 경우에도 제2항의 규정에 의한 ‘통상의 용도에 적당한 것’인 때에는 일조침해를 인정하는 것이 곤란할 수 있다.

2) 인격권설

인격권설은 일조방해를 인격권의 침해로 구성하는 견해로, 일조방해의 주된 보호법익이 개인의 쾌적한 생활이익의 침해이므로, 일조권의 침해도 인격권의 침해의 한 종류로 보고 있다.

그러나, 우리 민법상 인격권의 근거에 대해서는 분명하지 않다. 독일 민법에서는 불법행위로 인한 손해배상의무에 관한 제823조에서 일반적 인격권(allgemeine Persoenlichkeitsrecht)²¹⁾에 관한 규정을 두고 있으나, 우리 민법

19) 구연창, “일조권의 법적 보호”, 107면.

20) 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 27면.

21) 일반적 인격권의 예로는 서신에 대한 보호, 동의없이 사진촬영을 당하거나 녹음되지 않을

에서는 이러한 적극적인 인격권 규정을 두고 있지 않고, 다만 재산 이외의 손해의 배상에 관한 제751조의 규정을 소극적 인격권의 침해에 관한 규정으로 보고 있다.²²⁾ 그러나, 독일의 학설도 일반적 인격권은 환경침해에 대한 보호 법익으로 될 수 있는가에 관해 상린관계에서 뿐만 아니라, 불법행위에 대해서도 부정하고 있다.²³⁾

3) 환경권설

환경권설은 일조권의 법적 근거로 환경권이라는 새로운 절대권을 인정하여, 환경권을 추상적인 권리가 아니라, 직접 침해행위의 배제를 구할 수 있는 구체적이고 배타적인 지배권으로 파악하는 견해이다.²⁴⁾ 환경권설에 의하면 종래 대기·물·일조·통풍 등은 자유재로서 권리의 대상이 되는 것이 아니라는 것을 비판하고, 이들은 만인에게 평등하게 분배되어야 할 자원이므로 이를 오염시키면 타인의 권리침해로 되고 위법하다고 한다.

이에 대해서는 헌법 제35조에서 환경권을 기본권으로 인정하고 있다고 하여도, 이로써 국민 개개인에게 환경권이라는 사법상의 권리가 창설된다고 보는 것은 곤란하므로 환경권을 인정할 실정법상의 근거는 부족하다는 비판이 있다.²⁵⁾ 판례는 환경권의 법적 성질에 관하여 ‘환경권은 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이다’²⁶⁾라고 하여 사법상의 권리로서 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없으므로 환경권에 기한 방해배제 청구권도 인정되지 않는다는 입장이다.

4) 일조권설

일조권설은 일조방해로 인한 손해배상과 방해제거 및 방해예방청구는 곧바로

것, 사생활과 부모의 부양권이나 혼인상의 부부공동생활 등의 일정한 가족권, 명예의 보호 등이 있다(Brox, Hans, *Besonderes Schuldrecht*, 20. Aufl., Rdnr. 451~452).

22) 김상용, 『불법행위법』, 법문사, 1997, 138면; 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 28면.

23) Medicus, Dieter, *Schuldrecht II, besonderer Teil*, 7. Aufl., Rdnr. 780; Brueggemeier, Gert, *Deliktsrecht*, 1986, Rdnr. 788.

24) 이용우, “공해방지소송”, 『재판자료』 제2집, 법원행정처, 1979, 226면.

25) 대판 94마2218; 대판 95다23378.

26) 대판 96다56153.

일조권에 근거한다는 견해이다.²⁷⁾ 일조권은 햇빛의 향유를 위하여 사회적 통념과 과학적 지식에 의하여 설정된 일조기준의 한도 내에서 인정되는 것으로서, 일조의 방해가 설정된 기준을 초과하는 경우에 일조권의 침해가 인정된다고 한다.

한편, 건축법 제53조와 동시행령 제86조에서 일정한 일조의 확보를 위한 규정을 두고 있으나, 이를 사법상 일조권의 근거로 보기는 힘들고, 건축법령에서 일정한 행위를 제한함으로써 보장되는 일조권은 반사적 이익에 그칠 것이다.²⁸⁾ 또한, 일조권설은 무슨 근거로 일조권에 기하여 방해제거나 방해예방 등의 청구가 가능한가라는 질문에 대하여 일조권이 인정되기 때문이라는 식의 순환논리에 빠진다는 모순도 있다.²⁹⁾

5) 불법행위설

불법행위설은 일조방해로 인한 방해제거청구나 방해예방청구·손해배상청구의 근거로서 물권이나 인격권 등의 침해를 요하지 않고, 일조방해로 손해가 발생한 이상 불법행위의 효과로서 손해배상청구나 방해제거·방해예방청구가 가능하다는 견해이다. 즉, 불법행위의 효과로서 손해배상 뿐 아니라 원상회복까지 인정해야 한다고 하면서 원상회복으로서 방해배제청구도 가능하다는 견해이다.³⁰⁾ 불법행위설은 환경소송에서 수인한도론의 등장으로 수인한도를 넘는 침해가 있으면 불법행위가 성립한다고 하여 수인한도론은 불법행위설의 가장 중요한 내용으로 되었다.

그러나, 불법행위설에 대해서는 우리 민법은 독일 민법과 달리 원상회복주의를 취하지 않고 금전배상주의를 채택하고 있다는 점에서 우리 민법의 체계와 맞지 않고, 불법행위책임에 기하여 방해제거청구나 방해예방청구권을 행사하는 것은 부적절하다는 비판이 있다.³¹⁾

6) 생활이익향수설

생활이익향수설에 의하면 일조는 개인의 건강하고 쾌적한 생활을 위한 필

27) 구연창, “일조권의 법적 보호”, 109면.

28) 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 30면.

29) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 80면.

30) 이용우, “공해방지소송”, 225면.

31) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 80면; 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 29면.

요불가결한 요소임과 동시에 토지상의 자원으로서 토지의 사용과 밀접한 관계에 있는 것이므로 물권적 성격과 인격권적 성격을 동시에 지니고 있는 것으로 보는 견해이다. 이 견해에 의하면 물권적 청구권과 인격권적 청구권을 포함한 생활이익향수권을 상정하고 일조침해에 대한 법적 근거를 생활이익향수권에서 찾는다.³²⁾

건물에 거주하지 않고 있는 건물소유자, 법인, 나대지의 소유자는 물권에 기하여 또한 건물에 관하여 물권을 가지고 있지 않은 임차인이나 건물소유자의 가족도 거주하고 있는 경우에는 인격권에 기한 금지청구 등을 인정할 필요가 있으므로, 일조권의 법적 성격을 물권설이나 인격권설의 어느 하나만으로 규정하지 않고 두 개의 성격을 모두 갖추고 있는 것으로 보는 것이 권리구제를 위해서 필요하다는 견해도 있다.³³⁾

3. 수인한도

(1) 수인한도의 의의

수인한도론(受忍限度論)은 가해자와 피해자의 이익, 즉 가해자측의 건물이 건축됨으로써 피해자가 받는 일조 등 생활이익의 침해와 가해자의 권리행사의 사회적 타당성을 비교·형량하여 상린자 상호간에 어느 정도 수인을 필요로 하며 그 한계를 넘는 경우에 피해자에게 손해배상청구권이나 공사금지청구권 등의 구제방법을 인정하는 이론이다.³⁴⁾

건물의 고층화와 밀집화로 인해 토지나 건물소유자가 일조권을 무한대로 보호받는다든 것은 사실상 어려운 실정으므로, 인접한 토지의 이용에 따라 발생하는 일정 정도의 일조방해는 상린자간의 수인(受忍)이 요구되며 그 한계를 넘는 경우에만 일조권으로 침해로 보게 된다.

즉, 건물의 신축으로 인하여 그 이웃 토지상의 거주자가 직사광선이 차단되는 불이익을 받은 경우에 그 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 용인되는 수인한도를 넘는 경우에 비로소 위법성이 인정되는 것으

32) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 80면.

33) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 80면; 이용세, “일조권, 조망권 침해와 사법적 구제”, 115면.

34) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 81면.

로 파악하고 있다.³⁵⁾

(2) 수인한도의 판단기준

일조방해의 정도가 사회통념상 수인한도를 넘었는지의 여부는 피해의 정도, 지역적 특성, 관련 법령의 준수 여부, 가해 및 피해건물의 용도, 회피가능성, 토지이용의 선후관계 등을 고려하여야 한다.

피해의 정도에 관해서 판례는 동지일을 기준으로 9시부터 15시까지의 6시간 중 일조시간이 연속하여 2시간 이상 확보되는 경우 또는 동지일을 기준으로 8시부터 16시까지의 8시간 중 일조시간이 최소한 4시간 정도 확보되는 경우에는 이를 수인하여야 하고, 이 두 가지 중 어느 경우에도 해당하지 않은 때에는 일조방해의 수인한도를 넘은 것으로 보고 있다.³⁶⁾

대상 지역이 주거지역인가 또는 상업지역이나 공업지역인가 등과 같은 지역적 특성에 따라 일조보호의 정도에 차이를 두고 있다. 일조의 이익은 상업지역 또는 공업지역보다는 주거지역에서 큰 의미를 갖고 있다는 점을 감안하면, 피해건물과 가해건물이 각각 어느 용도지역에 위치하고 있는지는 피해건물의 수인한도를 판단하는데 많은 영향을 미칠 수 있다.³⁷⁾

관련 법령의 준수 여부도 수인한도를 판단하는 중요한 기준이다. 특히 건축법령 중 일조확보를 직접적인 목적으로 하지 않지만 건축을 제한함으로써 사실상 일조확보에 도움을 주는 규정들도 있다.³⁸⁾ 이 중 용적율, 건폐율에 관한 규정이나 이격거리 및 건물높이 제한에 관한 규정들은 그 위반 여부가 수인한도의 판단에 직접적인 영향을 미치는 것을 볼 수 있다.

건물의 용도의 경우에도 가해건물의 공공성이 클수록 그로 인한 일조방해에 대하여 수인할 범위는 넓어지고 위법성의 범위도 줄어들 수 있다. 피해건물의 경우에도 창고·공장 등은 일반주택에 비하여 일조를 필요로 하는 정도가 낮은 편이고, 태양열난방을 사용하는 건물이거나 피해 토지에 작물을 경작하는

35) 대판 98다23850; 대판 80다2859.

36) 대판 98다23850.

37) 도시계획법상 일반상업지역으로 바닷가라는 특성상 앞으로 상업 목적의 상당한 규모의 건물이 바닷가 쪽으로 신·증축될 것으로 예상할 수 있었다고 보이는 점 등을 고려하여 신청인의 공사금지가처분신청을 기각한 예도 있다(부산지법 2002. 1. 30고지2001 카합2548결정).

38) 건축법 제53조 및 동시행령 제86조 등에서는 일조확보를 위한 규정을 두고 있다.

경우와 같이 일조가 피해건물 또는 토지에 미치는 영향이 일반적인 경우보다 크다면 역시 수인한도에 영향을 미칠 수 있다.

일조방해의 회피가능성도 수인한도의 판단기준으로 될 수 있다. 따라서, 가해건물에서 인접건물에 대하여 일조방해를 가하지 않도록 그 구조나 배치 등에 관하여 경제적·기술적으로 어느 정도의 배려를 하였는지가 고려되어야 한다. 가해자측이 가해 건물의 높이를 낮추어 보려고 시도하지 아니하였을 뿐만 아니라, 그 피해보상에 관하여 피해자측과 진지하게 교섭하지 않은 경우,³⁹⁾ 가해자측이 피해자측의 교섭요구를 무시하고 공사를 강행한 경우, 가해자측은 성의를 표시하고 교섭에 응하려고 하는데 피해자측에서 전혀 응하지 않는 경우 등의 사정은 구체적인 수인한도의 판단에 있어서 중요한 기준이 될 수 있고, 특히 방해제거·예방청구의 경우에 있어서 중요한 자료로 될 수 있다.⁴⁰⁾

또한, 토지이용의 선후관계도 수인한도의 판단에 있어서 중요한 기준 중의 하나이다. 일반적으로 가해건물이 피해건물보다 먼저 건축되었다는 점은 수인한도에 큰 영향을 줄 수 있다. 피해건물을 건축하는 사람은 가해건물로 인한 일조방해의 가능성을 예측할 수 있었으므로 이를 회피할 수 있고 매매가격 등의 건물가치에도 이러한 사정이 반영되었을 것으로 보기 때문이다.⁴¹⁾

4. 일조권 침해에 대한 구제수단

가해건물의 건축으로 일조의 방해가 초래되거나 그 우려가 있는 경우에 대해서는 공법상의 구제수단과 사법상의 구제수단으로 구분해볼 수 있다. 우선 공법적 구제수단으로는 행정청의 건축허가신청 또는 사용승인신청의 거부, 행정청을 상대로 한 가해건물의 건축허가처분 또는 사용승인처분취소청구 등이 있는 반면, 사법적 구제수단으로는 손해배상청구, 방해제거·예방청구 등을 고려할 수 있다. 아래에서는 사법적 구제수단에 대해서 현재의 논의를 정리해본다.

우선, 일조방해의 경우 사법상의 구제수단으로 가장 보편적으로 활용되고 있는 것이 손해배상청구이다. 일조방해를 이유로 손해배상청구를 하는 경우

39) 부산고등법원 1998. 8. 27. 선고97나9093, 97나9109 판결.

40) 부산지방법원 2002. 1. 30. 고지 2001 카합 2548 결정에서는 피신청인들이 당초 건물을 13층으로 세울 계획이었으나 신청인들의 피해를 고려하여 10층으로 낮추어 건축허가를 받았고, 신청인들의 손해를 금전적으로 배상할 의사가 있는 점 등을 고려하여 수인한도 내라고 판단하여 신청인들의 공사금지가처분신청을 기각한 바 있다.

41) 이용세, “일조권, 조망권 침해와 사법적 구제”, 121면.

그 손해로 주장될 수 있는 것은 일조방해로 인한 토지나 건물의 가격저하, 영업수익의 저하, 광열비 등의 지출증대로 인한 재산적 손해와 거주환경의 악화로 인한 위자료의 청구 등이다.

또한, 건축물의 신축으로 인하여 이웃 토지이용자의 일조권을 침해하거나 침해할 우려가 있는 경우에는 이웃 토지의 소유자 등은 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다. 완성된 건물에 대해서는 일조침해 부분에 대한 철거, 신축 중인 건물에 대해서는 공사의 중지를 각각 청구할 수 있다. 다만, 완성된 건물에 대하여 철거청구를 인용하는 경우에는 사회적 비용의 발생과 같은 경제적 측면에서도 신중히 고려될 필요가 있다.

Ⅲ. 조망권의 해석론적 기초

조망권에 관한 근래의 엇갈린 판결 이후로 학계에서는 조망권에 대한 이론 구성을 위한 시도들이 몇몇 시도되고 있다. 그러나, 이러한 이론적 시도도 그 대부분 일조권에 관한 법리를 조망권에도 적용할 수 있는가의 여부를 모색하는데에 그치고 있어서 조망권에 관한 차별적인 이론구성은 미약한 편이다.

일조권의 경우에는 일조량의 저하로 인한 당해 주택의 재산상 가치의 하락과 같은 금전적 손해 뿐 아니라, 인간에 생활에 반드시 필요한 햇빛의 부족으로 인한 신체 또는 정서상의 손해가 차지하는 비중도 큰 편이어서 단순한 물권적 청구권과 재산상 이익에 대한 손해배상청구권으로 해결되지 않는 면이 있으므로, 환경권설이나 인격권설 등의 학설도 나름대로 설득력이 있는 편이다. 그러나, 조망권의 경우에는 일조와는 달리 인간의 생활에 있어서 필수불가결한 요소라고는 할 수 없으며, 국내에서 제기되는 분쟁은 주로 조망의 저해로 인한 주택가격의 하락에 기인하는 것이 주류를 이루고 있으므로 일조권과는 다른 측면에서 파악할 필요도 있다.⁴²⁾

한편, 판례는 조망의 침해가 위법한 것으로 인정되기 위해서는 그 조망이 법적인 보호대상이 될 수 있을 정도로 독자적 이익이 있어야 하고, 동시에 그에 대한 침해정도가 수인한도를 넘는 것이어야 한다고 판시하고 있으나,⁴³⁾

42) 조망이익에 관한 종래의 입장은 조망이익은 일조나 기타 생활이익에 비하여 절실한 것은 아니고 주관적인 것이며, 피해건물과 주변 경관 사이에 다른 차단물이 존재하지 않는다는 우연한 사정에 의하여 누리는 반사적 이익에 불과하다고 한다. 이용세, “일조권, 조망권 침해와 사법적 구제”, 137면.

43) 대판 2004. 9. 13, 2003다64602.

그 근거에 대해서는 침묵하고 있다. 즉, 조망권에 관한 현재의 논의들 중 학설은 일조권의 법적 성질로서 조망권을 설명하는데 그치고 있을 뿐 아니라 조망권의 실정법적 근거 특히, 민법적 근거를 제시하고 있지 못하고 있다. 또한, 판례의 경우에도 방해배제청구나 손해배상청구의 근거를 제시하고 있지 못하면서 이러한 청구권의 인정 여부에 대한 판단을 주로 하고 있는 실정이다. 따라서, 우선적으로는 기존 판례에 대한 분석 뿐 아니라, 조망권에 대한 사법상의 인정 여부를 민법의 체계와 규정을 기초로 검토할 필요가 있다.

이러한 의미에서 본고는 조망권 또는 조망이익의 사법적 근거로서 생활방해 금지에 관한 민법 제217조와 구제방법으로서 손해배상에 관한 제750조를 중심으로 해석론적 근거와 양자와의 관계를 중심으로 고찰하고자 한다. 현재의 학설들은 조망권을 별도의 물권의 보거나 환경권 또는 인격권으로 이론구성을 하는 경향이 있다. 그러나, 조망권을 별도의 물권으로 인정하는 것은 현재의 물권법정주의와 부합하지 않는 면이 있고, 환경권은 판례에서 일관되게 판시하고 있듯이 헌법상의 환경권이 아닌 사법상의 독립된 권리로서의 환경권은 인정될 수 없는 바이고, 인격권은 그 실체가 아직까지 모호한 실정이어서 구체적인 분쟁의 근거로서 적용되기에는 적합하지 않을 것으로 생각된다.

따라서, 본고에서는 조망권의 인정근거를 민법 제217조의 ‘매연, 열기체 … 중략 … 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다’는 규정 중 ‘이와 유사한 것’에 조망침해가 포함되는지의 여부 및 동조 제2항의 ‘통상의 용도에 적당한 것’을 수인한도의 기준으로 삼을 수 있을지의 여부를 검토하고, 이러한 해석이 가능하다면 그 구제방법으로 동조 제1항의 ‘적당한 조치’의 내용으로 방해배제·예방청구권의 당부를 검토한다. 또한, 피해자의 방해배제·예방청구에 따른 의무를 이행하지 않는 등 제217조 위반행위를 제750조에 의한 위법행위로 파악하여 방해배제·예방청구에 대신하여 손해배상청구를 인정할 수 있는가에 대한 검토도 아울러 필요할 것이다.

IV. 조망권과 민법 제217조의 관계

1. 제217조의 현대적 해석필요성

민법은 토지의 이용을 조절하여 이웃간의 평화로운 공동생활을 보장하기 위

한 상린관계규정을 두어, 이를 특히 상린법(相隣法)이라 하고 상린법의 규율 대상이 되는 법률관계를 상린관계, 상린법이 당사자에게 부여하는 이익⁴⁴⁾ 또는 상린관계규정에 의하여 발생하는 권리를 상린권이라고 한다.⁴⁵⁾ 현행 민법은 제216에서 제244조까지 상린관계규정을 두고 있는데, 이러한 민법상의 상린관계규정은 토지의 집약적·효율적 이용이 강조됨에 따라 그 역할도 증대되고 있다.

특히, 생활방해금지에 관한 민법 제217조는 현대 사회에서 매우 유용하게 적용가능한 조문으로서, 조망권에 관한 분쟁 역시 이웃 토지와의 이익을 조정하는 것을 주요 내용으로 하고 있다는 점에서 상린관계규정 중 생활방해금지 규정으로 포섭할 수 있는가의 여부를 검토할 필요성이 있다.

2. 생활방해금지의 의의

전술한 바와 같이 일조권의 법적 성질에 관해서는 물권설, 인격권설, 환경권설, 불법행위설, 생활이익향수설 등의 학설이 제기되고 있다. 그러나, 이러한 제학설에 대해서도 각각의 비판이 가해지고 있으며 이러한 비판에 대해서 명확한 논거를 제기하고 있지 못하고 있는 실정이다. 조망권에 대해서도 기본적으로는 일조권에 관한 학설이 적용가능하다는 견해도 있으나, 일조권과 조망권의 성격과 그 내용에 있어서도 차이가 있는 만큼 법적 성질도 차별화가 필요한 것으로 생각된다.⁴⁶⁾

조망권에 관한 현행 민법상의 근거로는 매연 등에 의한 인지(隣地)에 대한 방해금지를 규정하고 있는 제217조를 들 수 있다. 동조는 토지소유자에 대해서는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무를 부과하고 있고(제1항), 이웃 거주자에 대해서는 제1항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 인용할 의무를 부과하고 있다(제2항).

44) 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 박영사, 2004, 410면.

45) 이은영, 『물권법(개정신판)』, 457면.

46) 일조권의 경우에는 가해건물의 건축으로 인한 피해건물의 일조량의 변화, 일조량의 저하에 따른 피해건물의 가격하락 및 광열비 등의 기타 비용의 증대 등을 손해배상의 내용으로 하고 있으나, 조망권의 경우에는 특정한 전망이 보이는 비율에 따라 가격하락율이 정해지기 보다는 특정 전망이 보이는가의 여부에 따라 가격하락분이 반영되고 있으며, 또한 조망의 저하나 폐쇄로 인한 정신적 손해의 발생가능성 등에 있어서 차이가 있다.

이 규정에 따르면 제1항에서는 토지소유자의 생활방해금지의무를 규정하고 있는데, 이를 상대방의 입장에서는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 것으로부터 토지사용을 방해받지 않거나 생활에 고통을 받지 않을 권리로 볼 수 있는가의 문제, 둘째 ‘기타 이와 유사한 것’의 해석에 있어서 조망이익의 침해도 이에 포함되는가의 문제가 있다. 이러한 것이 인정된다면, 제2조의 인용의무는 조망권침해의 한계로 해석될 수 있는가를 판단해볼 필요가 있다.

이러한 민법의 생활방해금지규정은 다음과 같은 의미를 갖는다. 첫째, 민법은 생활방해를 인접토지 상호간의 이용조절을 위한 상린관계의 한 내용으로 파악하고 있다. 둘째, 생활방해는 매연 기타 이와 유사한 것에 의한 것을 가리킨다. 셋째, 생활방해로 되는 것은 토지의 통상의 용도에 적당하지 않은 토지사용의 경우에 한정된다. 넷째, 생활방해규정은 토지소유자에 대하여 방지조치의무를 부과하는 효과를 가진다. 방지조치의무는 작위의무인 경우도 있고 부작위의무인 경우도 있다. 다섯째, 민법은 방지조치와 손해배상을 별개의 원칙에 의해 규율한다. 따라서, 물권법의 생활방해금지와 함께 피해자에게 발생한 손해는 불법행위책임을 물어 배상받을 수 있다.⁴⁷⁾

3. ‘기타 이와 유사한 것’으로서의 조망방해

민법 제217조에서는 생활방해는 매개체에 의한 것을 요건으로 하면서, 그 예로 매연·열기체·액체·음향·진동 기타 이와 유사한 것을 들고 있다. 따라서, 조망권의 법적 근거를 제217조의 생활방해금지에서 찾기 위해서는 조망이익의 침해에 ‘기타 이와 유사한 것’에 해당되는지의 여부가 관건이라 할 수 있다.

생활방해를 야기하는 매개체에 대해서 이를 불가량물(不可量物, Imponderabilien)이라고 하는 견해와 일정한 토지이용과 불가피하게 결합되어 있는 간섭이라고 하는 견해로 구분된다. 최근에는 불가량물(不可量物)을 엄격한 물리학적 개념이 아니라, 넓은 개념으로 파악하는 경우에는 일정한 토지이용과 불가피하게 결합되어 있는 간섭도 포함된다고 하면서 결국 간섭을 구체적으로 확정하는 문제에 귀착되므로 두 견해의 차이는 실익이 없다는 견해도 있다.⁴⁸⁾

‘기타 이와 유사한 것’의 해석으로는 방해의 매개체는 반드시 물질적인 것에 한정되지 않고 토지사용과 밀접한 생활방해가 모두 포함되며, 가스·연기·냄

47) 이은영, 『물권법(개정신판)』, 박영사, 2002, 462면.

48) 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 417면.

새·소음·먼지·방사선·이웃 유리창의 태양광선의 반사·사람들의 시선집중 등으로 생활에 고통을 주는 경우·공연이나 집회 등으로 행인과 자동차의 밀집원인을 제공하는 경우도 생활방해에 해당된다고 한다.⁴⁹⁾ 반면, 생활방해를 야기하는 매개체는 적극적으로 방산(放散)되는 것임을 요구하여, 광선이나 공기·물·조망 등을 벽 기타 장애물로 차단하는 것과 같이 소극적·수동적으로 이웃 토지에 간섭 또는 영향을 미치게 되는 것은 이에 해당되지 않는다는 견해가 있다. 그러나, 이 견해는 제217조를 피해를 당한 이웃 토지소유자에게 일정한 경우 인용의무를 부담시킴으로써 그 물권적 청구권의 행사를 제한하는데 중점을 두고 있는 규정으로 이해하고 있다는 점⁵⁰⁾에서 이론(異論)의 여지가 있다. 즉, 우리 민법은 독일 민법⁵¹⁾과 달리 적극적·물리적 침해와 소극적·정신적 침해를 구별하지 않고 있고, 제217조의 해석상 ‘적극적 방산(放散)’을 요건으로 할 민법상의 근거가 없다고 한다.⁵²⁾

또한, 근래에 상린관계에 대해 제기되고 있는 환경권설이나 인격권설은 그 이론의 당부에 관계없이 민법상 환경권이나 인격권의 법적 근거를 규명하기가 곤란하다는 한계를 가지고 있다.⁵³⁾ 따라서, 새로운 환경에서 발생하는 상린관계에 대한 사법상의 근거는 역시 민법의 구체적인 조문을 근거로 할 수밖에 없다. 따라서, 상린관계규정 중 가장 적용범위가 넓은 제217조를 피해자의 인용의무를 중심으로 제한적으로 해석하는 것은 바람직하지 않고, 이를 적극적으로 해석하여 일조권 또는 조망권과 같이 소극적인 간섭의 경우에도 생활방해를 야기하는 매개체로 해석할 필요성이 높다.⁵⁴⁾ 즉, 생활방해는 소극적

49) 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 417면; 이은영, 『물권법(개정판)』, 464면.

50) 박윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 301면(유원규 집필부분).

51) 독일 민법 제906조에서는 불가량물(不可量物)의 유입(Zufuerung)은 적극적 침해만을 의미하므로 빛, 공기, 물, 라디오, 텔레비전 전파의 차단 등과 같은 소극적 침해에 대해서는 제906조가 적용되지 않는다는 것이 다수설과 판례의 태도이다. Gursky, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, §§985-1011, 13. Aufl., 1993, §1004 Rn. 64ff*; Medicus, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 3. Aufl., 1997, §1004 Rn. 28f*; Bauer/Stürner, *Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, §25 Rn. 26*; BGHZ 28, 110; BGHZ 88, 344; BGHZ 113, 384.

52) 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 419면.

53) 박윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 298면(유원규 집필부분)에서도 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치에 관한 규정은 사법관계에 직접적으로 적용될 수 없으므로 민법상 일반적인 인격권이 승인된다고 보는 것은 무리라고 서술하고 있다.

54) 독일에서도 소극적 침해도 소유권 침해에 해당하므로 독일 민법 제906조를 유추적용

침해나 정신적 침해를 포함하므로,⁵⁵⁾ 건축에 의한 조망방해·일조방해 등과 같이 소극적·정신적 침해도 제217조의 적용을 받는 것을 볼 수 있다. 따라서, 이러한 점에서는 조망침해도 민법 제217조의 생활방해의 매개체로서 ‘기타 이와 유사한 것’에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

4. 조망방해에 대한 구제수단으로서의 ‘적당한 조치’

판례는 조망권의 침해에 관한 구제수단으로는 금지청구(유지청구)⁵⁶⁾ 또는 손해배상⁵⁷⁾을 인정하고 있다. 즉, 조망이 저해되어 조망이익이 침해된 경우에 사법적 보호를 받기 위해서는 조망이익이 재산적 성질을 갖는 경우에는 재산적 이익의 침해에 대한 손해배상을 청구할 수 있는 경우와 가해건물에 대한 공사금지청구를 인정하고 있다.

이 중 손해배상청구는 불법행위책임에 그 근거를 두고 있는 것으로 보이나, 이러한 공사금지청구의 법적 근거와 성질에 대해서는 분명하지 않다. 또한, 불법행위에 근거를 두는 경우에도 불법행위는 기본적으로 가해행위가 위법행위일 것을 요구하고 있으므로, 건축법 등 관련 법령을 준수한 경우에 대해서는 그 근거가 불분명하게 된다.

민법 제217조에서는 토지소유자는 매년 기타 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 않도록 적당한 조치를 할 의무를 규정하고 있으므로, 생활방해금지의 요건을 충족한 경우에는 피해자는 수인의무를 부담하지 않으며 가해자에 대한 적당한 조치를 청구할 수 있다. 따라서, 조망방해에 대해서 제217조가 적용되는 경우 적당한 조치를 통해 피해구제가 가능할 것으로 생각된다.

제217조의 적당한 조치는 생활방해를 막는데 적당한 모든 조치로서 방해제거청구권, 방해해방청구권을 포함하고, 피해자는 이와 병행하여 손해가 있으면 손해배상 또는 손실보상을 청구할 수 있다. 또한, ‘적당한’ 조치는 그것이

해야 한다는 견해가 있다. M. Wolf, *Sachenrecht*, 15. Aufl., 1999, Rn.236, 272f.

55) 김재형, “소유권과 환경보호”, 『한국민법이론의 발전(이영준박사 화갑기념)』, 319면; 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 418면.

56) 금지청구를 인정한 판례로는 대판 1995. 9. 15, 95다23378; 대판 1997. 7. 22, 96다56153 등이 있다.

57) 손해배상청구를 인정한 판례로는 서울고법 2004. 9. 1, 2003나82275; 서울고법 2004. 11. 11, 2004나26173 등이 있다.

기술적으로 가능한 것일 뿐 아니라, 가해자에게 이러한 조치를 취하는 것이 경제적으로 기대가능한 것이어야 한다. 따라서, 침해가 통상적인 범위를 벗어나는 경우에도 기술적·경제적으로 이러한 조치를 취하는 것이 기대불가능한 경우에는 소유자는 이러한 침해를 수인하되 가해자에 대하여 정당한 보상을 청구할 수 있다는 견해가 있다.⁵⁸⁾

이 견해에 의하면 피해자의 청구권은 첫째 생활방해가 경미한 때에는 청구권이 인정되지 않고 수인해야 하며, 둘째 생활방해가 경미하지 않은 경우에도 이웃 토지의 통상의 용도에 적합한 것인 때에는 역시 피해자는 이를 수인해야 한다. 셋째, 다만 이웃 토지의 통상의 용도에 적합한 것이 아닌 때에는 방해배제청구권·방해예방청구권과 이에 병행하여 손해배상을 청구할 수 있다. 넷째, 이웃 토지의 통상의 용도에 적합한 것이 아니라 하더라도 생활방해를 방지하는 조치를 하는 것이 경제적·기술적으로 기대불가능한 때에는 피해자는 방해배제청구권의 행사를 포함하는 적당한 조치 및 손해배상을 청구할 수 없고 다만 손실보상만을 청구할 수 있다고 한다.⁵⁹⁾

또한, 기존의 판례는 조망침해에 대해서도 손해배상을 인정하고 있으나, 그 근거를 분명하게 제시하고 있지는 않다. 물론 이러한 경우의 손해배상은 불법행위에 기인하는 것으로 볼 수 있지만, 조망침해가 우리 민법상의 불법행위에 해당하는가에 대한 검토필요성이 있다. 민법은 제750조에서 일반불법행위 책임을 규정하고 있고, 제751조에서는 재산 이외의 손해에 대한 배상책임, 제758조에서는 공작물책임을 규정하고 있다. 그러나, 전술한 바와 같이 우리나라에서의 조망침해는 피해건물의 가격하락을 주요 원인으로 하고 있으므로 제751조를 적용할 필요는 그리 크지 않다. 또한, 공작물책임을 관한 제758조는 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인한 손해배상을 규정하고 있는 바, 조망침해는 가해건물의 설치·보존상의 하자라 할 수 없으므로 역시 제758조의 적용대상이라고는 할 수 없다. 따라서, 조망침해에 대한 손해배상은 제750조를 근거로 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나, 제750조는 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위’로 손해를 가할 것을 요건으로 하고 있다. 이에 관해서, 건물신축이 건축 당시의 건축법령 등에 형식적으로 적합한 경우에도 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 따라서, 건축관련법령의

58) 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 422면.

59) 이영준, 『한국민법론(물권편)』, 422면.

60) 이동원, “일조권 및 조망권 침해에 대한 판례의 동향”, 94면.

위반의 경우에는 당연히 제750조의 위반행위에 해당되지만, 건축관련법령을 준수한 경우에도 손해배상이 인정될 여지가 있다. 그렇다면, 건축법령을 준수했음에도 불구하고 수인한도를 넘은 경우에는 손해배상책임이 인정되기 위해서는 위법행위의 존재를 전제로 하고 있다. 여기서의 위법행위의 판단기준으로 될 수 있는 것이 바로 제217조의 적당한 조치의무의 이행 여부가 될 수 있다. 즉, 건축관련법령을 준수한 경우에도 제217조의 규정에 의해 피해자의 물권적 청구권에 따른 적당한 조치의무를 가해자가 이행하지 않은 경우에는 제217조의 위반으로 되고 이는 곧 제750조의 위반행위로 인정될 수 있다.

전술한 바와 같이 우리 나라에서 제기되고 있는 조망침해에 관한 분쟁은 주로 조망침해로 인한 주택가격의 하락을 원인으로 하고 있다. 따라서, 조망침해에 대한 구제방법으로서의 적당한 조치도 조망침해로 인한 주택가격의 하락을 방지하기 위한 물권적 청구권의 행사와 이미 가해건물의 건축이 완성됨으로 인해서 주택가격의 하락을 방지할 수 없는 경우에는 손해배상을 통해 전보받을 수 있을 것이다. 따라서, 조망침해에 대한 구제는 방해배제·예방청구권 등의 물권적 청구권의 행사와 손해배상을 병행하여 인정하는 것보다는 가해건물의 완성 이전에 조망침해가 예상되는 경우에는 방해예방청구권 등의 물권적 청구권의 행사를 통해 피해를 방지하고, 가해자가 이에 따른 방해예방조치 또는 방해제거조치를 이행하지 않음으로써 가해건물이 이미 완성된 이후에는 제750조에 따라 손해배상청구를 통해 해결하는 방안이 적절한 것으로 생각된다.

5. 수인한도로서의 ‘통상의 용도’

민법 제217조 제2항은 생활방해가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 인용할 의무가 있다고 하여 수인한도를 규정하고 있다. 이는 이웃 거주자의 인용의무를 정하고 그 기준으로 토지의 통상의 용도에 적합한 것인지의 여부를 제시하고 있다. 여기서 통상의 용도라는 것은 생활방해가 피해토지의 이용이나 피해토지 거주자의 생활을 비본질적으로 또는 중대하거나 현저하지 않은 정도로 침해하는 것을 의미한다.⁶¹⁾

생활방해가 경미한 경우에는 토지의 통상의 용도에 적당한 것으로 볼 수 있지만, 경미하지 않은 경우에는 일률적인 기준을 제시하기 어려우므로 결국 방해의 정도와 기간, 주위토지의 이용상황, 지역적 특수성, 토지이용의 선후관

61) 광윤직 대표집필, 『민법주해(V)』, 308면(유원규 집필부분).

계, 조망목적성과 주변 토지 이용과의 조화성 등을 고려한 이익형량을 통하여 사회통념상 인용할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다.

판례는 조망이익의 수인한도의 판단기준에 대해서는 조망이익의 대상이 되는 조망의 내용과 피해건물이 입지하고 있는 지역에 있어서 건물의 전체적 상황 등의 사정을 포함한 넓은 의미에서의 지역성, 피해건물의 위치 및 구조와 조망상황, 특히 조망과의 관계에서의 건물의 건축·사용목적 등 피해건물의 상황, 주관적 성격이 강한 것인지 여부와 여관·식당 등의 내용, 가해건물의 위치 및 구조와 조망방해의 상황 및 건축·사용목적 등 가해건물의 상황, 가해건물 건축의 경위, 조망방해를 회피할 수 있는 가능성의 유무, 조망방해에 관하여 가해자측이 해의(害意)를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 경우 등을 판단기준으로 제시하고 있다.⁶²⁾

조망침해의 인정범위는 당해 조망이 갖는 특별한 가치와 독자적 이익 등에 따라 제한적으로 인정될 필요가 있다. 피해건물의 소유자가 조망침해로 받은 재산상의 불이익 뿐 아니라, 가해지의 건축주가 건축고도의 제한으로 인해 받은 불이익도 보호되어야 할 사유재산권의 행사이기 때문이다. 따라서, 전술한 바와 같이 현행 민법의 해석상 제217조 제1항은 조망이익을 인정할 수 있는 법적 근거로 볼 수 있으나, 동조 제2항은 '통상의 용도'를 규정함으로써 피해건물의 수인한도를 정하고 있는 것으로 이해된다. 따라서, 현재의 다수의 견해와 같이 조망권 또는 조망이익을 부정하는 것보다는 이를 인정하되 수인한도에 의해 제한하는 방향으로 운영될 필요가 있다.

IV. 결 론

조망침해에 관한 분쟁은 주로 일조침해에 부수되어서 제기되어 왔으나, 근래에는 일조침해와 구별하여 독립적으로 소송이 제기되고 있다.⁶³⁾ 그러나, 조망침해에 관한 기존의 판례들은 대부분 조망이익이라는 독립된 보호법익을 제한적으로 인정하거나 부정하는 등 소극적으로 해석하고 있는 것으로 보여진다. 이러한 현상은 조망권 또는 조망이익에 대한 사법적(私法的) 근거와 법리에 관한 연구가 부족했다는 데에 기인하는 자연스러운 현상으로 생각된다. 따라서, 조망이익에 대한 충분한 법리적인 검토를 통해 그 인정근거와 범위 등

62) 대판 2003다64602.

63) 서울고법 2004. 9. 1, 2003나82275 참조.

에 관한 기준을 제시함으로써 판례의 법적 안정성 및 예견가능성을 강화할 필요가 있다. 이를 위해서는 우선 조망이익에 대한 민법상의 근거와 인정범위 등에 관한 연구가 선결되어야 한다.

조망권에 관한 기존의 학설들은 조망권의 법적 성질을 환경권 또는 인격권 등으로 설명하고 있으나, 이러한 권리 자체도 민법상 구체적인 권리성을 인정하는 것이 쉽지 않으며 그 내용도 불명확한 상태이다. 이러한 점을 고려하여, 본고에서는 조망이익의 법적 근거에 관해 추상적인 권리성보다는 민법상의 구체적인 조문을 중심으로 고찰하였다.

조망침해에 관한 분쟁은 주로 가해건물로 인한 피해건물의 영업상의 이익 또는 재산상의 이익의 감소를 원인으로 하고 있고, 이에 대한 구제방법으로 공사금지와 손해배상의 청구를 주요 내용으로 하고 있다. 이러한 공사금지청구권과 손해배상청구권이 발생하기 위해서는 실정법상의 근거가 존재하여야 하고, 이에 관한 실정법적 근거로는 생활방해금지에 관한 민법 제217조와 불법행위에 관한 제750조를 들 수 있다.

민법 제217조 제1항은 매연·열기체·액체·음향·진동 기타 이와 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 생활에 고통을 주지 않도록 적당한 조치를 취할 의무를 규정하고 있다. 제217조 제1항은 매연 등의 생활방해를 야기하는 매개체를 열거하고 있는데, 조망침해가 ‘기타 이와 유사한 것’에 포함되는 것인지의 여부에 관해서 기존의 학설들은 생활방해 매개체를 적극적 침해로 한정하여 조망침해를 배제하고 있으나, 근래의 소극적 침해설에 의하면 조망침해도 이에 포함될 수 있다. 따라서, 조망침해가 발생한 경우에는 방해배제·예방청구권의 행사를 통하여 상대방에게 조망침해의 배제 또는 예방 등의 적당한 조치를 취할 것을 청구할 수 있게 된다. 또한, 상대방이 조망침해를 배제 또는 예방하기 위한 적당한 조치를 이행하지 않으므로써 조망침해가 발생한 경우에는 동조 제2항의 통상의 사용을 수인한도로 하여 수인한도를 초과한 것으로 판단되는 경우에는 제750조에 의하여 손해배상청구가 가능하게 된다. 다만, 조망침해를 적극적으로 인정하는 경우에는 가해토지의 소유권행사에 대한 제한으로 작용하게 되므로, 조망침해의 인정요건 및 수인한도를 엄격하게 해석할 필요가 있다.

한편, 민법개정안에서는 생활방해매개체를 매연·열기체·액체·음향·진동 뿐 아니라 먼지·악취·폐수를 추가하고 있으나(민법개정안 제217조 제1항), 일조·조망이익의 침해에 대한 민법적 근거를 분명히 한다는 점에서 일조·조

망도 생활방해의 매개체로 추가할 필요가 있다. 개정안 제217조 제2항에서는 수인한도를 정함에 있어서 토지의 통상적 용도 이외에 추가적으로 사회통념을 고려하도록 하고 있고, 제3항에서는 장애의 방해에 대비하여 부작위청구를 허용하고 있다는 점에서, 제1항의 생활방해의 매개체에 일조·조망을 추가하는 경우에는 수인한도를 통상적 용도와 사회통념이라는 이중적 기준에 의해 판단할 수 있고, 또한 방해예방청구권으로서 제3항에 의한 부작위청구권을 행사와 방해가 현실적으로 야기된 경우에는 손해배상청구권의 행사를 통해 구제를 받을 수 있는 입법적 근거를 갖추게 된다.

판례는 조망권 침해에 관하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 인정한 경우,⁶⁴⁾ 환경이익의 침해를 이유로 가해건물의 공사를 금지시킨 경우⁶⁵⁾ 등, 조망권 침해를 인정한 경우에도 그 근거에 대해서는 일관되어 있지 않을 뿐 아니라, 민법상의 근거조문의 제시도 명확하지 않다. 특히, 부산대학교 사건에 관한 95다23378 판결에서는 ‘그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당되는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다’라고 판시한 바 있다. 그러나, 이웃 토지에서 합법적으로 고층건물을 건축하는 행위가 과연 피해 토지의 소유권에 대한 방해로 볼 수 있는가는 의문이다. 조망권의 문제는 직접적인 소유권의 내용에 관한 것이 아니라, 이웃토지와의 관계에 있어서 소유권 행사의 조정문제로 파악하여야 한다. 따라서, 조망권에 관한 입법적 정비가 있기 전까지는 법원에서는 위 판례가 간과한 생활방해금지에 관한 민법 제217조의 ‘기타 이에 유사한 것’에 대한 해석과 유형화를 통하여 일조권과 조망권의 침해가 ‘기타 이에 유사한 것’에 포섭될 수 있는지의 여부를 구체적으로 판단할 필요가 있다.

주제어 조망권, 일조권, 민법 제217조

64) 대판 1995. 9. 15, 95다23378.

65) 대판 1997. 7. 22, 96다56153.

A Study on Prospect Right

Ryu, Chang-Ho*

Recently, lawsuits on prospect right is on the increase gradually, but judgements on this are not sure. So to speak, some judgements admit prospect right, others are not. For this reason, it is estimated that judgements on prospect right don't have stability. But, these tendency is due to insufficiency of studies on theory and legal ground of prospect right. So, this article was promoted to offer legal ground and to develop legal theory on prospect right.

The quarrels on prospect infringement caused reduction of business or property interests, and remedies for these are request for prohibition and compensation. In this article, Civil Act §217 and §750 was proposed as ground of these remedies.

§217 is an article for prohibition of disturbance against adjoining land by soot, et. Following this article, the owner of land has a duty to take appropriate measures so that soot, heat gas, liquid, sound, vibration, and the like may not harm or disturb the neighbor's living or use of the adjoining land. Then prospect infringement is included 'the like', the injured can claim for removal or prevention of disturbance. If infringing owner of land didn't make nonfulfilment removal or prevention of disturbance obligation, infringed owner could claim compensation for damages §750.

KEY WORDS Right of Light, Prospect Right, Civil Act Article 217

* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph.D. in law