
학술연구논문

- ◆ 건설도급상의 생활환경침해에 대한 책임
조은래

건설도급상의 생활환경침해에 대한 책임

조 은 래*

<목 차>

- I. 서설
- II. 책임의 주체
- III. 건설도급과 생활환경침해
- IV. 결어

I. 서 설

도시개발에 의하여 건설공사로 인한 환경침해에 대한 피해가 늘어가고 있다. 공사로 인한 지반침하, 건물의 균열 그리고 소음, 진동, 분진, 일조권, 조망권 등의 생활방해가 발생하는 경우가 많다. 또한 건물의 건축으로 인하여 사생활의 비밀이 침해되는 경우도 있다.¹⁾ 일반적으로 건설공사로 인한 생활환경상의 피해가 발생하면 가해자는 피해자에 대해 불법행위책임을 진다. 즉 공사의 시공을 담당하는 자가 고의 또는 과실로 시공상 주의의무를 해태하여 제3자에게 손해를 가한 경우, 그리고 시공자의 시공행위와 피해발생간에 인과관계가 있고, 그러한 피해의 발생행위가 위법한 경우라면

* 법학박사, 부산외국어대학교 법·경찰학부 전임강사

1) 대법원 1999. 1. 26. 선고98다23850 판결.

불법행위가 성립한다. 그런데 이러한 생활환경침해에 대하여는 종래의 불법행위이론으로는 합리적인 해결을 기대하기가 어렵다. 특히 건물시공의 특성상 피해자는 건설과정에 대한 지식이 없고, 특별한 정보도 없기 때문에 입증책임을 부담할 경우 매우 불리한 입장에 서게 된다. 또한 불법행위가 성립하더라도 누가 법적 책임을 질 것인가가 문제된다. 건설공사에 있어서는 도급인과 수급인, 수급인의 피용자와 하수급인 그리고 설계자와 감리자 등 많은 사람이 관여하고 있기 때문에 어떠한 범위 내에서 누가 책임져야 하는지 불분명한 경우가 많다.²⁾ 이하에서는 건설공사도급으로 인한 생활환경 침해시 그 책임의 주체와 내용을 불법행위와 판례를 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 책임의 주체

일반적으로 건설공사는 도급인(발주처), 수급인(일반건설업체), 하수급인(전문건설업체), 건설일용공 등으로 이루어지는 수직적 생산체계 하에 중층적 하도급구조를 취하고 있으며 이러한 공사를 수행하면서 하도급인과 하수급인의 불법행위에 의하여 다른 하수급인이나 제3자에게 손해를 입힌 경우에 말단의 하수급인 또는 그 피용자는 자력이 없기 때문에 피해자에 대해 도급공사의 도급인 등을 포함하여 그 도급공사에 관련된 모든 사람을 상대방으로 하여 손해배상청구소송을 제기하는 경우가 많다. 특히 손해배상을 할 수 있는 자력의 문제로 인하여 주로 도급인과 수급인에게 그 책임이 집중되는 경향이 있다.

건설공사로 인한 생활환경침해는 대개 공사과정에서의 소음, 진동으로 인한 생활방해와 공사완성 후에 예상되는 일조권, 조망권, 사생활 침해 등

2) 윤재윤, 건설분쟁관계법, 박영사, 2006, 488면, 501면 참조.

이 발생한다. 이러한 침해에 대한 불법행위의 주체로는 다음과 같다.

1. 직접행위자

건설공사 도중에 불법행위로 인하여 제3자에게 생활환경을 직접 침해한 자는 도급인이든 수급인이든 그 피용자이든 가리지 않고 손해배상책임을 부담한다. 특히 일조권, 조망권 등의 생활환경 침해는 건설공사 과정에서 발생하는 것이 아니라, 공사가 완료된 후 건물들의 정적인 상호위치관계에 따라 발생하게 되므로 가해건물의 소유자가 1차적인 책임주체가 된다. 그러나 집합건물을 분양받아 소유권을 취득한 구분소유자들은 가해건물의 건축행위에 관여한 바가 없고, 구분소유 부분과 침해결과 사이에 인과관계를 알 수 없기 때문에 불법행위책임을 질 가능성이 거의 없다. 한편 소유자가 아닌 생활환경 침해의 가해건물에 대한 공사시행자(재건축조합, 주택조합 등)도 건축계획을 수립하고 공사의 도급인이 되었으므로 책임을 지게 된다.³⁾

2. 수급인

건설산업기본법 제44조 제3항은 “수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급 받은 건설공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 일반적으로 수급인은 자신이 직접 가해행위를 한 경우뿐만 아니라, 건설산업기본법이 적용되는 건설공사의 하도급계약관계에서 하수급인이 고의 또는 과실로 업무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 때에는 그 하수급인은 물론 거기에 귀책사유가 없는 수급인도 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.⁴⁾ 그런데 민법 제757조는 수급인의 불법행위가 있는 경

3) 윤재윤, 앞의 책, 502면.

4 比較法學 (第20輯)

우에 도급인은 책임이 없다. 단 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 있을 때는 책임을 진다고 하므로, 수급인이 하도급을 한 경우에도 제757조를 적용하여 수급인의 면책을 주장할 수 있는지가 문제이다. 이에 대하여 대법원은 수급인과 하수급인의 하도급관계도 본질적으로 도급계약에 해당한다고 보아⁵⁾ 민법 제757조의 적용을 긍정하고 있으며 따라서 수급인은 중과실이 없으면 면책될 수 있다. 그러나 이에 대하여 하도급계약은 도급계약과는 다르기 때문에 민법 제757조를 적용할 수 없다는 견해가 있다.⁶⁾ 즉 수급인인 건설회사의 제3자에 대한 책임은 수급인이 건설공사의 총책임을 맡은 기업으로서 1차적인 책임을 져야 한다는 점, 민법 제757조는 도급인이 건설에 관여하지 않는 것을 전제로 하여 입법되었으므로 수급인이 공사를 하는 하도급에는 적용할 수 없는 점, 하도급관계는 업무수행상 하도급인의 설계와 기획 아래 이루어지는 것으로 제3자에 대한 관계에서는 수급인과 하수급인이 하나의 공사 주체로 다루어져야 하는 점, 민법 제757조가 자칫 건설회사의 면책용으로 이용될 가능성이 있는 점 등을 그 근거로 한다.

요컨대 작업의 최종책임이 원수급인에게 귀속된다는 점에서 원수급인은 도급인에 대하여 하수급인의 행위 전부를 자신의 행위로 받아들여야 하고 민법 제757조의 적용은 제한되어야 할 것이다.⁷⁾

한편 일조권 등 건축계획에 관련된 침해의 경우에 건축을 직접 담당하는 시공사 혹은 수급인은 경우에 따라 다르다. 즉 시공사가 단순히 수급인으로서

4) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결 참조.

5) 도급인은 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 없는 한 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없으나, 도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘·감독권을 유보한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자 및 피용자의 관계와 다를 바 없으므로 수급인이 고용한 제3자의 불법행위로 인한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조에 의한 사용자책임을 면할 수 없고, 이러한 이치는 하도급의 경우에도 마찬가지이다. 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다 48109 판결.

6) 이은영, “하도급에 대한 책임.” 법률신문, 2371호, 1994. 12. 14면.

7) 同擘, 윤재운, 앞의 책, 336면.

공사시공만 한 경우에는 생활환경 침해에 대한 책임을 지지 않는다. 그러나 계획 및 인허가 단계부터 관여를 하고 분양대금관리나 분양 업무를 처리하였거나, 이웃 주민들의 민원에 적극적으로 개입하는 등의 사정이 인정되는 경우에는 주도적으로 건축에 참여하였다고 보아 그 책임을 인정할 여지가 있다. 실무상으로 시공사의 책임문제가 중요하게 다루어지는 이유는 재건축조합 또는 재개발조합이 도급인으로서 아파트 등을 건설하는 경우에 완공 후에는 도급인인 재건축조합 또는 재개발조합이 사실상 유명무실한 법인격이 되는 경우가 많으므로, 자력 있는 실체인 시공사를 상대로 하여야만 실제 손해배상을 받을 수 있기 때문이다.⁸⁾

3. 도급인

민법 제757조는 “도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 이에 의하면 건설도급에 있어서 건설공사로 인하여 제3자에게 손해가 발생한 경우에 도급인은 수급인의 불법행위에 대하여 책임을 지지 않는다. 도급에서 수급인은 도급계약에서 정해진 일을 자기의 판단에 따라 완성할 의무를 질뿐이고(민법 제664조), 도급인이 수급인을 선임·감독하는 관계에 있지 않다. 도급인은 수급인의 일에 관하여 지휘 또는 감독권이 없고, 수급인은 자신이 독립해서 자유재량으로 그의 사무를 처리하기 때문이다. 즉 수급인은 도급인의 피용자가 아니다. 따라서 도급인은 사용자책임(민법 제756조)을 지지 않는다.⁹⁾

건설공사로 인한 생활환경의 침해시 도급인에게 책임을 지우는 근거로

8) 윤재운, 앞의 책, 503면.

9) 민법 제757조 본문은 도급인은 수급인의 사용자가 아니므로 사용자책임을 부담하지 않는다는 취지를 주의적으로 규정한 것이라고 보는 견해가 다수설이다. 김준호, 민법 강의, 법문사, 2009, 1554면.

는 민법 제757조 단서, 민법 756조, 민법 제750조가 있다. 특히 도급계약상의 수급인 및 수급인의 피용자에 의해 제3자에게 손해가 발생한 경우에 도급인에게 책임을 귀속시키기 위한 법적 근거로서 민법 제757조 단서¹⁰⁾와 제756조를 들 수 있다. 그러나 민법 제756조의 사용자책임은 피용자의 불법행위에 대한 사용자가 책임을 부담하는 간접책임으로서 사용자관계를 전제로 한 규정이므로, 노무의 제공에 있어서 종속성을 전제로 하지 않는 도급관계에서는 그 적용이 없다고 할 것이다.¹¹⁾

민법 제757조 단서의 의미에 대한 법률적 성질은 민법 제756조의 사용자책임이라는 견해와 일반적 불법행위책임(민법 제750조)의 주의규정이라는 견해¹²⁾, 불법행위책임도 아니고 사용자책임도 아닌 별개의 책임이라고 보는 견해¹³⁾가 있다. 도급인이 수급인의 불법행위에 대하여 도급 또는 지시의 중과실로 인한 책임을 지는 근거는 첫째, 어떤 일을 하려는 자(도급인)는 그 일에서 발생할 지도 모르는 타인에 대한 위험이 현실화되지 않도록 주의하여야 하며 둘째, 수급인은 도급인의 도급 또는 지시에 따라 도급인을 위하여 일을 하는 사람이다. 셋째, 앞의 이유에서 일의 완성을 수급인에게 위임하는 도급인이 도급을 맡기거나 지시를 할 때에는 가해를 방지할 조치를 수급인에게 지시하여야 한다. 따라서 본조 단서의 책임은 고의나 중대한 과실로 인하여 일의 이익귀속자가 위험이 따르는 일을 사무처리자에게 지시하여 사무처리자가 그 지시에 따라 일을 수행함으로써 제3자에게 손해를 입

10) 즉 도급인이 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 있을 때에는 수급인의 불법행위에 대하여 책임을 부담한다고 함으로써 예외적인 경우에 한하여 도급인의 책임을 규정하고 있다.
 11) 신국미, “도급인의 불법행위책임 구조”, 고려법학 제45호(고려대학교 법학연구원), 2005, 182면.
 12) 김중환, 채권각론, 박영사, 1988, 491면; 김현태, 新稿채권각론, 일조각, 1969, 389면; 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1982, 495면; 이상원, “受給人(下都給人) 또는 그 被用者의 不法行爲에 대하여 都給人이 責任을 지는 경우”, 사법행정, 제30권 11호, 한국사법행정학회, 1989, 11, 47-48면.
 13) 이은영, 채권각론, 박영사, 1988, 639면.

힌 경우에는 본인 자신이 가해행위를 한 것과 마찬가지로 피해자에 대하여 책임을 져야 할 것이다.¹⁴⁾

요컨대 민법 제757조 단서에 규정한 도급인의 책임은 불법행위의 일반원칙을 말하는 주의적 규정에 지나지 않는 것으로 보인다. 도급인 책임의 효과로써 도급인은 수급인이 제3자에게 가한 생활환경 침해에 대한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 그리고 수급인에게도 과실이 있는 경우에는 공동 불법행위가 성립하며, 각자가 위법한 가해행위와 상당인과관계가 있는 전 손해에 대하여 배상책임을 지게 된다.¹⁵⁾

한편 도급인의 책임의 근거에는 수급인이 도급인의 이익을 위하여 도급인의 도급 또는 지시에 따라 일을 수행할 입장에 있는 자라는 사정이 포함되어 있어서 사용자책임과의 관련성을 부정할 수는 없다. 그리하여 도급인이 수급인에 대하여 작업에 관하여 지휘 또는 감독을 하게 되어 있는 경우(특히 하도급에 있어서)¹⁶⁾, 사용관계가 성립되어 사용자책임을 지게 된다. 판례는 도급계약의 형식을 띠고 있을지라도 실질적으로 도급인과 수급인 사이에 지휘·감독관계가 있어 사용관계가 인정되는 경우에는 이를 “노무도급”¹⁷⁾이라고 하여 민법 제756조의 사용자책임을 인정하고 있다.¹⁸⁾ 일반

14) 김주수, 채권각론, 삼영사, 1992, 691-692면.

15) 김주수, 위의 책, 693면.

16) 이상원, 앞의 논문, 51면 이하, 다음호 사법행정 제30권 12호, 36면 이하 참조.

17) 노무도급관계를 구체적으로 정의한 대법원판례는 보이지 않으나, 하급심판례로서 “도급인이 수급인의 불법행위에 있어서 사용자로서 배상책임이 인정되는 소위 노무도급관계는 사용자의 배상책임과 도급관계의 사용자배상책임제한원칙에 비추어 모든 노무 또는 노역의 도급전반에 걸쳐 인정되는 것이 아니고 특정행위를 지시하거나 특정한 사업을 도급시켜 도급인과 수급인 사이에 지시 또는 감독 이에 준한 관계가 성립되는 경우에 한하여 사용자로서 배상책임이 인정되는 것인 즉 고용관계와 도급관계가 복합된 성질의 법률관계라 할 수 있다”라고 하는 판결이 있다(서울고법 1977. 3. 31 선고 76나2787판결).

18) 이 경우에 민법 제756조가 적용되는 사용관계로서 “지휘·감독관계”와 민법 제757조 단서의 “도급 또는 지시관계”와의 구별이 문제된다. 실제 구체적인 도급관계에서 도급인과 수급인과의 관계가 제756조의 “지휘·감독관계(사용자관계)”인지, 제757조 단서의 “도급 또는 지시관계”인지의 여부는 명확하게 구별되어지지 않고 있으며,

적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독관계가 없으므로 도급인으로서 민법 제756조의 규정이 적용되지 않으나, 특정한 행위를 지휘하거나 나아가 수급인을 사실상 자기 지배하에 두고 그 활동영역을 확장하고 이익을 확대하는 경우에는 보상책임의 원리에 따라 사용자 책임을 진다고 한다.¹⁹⁾

Ⅲ. 건설도급과 생활환경침해

1. 소음·진동에 의한 생활방해

1) 건설공사와 소음·진동

건설공사시에 소음·진동 및 분진 등이 발생하는 것은 당연한 사실이다. 대개 이러한 소음 등이 발생하였을 경우 시공자가 무조건 책임을 지는 것은 아니고, 주변주택 등의 거주자의 수인한도를 넘는 침해가 있을 경우에 시공자가 책임을 지는 것이 일반적이다. 소음에 오랫동안 노출되면 불안, 초조, 신경장애, 불면증, 식욕감퇴, 정신불안, 청각상실 등의 건강장애를 초래한다. 소음은 40dB 정도부터 인체에 영향을 미치기 시작하여 대체로 평균소음도가 70dB 이상이면 주거지역으로부터 부적합하다. 또한 인간에게 뿐만 아니라 가축에게도 해를 끼쳐 알이나 새끼를 낳지 못하게 된다. 특히 소음 및 진동으로 인한 생활방해는 인간의 건강과 동물에게 심각한 영향을 미치는 것으로서, 소음은 “보이지 않는 살인자”라고 하기도 한다.²⁰⁾ 사람의 일

판례와 학설은 사용관계를 넓게 인정하여 도급, 위임, 임치에 있어서도 경우에 따라 사용관계를 인정하고 있다. 즉 특정한 행위를 지시하거나 특정사업을 도급시켜 도급인과 수급인 사이에 지시 또는 감독 등의 관계가 성립된 경우에는 도급인은 사용자 책임을 부담한다. 신국미, 앞의 논문, 182-183면.

19) 대법원 1965. 10. 19. 선고 65다1688 판결; 대법원 1983. 2. 8. 선고 81다428 판결; 대법원 1998. 6. 26. 선고 97다58170 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결.

상생활의 쾌적함을 위협하는 소음, 악취 등으로 인한 생활방해는 전체 피해에 대한 민원 가운데 절반 이상의 비율을 차지하는 만큼 그 심각성이 높게 나타나고 있다.²¹⁾

2) 손해배상책임

소음·진동에 의한 생활방해를 포함한 대부분의 생활환경 침해는 불법행위로 구성하여 손해배상책임을 지는 것이 일반적이다. 불법행위가 성립하기 위해서는 고의 또는 과실, 위법성, 손해의 발생 등의 요건이 갖추어져야 한다. 이러한 성립요건 중에 생활방해와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 위법성판단의 여부가 중요하다. 환경침해소송에게 위법성의 판단기준은 수인한도론에 의하고 있다. 건설공사에 있어서 소음·진동은 소음·진동규제법이 규제하고 있는 수치가 수인한도의 일응의 기준이 될 것이며, 분진은 일반인이 견디기 힘든 정도의 분진이 발생하였을 경우 수인한도를 넘는 침해가 있다고 볼 것이다. 수인한도를 넘는 침해가 있는 경우 시공자는 주변 거주자에게 위자료를 배상하여야 한다.²²⁾

판례도 “환경정책기본법 제31조 제1항 및 제3조 제1호, 제3호, 제4호에 의하면, 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 경우에는 당해 사업자는 귀책사유가 없더라도 그 피해를 배상하여야 하고, 위 환경오염에는 소음·진동으로 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 것도 포함되므로, 이 사건 원고들의 손해에 대하여 피고는 그 귀책사유가 없더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.”라고 하고 있다.²³⁾

20) 東京地裁, 昭和45. 5. 27, 判例時報 605號, 74면.

21) 임석희·이만수, “環境汚染被害補償에 관한 研究”, 研究叢書 7, 鑑定評價研究院, 1998, 29면.

22) 이법상, “건설분쟁의 종류와 그 대비 - 법률가의 관점에서 바라본 건설분쟁 -”, 건축 제49권 제4호, 대한건축학회, 2005. 5, 58-59면.

23) 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결. 내용을 살펴보면 “원심판결에 의하더라도 피고가 점유·관리하는 위 고속도로가 확장되고 공사완료 후 차량의 교통량과 차량의

이러한 수인한도론의 이론적 기초는 권리행사가 사회생활상 감내할 수 없을 정도의 과도한 손해를 야기시킬 경우에는 권리의 사회성·공공성에 반하는 것이므로 권리남용에 해당한다는 데에 있다.²⁴⁾ 요컨대 수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 한다.

3) 유지청구

소음 및 진동으로 인한 생활방해에 있어서의 유지청구는 작위청구와 부작위청구가 있다.²⁵⁾ 즉 70dB 이상의 소음이 유입되지 않도록 방음설비를

속도가 증가함에 따라 원고들이 이미 하고 있던 위 양돈업을 폐업하여야 할 만큼의 소음 진동이 발생하였다는 것인바, 그렇다면 원고들이 입은 위 피해의 성질과 내용 및 그 정도나 규모, 피해 원인과 그 밖에 기록으로 알 수 있는 위 고속도로 확장공사 시나 공사완료 후의 소음정도와 일반적으로 허용되는 소음기준치, 피고가 위 고속도로 확장공사 전에 원고들의 피해를 방지하기 위하여, 고속도로 개통 후 원고들의 피해 경감을 위하여 아무런 조치를 취한 바 없는 점, 위 양돈장이 소재한 곳의 위치와 도로 근접성 및 그 주변 일대의 일반적인 토지이용관계 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 위 고속도로 확장공사 및 차량통행에 따른 소음으로 인한 원고들의 양돈업에 대한 침해는 그 정도가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선 것이라고 볼 것이고, 따라서 고속도로의 사용이나 자동차의 통행 그 자체가 공익적인 것이고, 고속도로에서의 차량통행으로 인한 소음 진동이 불가피하게 발생한다 하더라도 그 정도가 수인한도를 넘어 원고들에게 위와 같이 양돈업을 폐업하게 하는 손해를 입었다면 피고는 원고들에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

24) 윤재운, 앞의 책, 505면.

25) 유지청구(또는 금지청구, 중지청구 등)의 법적 근거는 구체적인 권리가 침해된 경우에 제기할 수 있다는 권리설과 구체적인 권리침해를 요건을 하지 않고 피침해이익의 성질·정도와 침해행위의 태양에 의하여 일정한 한도를 넘으면 민법 제217조에 근거하여 유지청구를 할 수 있다는 생활이익설(생활이익보호청구권설)이 있다. 이 밖에도 권리침해가 계속적이라면 침해된 권리가 어떤 것인가를 묻지 않고, 유지청구권의 발생을 승인하려고 하는 계속적 권리침해설이 있다. 권리설은 다시 유지청구권의 원인이 무엇인가에 대해 물권적 청구권설, 인격권설, 환경권설, 불법행위법설 등으

설치 할 것, 또는 50dB 이상의 소음을 발생시키지 말 것 등의 유지청구를 할 수 있다. 한편 부작위명령에 대한 위반행위가 행위진 경우에 대체집행방법으로 그 위반의 결과를 제거할 것, 그리고 장래를 위한 적당한 처분이 가능하다. 또한 몇 dB 이상의 소음을 내어서는 안된다고 하는 판결에 따른 부작위의무를 위반했을 때, 대체집행에 따라 필요한 방음벽을 만들거나 기계의 설계장소를 옮기게 하는 일은 가능하다. 요컨대 원고가 판결절차에서 작위를 청구한 경우에 그 작위가 대체적 작위라면 대체집행의 방법에 따라 집행될 수 있겠지만, 추상적 작위를 명하는 판결인 경우에는 간접강제에 한하며, 대체집행이 가능한 것은 구체적인 침해방지행위로서 특정하고 있는 경우에 한한다.²⁶⁾

2. 일조권 침해

1) 일조권의 의의와 법적 성질

일조권이라 함은 일조 즉 직사광선의 이익을 향유할 권리를 말한다. 자연환경 소재의 하나인 일조를 이용하여 쾌적한 생활을 향유하는 권리인 일조권은 환경권의 한 내용으로 볼 수 있다. 일조권의 법적 성질에 관하여는 일조방해를 소유권침해로 보는 물권적 청구권설, 인격권 침해로 보는 인격권설, 불법행위설, 환경권 침해로 보는 환경권설, 생활이익 향수설, 일조권설 등이 대립하고 있지만, 그 어느 입장도 명쾌하게 독립적 권리성의 근거를 제시하지 못하고 있다.²⁷⁾ 대법원은 일조권을 “이웃 토지상의 건물로 인하

로 나누어진다. 생활이익설에 대해서는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 권원은 필지언정 환경피해의 제거·예방을 구하는 유지청구의 근원은 될 수 없다는 견해도 있으나, 대법원은 생활이익이 침해된 경우에도 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있다고 판시하고 있다. 대법원 1997. 7. 22, 선고 96다56153 판결. 이에 대한 상세는 拙書, 환경법, 세종출판사, 2003, 253면 이하 참조.

26) 이정기, 留止請求의 法理에 관한 研究, 박사학위논문, 경남대학교 대학원, 2001, 113면.

27) 전경훈, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토,” 『사법행정』455호, 한국사법

여 직사광선이 차단되는 불이익”라고만 판시하였고, 법적 성질에 대하여는 명시적인 판단을 하지 않고 있다.²⁸⁾

그러나 일조권은 환경권의 내용에서 더 나아가 독립된 하나의 새로운 권리로서 파악하기도 한다.²⁹⁾ 환경권의 내용으로서 일조권이 침해되었을 때 환경권규정에 의하여 방해배제를 청구할 수 있는가에 대하여, 법원의 입장은 헌법상의 환경권규정은 사법상의 구체적 권리규정이 아니라고 판시³⁰⁾ 하였다.³¹⁾ 그러나 일조 및 통풍의 침해는 계속적인 침해를 가져오며 대개는 적법한 권리행사에서 비롯되며, 토지 및 건물 등의 재산적 이익 및 인격적 이익을 침해하게 된다는 점에서 환경침해와 공통성을 가지므로 환경권의 내용이 될 수 있다.³²⁾

행정학회, 1998. 11, 26-36면; 김종률, “환경권의 사권성,” 『판례연구』13집, 서울지방 변호사회, 2000. 1, 202면 이하; 조홍식, “유지청구허용 여부에 관한 소고,” 『민사판례연구』22권, 박영사, 2000. 2, 29면 이하.

28) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다72213 판결; 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4697 판결.

29) 구연창, “일조권의 법적 보호”, 민사법학 제6호, 1986, 93면; 양삼승, “일조권과 수인 한도”, 민사판례연구(6), 경문사, 1983. 참고로 대법원의 판례는 동지를 기준으로 오전 9시부터 오후 3시까지 일조시간이 연속 2시간, 또는 오전 8시부터 오후 4시까지 통산 4시간 이상 확보되지 않는 경우 일조권 침해로 인정한다.

30) 대법원 1995. 9. 15, 선고 95다23378 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결.

31) 이에 관하여 2002년 1월 29일 중앙환경분쟁조정위원회에 따르면 일조권 피해를 환경피해에 추가하는 환경분쟁조정법개정안이 시행될 예정이다. 현재 분쟁조정 대상이 되는 환경피해는 대기, 수질오염과 소음·진동, 해양, 토양오염, 악취, 생태계 파괴 등에 국한되며, 지금까지 일조권 피해는 소송을 통해 법원에서만 해결할 수 있었다. 개정안이 통과되면 일조권이 환경피해로 인정되어 그 침해에 대하여 피해자는 조정신청만 하면 되므로, 소송에 필요한 시간이나 변호사 비용, 피해내용을 입증하기 위한 용역비 등에 대한 부담을 덜 수 있어 서민들의 일조권 피해가 폭 넓게 구제될 수 있을 것이다.

32) 일조는 건강하고 쾌적한 생활에 필요한 생활환경적 이익이기 때문에 법적 보호의 대상이 될 수 있다고 본다. 金基洙, 민법학연습, 박영사, 1994, 263면; 新田敏, “相隣關係”, 不動産法概論(1), 有斐閣, 1979, 45면. 그러나 이에 대해 우리 민법 제217조의 생활방해규정은 상린관계의 정신에 따라 지배권의 확보를 조절하는 것으로서 생활방해의 형태가 적극적인 침해만을 한정하여 규정하고 있으므로, 소극적인 침해인 일조·통풍의 방해는 상린권자의 생활방해로 인정할 수 없다는 견해도 있다. 곽윤직,

판례도 “환경권의 내용으로서는 자연에 의하여 주어지는 일조, 전망, 통풍, 정온 등의 외부적 환경을 차단당하지 않고 쾌적하게 생활할 수 있는 권리도 당연히 포함된다고 볼 것이므로, 이러한 일조권 등에 대한 침해는 피해자에 대한 불법행위를 구성하게 되고 다만 인접 토지소유자의 권리행사를 사회통념상 수인할 수 있는 범위 내에서는 위법성이 조각된다.”라고 한다.³³⁾ 따라서 인간은 누구나 환경권 즉, 쾌적한 생활을 향유할 수 있는 권리로서의 일조 및 통풍의 권리를 가짐은 지극히 당연하다고 할 것이다.³⁴⁾ 일조의 방해현상은 인간의 건강과 쾌적한 생활을 저해할 뿐만 아니라, 이로 말미암아 토지 및 가옥의 가격폭락으로 인한 재산상의 피해도 주고 있어서 상린권자 사이의 분쟁을 야기하기도 한다.³⁵⁾ 참고로 독일의 경우에는 독일 헌법상 환경권규정이 없으므로 일조권을 재산권으로 보아 일조권침해는

물권법, 박영사, 1993, 302면.

33) 서울지방법원남부지원 1994. 02. 23. 선고, 91가합23326 판결.

34) 1999년의 환경정책기본법의 개정에서 생활환경의 내용으로서 日照를 포함하고 있다. 한편 일조 등의 확보를 위한 건축법상 규제는(건축법 제53조) 전용주거지역 또는 일반주거지역 안에 건축하는 건축물로서 정북방향에 따른 인접대지 경계선까지 거리는 다음과 같다. 1) 높이 4M이하인 건축물은 인접대지 경계선으로부터 1M이상, 2) 높이 8M 이하인 부분은 인접대지 경계선으로부터 2M 이상, 3) 높이 8M를 초과하는 부분은 인접대지 경계선부터 당해 건축물의 각부분 높이의 2분의1이상이다. 단 공동주택의 경우에는 위 사항외에 지역에 관계없이 건축물높이의 1/4 이상을 띄우도록 하고 있던 것을 일반상업지역과 중심상업지역에는 적용되지 않는다. 또 다세대주택 및 기숙사의 경우에는 동규정을 적용치 아니한다. 공동주택의 경우 동일대지 안에 2동 이상을 건축하는 경우 채광창(창넓이 0.5㎡ 이상의 창)이 없는 벽면과 측벽이 마주보고 있는 경우에는 8m이상 띄우고, 측벽과 측벽이 마주보는 경우에는 4m이상만 띄우도록 되었다. 이웃과 합의하거나 북쪽에 도로 등 공지가 있는 경우, 새로운 택지를 개발하는 경우는 북쪽으로 띄우는 대신 일조는 남쪽방향에서 확보하면 된다.

35) 인접건물의 위법건축으로 일조권이 침해될 때는 건축물의 소유자에게 저촉부위를 시정하도록 요구할 수 있으며 이에 불응시에는 일조권 침해로 법원에 손해배상 청구소송을 제기할 수 있다. 건물을 지으려면 경계로부터 0.5M 이상의 거리를 두어야 하며 특별한 관습이 있으면 그에 의한다(민법 제242조 1항). 0.5M 이상의 거리를 두지 않고 건축할 경우 인접지의 소유자는 그 건물의 변경이나 철거를 청구할 수 있다. 그러나 건축에 착수한 후 1년을 경과하거나 건물이 완성된 후에는 손해배상을 청구할 수 없다. 무제한으로 건물의 철거나 변경을 청구할 수 있을 경우 건축주를 위해서나 사회경제적으로 손실이 크기 때문이다.

재산권침해에 대한 방해배제청구권의 행사를 통하여 권리구제를 받고 있다.³⁶⁾

2) 손해배상책임

건설공사로 인하여 일조권이 침해된 경우 피해자는 가해자를 상대로 불법행위에 의한 손해를 청구할 수 있다. 또한 소유권에 기한 방해배제·예방청구를 인용하여, 일조권의 보호를 받을 수 있다.³⁷⁾ 즉 인접한 대지에 건물을 신축함으로써 일조권 등의 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에는 토지 등의 소유자는 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를 할 수 있는 것이다.

일조권 침해행위가 불법행위를 구성하기 위하여서는 일반 불법행위가 마찬가지로 위법성 요건을 갖추어야 하는데 그 판단기준은 역시 수인한도론에 의하고 있다. 적법한 건축허가를 받아 행한 건축행위로 인하여 일조권이 침해된 경우에 종전의 전통적인 위법성이론으로는 판단하기가 어렵다. 수인한도론은 일조·채광·통풍의 저해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘었느냐의 여부에 의하여 그 위법여부가 결정된다고 보는 것이다.³⁸⁾ 일조방해 행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법적 규제 역시 이러한 위법성의 평가에 있어서 중요한 자료가 될 수 있다.³⁹⁾

36) 조현권, 환경법, 법률문화원, 1999, 103면 註29) 참조.

37) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결.

38) 이승녕, “일조권의 침해가 불법행위를 구성하기 위한 요건,” 『법조』 528호, 법조협회, 2000. 9. 188면 이하.

39) 건물의 신축으로 인하여 그 이웃 토지상의 거주자가 직사광선이 차단되는 불이익을

또한 판례는 “건물 건축공사의 수급인은 도급계약에 기한 의무이행으로서 건물을 건축하는 것이므로 원칙적으로 일조방해에 대하여 손해배상책임이 없다고 할 것이지만, 수급인이 스스로 또는 도급인과 서로 의사를 같이하여 타인이 향수하는 일조를 방해하려는 목적으로 건물을 건축한 경우, 당해 건물이 건축법규에 위반되었고 그로 인하여 타인이 향수하는 일조를 방해하게 된다는 것을 알거나 알 수 있었는데도 과실로 이를 모른 채 건물을 건축한 경우, 도급인과 사실상 공동 사업주체로서 이해관계를 같이하면서 건물을 건축한 경우 등 특별한 사정이 있는 때에는 수급인도 일조방해에 대하여 손해배상책임을 진다”고 하였다.⁴⁰⁾ 이는 공사도급계약의 내용 등에 비추어 볼 때, 아파트 신축공사의 수급인인 건설회사가 단순한 수급인이 아닌 사실상 공동 사업주체로서 도급인인 주택재개발조합과 이해관계를 같이하면서 아파트를 건축하였다고 볼 여지가 많다고 하여, 이와 달리 사실상 공동 사업주체의 지위에 있는 것으로 보기 어렵다는 이유로 일조방해에 대한 수급인의 손해배상책임을 부정한 원심판결을 파기한 사례이다.⁴¹⁾

받은 경우에, 그 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 인용한도를 넘어야 한다. 건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면, 그 법규에 적합 한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한, 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물 신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도, 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 인용한도를 넘는 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다. 대법원 2002. 12. 10. 선고, 2000다72213 판결.

40) 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다38792 판결

41) 건축공사 수급인 도급계약에 기한 의무이행으로서 건물을 건축하는 것이므로 원칙적으로 일조방해에 대하여 손해배상책임이 없다고 할 것이지만, 수급인이 스스로 또는 도급인과 서로 의사를 같이하여 타인이 향수하는 일조를 방해하려는 목적으로 건물을 건축한 경우에 책임을 질 것인가. 종래 학설은 시공사는 수급인으로서 공사시공만 하였다면 생활환경 침해에 대하여 책임을 지지 않는 것이 원칙이지만 계획 및 인허가단계부터 관여하고 분양대금 관리 등 분양업무를 처리하는 등의 밀접한 관여

한편 아파트에 일조가 확보되지 않았다고 하더라도 위 일조부족은 분양 회사가 신축한 아파트로 인하여 생긴 것이 아니므로 분양회사는 수분양자에 대하여 일조권 침해로 인한 불법행위책임을 지지 않는다.⁴²⁾ 다만 수분양자에게 채무불이행책임이나 하자담보책임을 질 경우는 있다. 또한 국가나 지방자치단체의 건축담당 공무원이 일조권 침해를 방지할 수 있도록 건축조례를 만들어야 하는데 이를 잘못하였다거나, 건축허가시 일조권 침해 여부를 검토하지 않았다는 이유로 손해배상청구를 하는 예가 있으나 이러한 사유만으로 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다.⁴³⁾

3) 유지청구

일조방해에 있어서의 유지청구는 물권적 청구권을 근거로 행사할 수 있을 것이다. 즉 건축물의 신축으로 인하여 이웃 토지 사용자의 일조를 방해한 경우나 방해할 염려가 있는 경우에는 이웃 토지소유자 등은 물권적 청구권을 행사하여 방해의 제거나 방해의 예방을 청구할 수 있다. 구체적으로는 완성된 건물에 대하여 건물의 철거청구를, 신축 중인 건물에 대해서는 공사의 중지를 청구(공사금지 가처분신청 등)할 수 있다. 다만 이미 완공된 건물에 대하여 철거명령을 하는 경우에는 국가의 경제적 측면에서 신중한 고려가 필요할 것이다. 이러한 경우 피해자의 희생을 위하여 보상청구권이 인정

사실이 인정되는 경우에는 주도적으로 건축에 참여하였다고 보아 그 책임을 인정할 여지가 있다는 책임제한설과 수급인이 건물 신축으로 인한 일조 방해를 알 수 있다면 건축업자로서 불법행위책임을 면할 수 없다는 책임인정설이 나누어져 있었다. 윤재운, 앞의 책, 510면.

42) 분양회사가 신축한 아파트 분양받은 자는 분양된 아파트에서 일정한 일조시간을 확보할 수 없다고 하더라도, 이를 가지고 위 아파트가 매매목적물로서 거래상 통상 갖추어야 하거나 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 것이라거나, 또는 분양회사가 수분양자에게 분양하는 아파트의 일조 상황 등에 관하여 정확한 정보를 제공할 신의칙상 의무를 게을리하였다고 볼 여지가 있을지는 몰라도, 분양회사가 신축한 아파트로 인하여 수분양자가 직사광선이 차단되는 불이익을 입게 되었다고 볼 수는 없으므로 분양회사에 일조방해를 원인으로 하는 불법행위책임을 물을 수는 없다; 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000다44928, 44935 판결.

43) 윤재운, 앞의 책, 503면.

되어야 할 것이다.

실무상으로는 보통 가치분신청이 많이 이용된다. 공사금지가처분의 경우 가해건물의 건축주가 피신청인이 되며, 실제로 시공하는 수급인도 공동으로 피신청인으로 삼을 수 있다. 가치분의 주문은 수인한도를 기준으로 하여 일정 층수 또는 일정 높이 이상의 공사를 금지하거나, 건물의 일정한 구조부분에 대한 공사금지를 명할 수 있다. 일조 침해가 명백한 경우에는 가치분결정을 서두를 것이 아니라 양자 사이에 화해를 시도하여 적절한 해결을 하는 경우가 많다. 가치분 실무상 화해성공률이 비교적 높다.⁴⁴⁾ 가치분 결정에 위반하여 공사를 진행하면 이미 건축된 부분은 건물철거를 위한 대체집행을 하여야 하고(민사집행법 제260조), 신청인의 신청에 의하여 가치분법원이 상당한 기간을 정하고 피신청인이 그 기간 내에 이행을 하지 않을 때에는 그 지체기간에 따라 일정한 금원배상을 할 것을 명하거나 또는 즉시 배상을 명하는 결정을 하여 이에 의하여 금전집행을 하는 간접강제방법에 의한다(민사집행법 제261조).

3. 조망권 침해

1) 조망권의 의의와 권리성

조망(a view)이란 「먼 곳을 바라보는 것 또는 그 경치」를 의미하며 법률상으로 조망권이란 「건물소유자 또는 점유자가 일정의 풍경을 기타 다른 것에 의해 방해받지 않고 조망할 수 있는 권능」이라고 할 수 있다. 또는 조망권이라 함은 좋은 경관을 향수하는 개인의 개별적 권리라고 할 수 있다. 일정한 장소에서 조망 이익을 가지는 것은 다른 사람이 그 조망에 대한 소유권을 행사하지 않음으로써, 개인이 조망을 향수 할 수 있고, 그러한 규제는 매우 미약하다. 이러한 점은 본질적으로 일조의 이익과 유사하다고 할

44) 윤재윤, 앞의 책, 514면.

수 있으나, 일조가 사람의 생존에 있어서 만인공통의 중요성을 가지고 있는 것에 비하여, 특히 조망은 그 가치가 인간의 정신활동에 좌우되는 것이라는 점에서 극히 주관적인 것이다. 그동안 조망권이 일조권의 정도로 인정받지 못한 이유가 여기에 있다고 여겨진다. 판례도 조망권은 다른 환경상의 이익처럼 개인이 구체적으로 가지는 사법상의 권리가 아니라 법적으로 보호되는 이익도 아니며, 단지 좋은 경치와 전망에 대한 장소적 이용으로서 주어지는 반사적 이익에 불과하다는 견해로 일관되어 왔다.⁴⁵⁾

그러나 오늘날 고층건물의 난립으로 아름다운 자연경관을 가리는 경우가 많기 때문에 조망 및 경관권이 환경권의 내용으로 요청되고 있다.⁴⁶⁾ 근래의 판례에서도 점차 환경상의 이익을 반사적 이익이 아니라 환경권의 내용으로 인정하는 경향이 두드러지고 있다.⁴⁷⁾ 대법원은 “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활 이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것인바(대법원, 1997. 7. 22. 선고96다56153판결 등 참조), 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유

45) 東京地裁, 1978. 5. 31. 決定, 判例時報 888호, 71면; 東京高裁, 1978. 9. 18. 決定, 判例時報 907호 61면; 新美輝夫, “日比谷公園事件”, 別冊ジュリスト 126호, 1994. 4. 162면 이하 참조. 2002년 6월 9일 서울지법 민사합의14부(재판장 손윤하 부장판사)는 “조망 자체가 거주자에게 주관적으로 중요하다 하더라도 사회, 문화적 가치가 객관적으로 인정되지 않는 한 법적 보호대상이 되지 않는다”하고 하며, “만약 모든 조망권이 보호를 받는다면 평지에 먼저 건물을 짓는 자가 나중에 들어서는 모든 건물에 대해 조망권 침해를 주장할 수 있는 불합리한 결과가 발생한다”고 밝혔다.

46) 바다 및 강이 보이는 아파트의 가격과 보이지 않는 아파트의 가격이 현저히 차이가 나는 현상은 바로 이眺望 및景觀權에 의한 것이라고 볼 수 있다. 현재 아파트의 가격은 조망권이 곧 가격이라는 등식이 성립하고 있다. 부동산 전문가들에 의하면 “가격이 비싸더라도 전망이 좋은 아파트를 골라야 한다”고 조언하고 있는 현실이다.

47) 横須賀野比海岸事件, 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26. 判決; 東京地裁, 2001. 12. 4. 判決; 東京地裁, 2002. 2. 14. 判決; 東京地裁, 2002. 12. 18. 判決 등. 우리나라의 판례는 대법원, 1975. 5. 13. 선고 73누96 판결; 대법원, 1995. 9. 26. 선고 94누14544 판결; 대법원, 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결 등 참조.

를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라고 할 것이고, 그와 같은 정도에 이르지 못하는 조망이익의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법적인 보호의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.”라고 하여⁴⁸⁾ 조망권을 제한적인 법적 권리로 인정하고 있다.

2) 조망권의 법적 보호

건설공사로 인한 조망권의 침해는 먼저 재산권, 즉 소유권과 영업권의 측면에서 여관, 호텔, 음식점 등의 영업자가 조망을 침해당한 경우에 이것을 인정하게 된다. 그리고 그 보호범위는 개인주택의 조망침해로 점점 확대되어 가고 있다. 조망이익에 대한 방해배제 또는 손해배상의 형태로 법적 보호를 받기 위해서는 구체적으로 조망이익과의 관계에서 침해자의 자발적 행위로서 일반적으로 시인될 수 있는 정도를 넘어 부당하게 조망이익을 침해하려고 하는 경우에 한하여 보호된다. 조망이 저해되고 조망이익이 침해된 경우에 사법적 보호를 받을 수 있기 위해서는 우선, 조망이익이 재산적 성질을 가지는 경우에는 영업이익 내지 영업권의 침해가 되기 때문에 어떤

48) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결. 이 판결에서 조망권에 대한 위법성판단에 대하여 “조망이익이 법적인 보호의 대상이 되는 경우에 이를 침해하는 행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 조망이익의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 그 수인한도를 넘었는지 여부는 조망의 대상이 되는 경관의 내용과 피해건물이 입지하고 있는 지역에 있어서 건조물의 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 영업과 같이 경제적 이익과 밀접하게 결부되어 있는지 여부 등 당해 조망이익의 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 해의를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 정도 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 하였다.

경우에는 손해배상을 청구할 수 있고, 어떤 경우에는 유지청구를 할 수 있다. 단 법률구성상에 있어서 문제가 될 수 있는 것은 유지청구권의 근거이다. 이에 대한 판례의 예를 보면 건물소유권에 의거하여 방해배제라고 하는 구성을 취한 것,⁴⁹⁾ 토지 내지 건물에 당연히 수반하는 권능이라고 하는 주장을 부정하고, 불법행위구성을 취한 것⁵⁰⁾ 등이 있다.

영업권침해에 대한 유지청구의 근거를 물권적 청구권에 의해야 하는지, 불법행위적 청구권을 인정해야 하는 것인지, 그렇지 않으면 방해배제권능을 가진 독립한 권리로서 영업권을 구성해야 하는 가는 하나의 문제이지만, 어쨌든 그에 대한 이익교량은 불가피하다. 어느 설을 취하는가에 따라서 구체적인 요건론에 차이가 있지만, 영업건물의 소유권 내지 이용권을 근거로 하는 물권적 청구권에 의함이 다수의 견해이다.⁵¹⁾ 조망권이 영업이익으로서 보호를 받기 위해서는 일반적으로 피해자의 영업상 손실의 중대성, 피해자로부터의 대상지불의 신청을 가해자가 거절할 것, 가해자에게 회피가능성이 있고, 동시에 악의가 있을 것 등이 요구된다. 그리고 수인한도의 내용으로는 조망을 이용한 영업기간의 장단, 조망을 침해당한 정도, 양자의 환경, 방해자의 건축물설정방법과 그 목적 등, 제반의 사정을 고려하여 결정해야 한다.

생활이익으로서의 조망권에 대한 요건은 i) 특정의 장소가 그 장소에서

49) 猿ヶ京온천조망방해사건. 이 사건은 기존의 건물이 아키다니(赤谷)호수의 조망에 특히 신경을 써서 설계된 것으로 조망을 오로지 아키다니호수에 의존하고 있는 여관이라는 점, 상대방의 건물이 완성되면 객실에서의 조망이 완전히 차단될 것이라는 점, 또한 상대방은 그 장소에 건물을 세우지 않아도 다른 부지에서 건축할 수 있는 여지가 있다는 점, 건축장소의 변경에 따른 비용을 부담하려는 의사가 있다는 점, 촌장과 마을위원회의 의원들의 알선을 거부한 점등으로 침해자의 적극적인 조망방해의 악의가 추정된 사건이다. 東京高裁, 1963. 9. 11, 判決.

50) 白浜온천사건. 和歌山地裁田辺支部 1968. 7. 20 判決.

51) 東孝行, 公害訴訟の理論と實務, 有信堂, 1971, 95면; 西遠道雄·澤井裕, 現代損害賠償法講座, 日本評論社, 1973, 395면 이하; 石田喜久夫, 差止訴訟と損害賠償, 成文堂, 1987, 8면.

조망에 대한 특별한 가치를 가질 것, ii) 이러한 조망이익의 향수를 하나의 중요한 목적으로 하여 건물이 건축되는 경우에, 당해 건물의 소유자 내지 점유자에 의한 조망이익의 향수가 사회통념상으로 독자적인 이익으로서 승인될 것을 요구하고 있다. 즉 당해 장소의 조망가치성과 당해 건물의 조망목적성이 있는 경우, 당해 조망이익의 향수가 사회통념상 중요한 것으로 인정되어지는 때에 조망이익이 보호된다. 그러나 위와 같은 요건을 갖추었다고 해서 즉시 유지청구 혹은 손해배상을 청구할 수 있는 것은 아니다. 요컨대 구체적 상황 하에 있어서 조망의 침해행위가 일반적으로 시인될 정도를 초과해서 부당하게 이것을 침해하려고 하는 경우에 한정하여야 한다.

그리고 특정의 침해행위가 이러한 요건을 갖추었는지에 대해서는 일방에 있어서 당해 행위의 성질과 태양, 행위의 필요성과 상당성, 행위자의 의도와 목적, 가해를 피할 수 있는 다른 방법의 유무 등의 요소를 고려하고, 다른 한편으로 피해이익의 가치 및 중요성, 피해의 정도와 범위, 위 침해행위에 대한 피해자의 예측가능성 등의 사정을 기초로 해서 양자를 비교교량하여 결정하여야 하며, 또 그 교량에 있어서 조망이 소음, 대기오염, 그리고 일조 등과 같이 생활에 절실한 것은 아니라는 것에 비추어 그 평가에 대해서도 특히 엄격하여야 한다. 이외에도 i) 일반 통념으로 볼 때 조망의 가치가 있는 경관이 존재할 것, ii) 그 장소적 가치가 조망에 많이 의존하고 있을 것, iii) 장소의 조망유지가 주변의 상황과 조화를 이루고 있을 것, iv) 조망이익에 대한 향유자의 토지점유권한이 정당한 것일 것 등을 요구하고 있다.⁵²⁾

52) 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26, 판결. 이 사건은 요코스카(横須賀)시의 해안에 접한 구릉지가 도쿄만의 입구에 위치하고 눈 아래로 半農半漁의 늘어선 농가와 소나무 숲, 멀리 반도의 산들이 서쪽에서 해안으로 이어지는 구릉이 파노라마처럼 즐비한 장소이다. 도쿄에서 이 경관을 보기 위해 6년 전에 이사를 온 저술가 부부(원고)는 이웃 토지소유자가 3층높이의 9미터가 넘는 건물을 건축함으로써 조망이익이 침해되므로 2층 이상의 부분을 철거하라는 청구를 한 것이다. 법원은 조망이익의 침해는 일조, 소음 등과는 달리, 심리적인 충족감의 저해라고 지적한 후, 건물철거에 의해 받는 양당사자의 이해를 비교해 볼 때, 건물의 철거는 방해자에게 큰 피해를 주는 반면, 조망이익을 방해받는 자는 손해배상으로 손해의 회복이 가능하기 때문에 건물철거의

IV. 결 어

건설공사로 인하여 제3자에게 생활환경을 침해하는 경우 소음·진동에 의한 침해, 일조권과 조망권의 침해, 그리고 기타 사생활 침해 등으로 나타날 수 있다. 이러한 침해가 발생하면 피해자는 가해자에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임 또는 유지청구를 할 수 있다. 건설도급에 의한 건설공사의 경우 도급인과 수급인 그리고 하수급인과 그 피용자 등 책임의 주체가 분명하여야 피해의 구제가 원활할 수 있다. 하수급인과 그 피용자들은 대개 자력이 없는 형편으로 주로 도급인과 수급인에게 책임이 집중되는 경향이 있다. 도급인은 원칙적으로 수급인의 시공상 제3자에 대한 불법행위에 대한 책임을 지지 않는다. 다만 민법 제757조의 단서에 의하여 도급인이 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 있는 때에는 책임을 진다. 그리고 도급계약의 형식을 띠고 있을지라도 실질적으로 도급인과 수급인 사이에 지휘·감독관계가 있어 사용관계가 인정되는 경우에는 이를 노무도급이라고 하여 민법 제756조의 사용자책임을 인정하고 있다

건설공사의 하도급계약관계에서 하수급인이 고의 또는 과실로 업무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 때에는 그 하수급인은 물론 거기에 귀책사유가 없는 수급인도 연대하여 책임을 진다. 다만 하도급계약은 도급계약과는 다르기 때문에 민법 제757조의 단서를 수급인과 하수급인의 관계에서는 그 적용이 제한되어야 할 것이다. 왜냐하면 하도급관계 있어서 작업의 최종책임이 원수급인에게 귀속된다는 점에서 원수급인은 도급인에 대하여 하수급인의 행위 전부를 자신의 행위로 받아들여야 하기 때문이다.

중전의 판례는 일조권과 조망권에 대한 법적 성질에 대하여는 명시적인 판단을 하지 않거나 다른 환경상의 이익처럼 개인이 구체적으로 가지는 사

청구는 인정하지 않았다. 新美育文, “橫須賀野比海岸事件”, 別冊ジュリスト 126호, 1994. 4, 164면.

법상의 권리가 아니라 반사적 이익에 불과하다는 견해로 일관되어 왔다. 그러나 근래의 학설과 판례에서는 일조권은 환경권의 내용으로 또는 더 나아가 하나의 독립된 새로운 권리로서 파악하기도 하며, 환경정책기본법 제3조 3호에서는 생활환경의 내용으로서 일조를 포함하고 있다. 조망권의 보호에서도 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라고 하여 제한적인 법적 권리로 인정하고 있다.

건설도급상의 생활환경침해에 대한 책임에 있어서 문제는 환경이익에 대한 침해시 과실의 입증, 위법성의 판단, 입증책임 등은 전통적 불법행위법으로 해결함에는 한계가 있다. 그리하여 환경정책기본법상의 무과실책임, 위법성판단의 수인한도론의 도입, 입증책임의 전환 및 경감 등에 의한 해석론과 판례 등이 보완되고 있다. 요컨대 건설도급상의 생활환경침해에 대한 책임문제 또한 환경이익의 구체적 권리성이 확립됨으로써 책임의 주체와 내용 등이 명확히 정립될 것으로 여겨진다.

주제어 : 도급인, 수급인, 소음·진동, 일조권, 조망권, 수인한도, 유지청구

참고문헌

- 곽윤직, 물권법, 박영사, 1993
- 김주수, 채권각론, 삼영사, 1992
- 조은래, 환경법, 세종출판사, 2003
- 조현권, 환경법, 법률문화원, 1999
- 이은영, 채권각론, 박영사, 1988
- 윤재운, 건설분쟁관계법, 박영사, 2006
- 구연창, “일조권의 법적 보호”, 민사법학 제6호, 1986
- 김중률, “환경권의 사권성,” 『판례연구』13집, 서울지방변호사회, 2000. 1
- 신국미, “도급인의 불법행위책임 구조”, 고려법학 제45호(고려대학교 법학연구원), 2005
- 이상원, “受給人(下都給人) 또는 그 被用者의 不法行爲에 대하여 都給人이 責任을 지는 경우”, 사법행정 제30권 11호, 12호, 한국사법행정학회, 1989, 11. 12.
- 전경훈, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토,” 『사법행정』455호, 한국사법행정학회, 1998. 11
- 조흥식, “유지청구허용 여부에 관한 소고,” 『민사판례연구』22권, 박영사, 2000
- 양삼승, “일조권과 수인한도”, 민사판례연구(6), 경문사, 1983
- 이범상, “건설분쟁의 종류와 그 대비(-법률가의 관점에서 바라본 건설분쟁-), 건축 제49권 제4호, 대한건축학회, 2005
- 이승녕, “일조권의 침해가 불법행위를 구성하기 위한 요건,” 『법조』 528호, 법조협회, 2000. 9
- 이정기, 留止請求의 法理에 관한 研究, 박사학위논문, 경남대학교 대학원, 2001

- 이은영, “하도급에 대한 책임.” 법률신문, 2371호, 1994. 12
- 임석회·이만수, “環境汚染被害補償에 관한 研究”, 研究叢書 7, 鑑定評價
研究院, 1998
- 東孝行, 公害訴訟の理論と實務, 有信堂, 1971
- 西遠道雄·澤井裕, 現代損害賠償法講座, 日本評論社, 1973
- 石田喜久夫, 差止訴訟と損害賠償, 成文堂, 1987
- 新田敏, “相隣關係”, 不動産法概説(1), 有斐閣, 1979
- 新美輝夫, “日比谷公園事件”, 別冊ジュリスト 126호, 1994. 4

Abstract

A Study on the Liability of Life Environment
Infringement in Construction Subcontract

Cho, Eun Rae

When a nuisance occurs in the construction work, subcontractor, contractor and their employees should compensate for damage by torts. A nuisance implies living obstacles by a noise, vibration and disturbing right to enjoy sunshine, a view right. And the neighbors suffered harm can demand construction prohibition or injunction.

In general, subcontractor and contractor are liable for the tort of their employees but subcontractor who has no gross negligence not accountable for it.

In the relief on a nuisance, an illegality is an important element. The judgment of an illegality in general settles the Theory of a Tolerance Limit. Recently a court has admitted right to enjoy sunshine and a view right as legal rights, when environmental interests which a proprietor has possessed from old times are estimated objectively as having worth as living advantages.

The injunction, which developed as the main remedy in equity, is a court order that orders a party to do or refrain from doing a certain act (or acts) as opposed to a money judgment. A court must decide carefully it because the injunction for nuisances in the construction can deal defendants a hard blow.

Key words : Subcontractor, Contractor, Noise and Vibration Pollution,
Right to enjoy Sunshine, View Right, Tolerance Limit, Injunction