

생활방해에 있어서의 유지청구권

조 은 래*

<목 차>

- I. 서 설
- II. 유지청구권의 의의 및 법적 성질
- III. 생활방해와 유지청구권
- IV. 생활방해에 있어서의 유지청구의 문제점
- V. 결 어

I. 서 설

고도의 산업화시대에 있어서 토지사용으로 인한 이웃의 생활방해의 유형은 매연, 액체, 소음·진동, 일조, 조망 등의 형태로 확대되어 가고 있다. 특히 대기 및 수질오염, 토양·지하수오염, 소음·진동 등에 의한 생활방해와 일조, 조망 등으로 인한 생활방해에 대한 분쟁이 증가하고 있는 형편이다. 현실적으로 각종의 환경오염으로 인한 생활방해의 피해는 그 구제가 원활하지 못하므로¹⁾ 이러한 행위를 사전에 예방하는 것이

* 부산외국어대학교 비교법연구소 전임연구원, 법학박사

1) 환경오염으로 인한 생활방해의 경우 그 피해발생의 인위성, 간접적 침해, 계속적 침해, 피해의 광역성, 피해의 심각성, 피해원인구명의 곤란성, 가해자와 피해자간의 지위의 비교환성 등의 특질로 인하여 다른 피해와 비교하여 구제가 용이하지는 않다.

2 比較法學 (第16輯)

필요하다. 우리 민법 제217조에서는 매연 등에 의한 隣地에 대한 방해금지를 규정하고 있다.²⁾ 이 규정에 근거하여 생활방해에 대한 사법적 구제의 실제법적 수단으로서 留止請求와 또는 불법행위에 의한 損害賠償請求 두 가지가 인정되고 있다. 유지청구는 생활방해로 인한 피해가 현실로 발생하였든가 또는 그 발생이 예측되는 경우에 그 배제 또는 예방을 구하는 것으로서 보통 조업의 정지·제한이나 일정한 예방·개선 조치청구의 모습을 취한다. 한편, 손해배상청구는 생활방해로 인하여 손해를 입은 경우에 이를 금전으로 배상 받는 것이다. 이 때 손해는 피해자의 신체·재산에 대한 유형적 손해뿐만 아니라, 정신적 고통과 같은 무형적 손해에 관하여도 인정된다.

각종의 오염으로 인한 생활방해의 피해가 계속적인 침해라는 점에서 볼 때, 현재 발생하고 있거나 발생할 우려가 있는 장래의 피해구제를 위해서는 유지청구가 필요하게 되고 그 실익도 크다고 할 것이다. 따라서 생활방해의 가해자에게 유지청구의 책임을 인정함이 유효하다고 생각된다. 이하에서는 대기 및 수질오염, 악취 등에 의한 생활방해, 소음·진동으로 인한 생활방해, 그리고 일조 및 조망방해에 대한 유지청구권을 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 유지청구권의 의의 및 법적 성질

1. 유지청구의 의의

유지청구라 함은 피해자가 가해자를 상대로 하여 피해자에게 손해를 주는 행위를 중지할 것을 법원에 청구하는 것을 말하며, 일정한 작위 또

2) 민법 제216조 제1항 “土地所有者는 煤煙, 熱氣體, 液體, 音響, 振動 其他 이에 類似한 것으로 이웃土地의 使用을 妨害하거나 이웃居住者의 生活에 苦痛을 주지 아니하도록 適當한 措處를 할 義務가 있다”.

는 부작위를 청구하는 것을 내용으로 한다.³⁾ 작위청구는 개선명령을 구하는 것으로써 방지설비의 설치, 또는 방지시설의 철거 등이 그 주된 것이다.⁴⁾ 그리고 부작위청구는 대체로 금지의 명령을 구하는 것으로 주로 기계의 운전금지나 시설설치의 금지, 물건폐기의 금지 그리고 악취, 오수배출 등에 관한 투기 등의 금지명령이다. 유지청구는 중지청구, 방지청구, 정지청구, 금지청구 등 여러 이름으로 불리기도 하나, 통상 유지청구라고 한다. 이와 같이 유지청구는 환경오염으로 인한 생활방해를 미리 방지한다고 하는 관점에서, 장래 생활방해의 피해를 유발할 가능성이 있다고 판단되는 시설의 건설이나, 사업의 실시가 아직 행해지지 않은 단계에서 일정한 조치를 취하는 것이 효과적이다. 생활방해에 대한 사전적 방지조치를 취하는 것은 본래 행정상의 구제방법의 영역에 속한다고 볼 수 있지만, 私法상의 구제방법으로서도 유지청구는 유력한 것으로 보고 있다. 그러나 사법상의 유지청구에 대해서는 민법과 환경관련특별법⁵⁾에도 이에 관한 실제법적 근거규정이 없으며, 민사소송법에도 그와 관련된 절차적 규정⁶⁾을 두고 있지 않다. 다만 민법 제217조에서 생활방해에 관하여 相隣關係의 한 내용으로서 “적당한 조치를 취할 의무”를

- 3) 소음·진동규제법 제15조의 개선명령, 제16조의 조업정지명령 등, 제17조의 시설의 이전명령 등, 제19조의 위법시설에 대한 폐쇄조치 등, 수질환경보전법 제16조의 개선명령, 제17조의 조업정지명령 등, 제18조의 시설의 이전 등, 제21조의 위법시설에 대한 폐쇄조치 등, 대기환경보전법 제16조의 개선명령, 제17조의 조업정지명령, 제18조의 시설의 이전명령, 제21조의 위법시설에 대한 폐쇄조치, 제38조 운행차의 개선명령 등.
- 4) 예를 들면 探光, 통풍 등에 대한 방해, 인접지의 붕괴위험이 있는 들담의 소유자에 대한 위험방지의 공사를 명한 사례 등.
- 5) 환경정책기본법과 토양환경보전법에서는 留止請求의 근거를 마련할 수 있는 규정을 두고 있다고 여겨진다. 즉 환경정책기본법 제11조에서는 환경기준이 적절히 유지되도록 환경에 관련되는 법령의 제정과 행정계획의 수립 및 사업의 집행을 할 경우에는 1. 환경악화의 예방 및 그 요인의 제거 2. 환경오염지역의 원상회복 3. 새로운 과학기술의 사용으로 인한 환경위해의 예방 4. 환경오염방지를 위한 재원의 적정배분을 고려하도록 규정하고 있으며, 토양환경보전법 제15조에서 환경오염방지조치명령 등을 규정하고 있는 것이 그것이다.
- 6) 환경오염피해에 대한 仮處分이 허용될 수 있는가는 문제이다.

규정하고 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 학설에서는 유지청구가 인정될 수 있고, 또 생활방해에 대한 유력한 구제수단이라고 보는 데는 異論이 없으며,⁷⁾ 최근 환경오염으로 인한 생활방해의 私法的 救濟에 대한 논의는 손해배상에서 유지청구로 그 비중이 옮겨가고 있는 인상을 받게 된다.⁸⁾

2. 유지청구의 법적 근거

유지청구의 법적 근거는 구체적인 권리가 침해된 경우에 제기할 수 있다는 권리설과 구체적인 권리침해를 요건을 하지 않고 피침해이익의 성질·정도와 침해행위의態樣에 의하여 일정한 한도를 넘으면 민법 제 217조에 근거하여 유지청구를 할 수 있다는 생활이익설(生活利益保護請求權說)이 있다. 이 밖에도 권리침해가 계속적이라면 침해된 권리가 어떤 것인가를 묻지 않고, 유지청구권의 발생을 승인하려고 하는 계속적 권리침해설이 있다. 권리설은 다시 유지청구의 권원이 무엇인가에 대해 物權的 請求權說, 人格權說, 環境權說, 不法行爲法說 등으로 나누어진다. 생활이익설에 대해서는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 권원은 될지

7) 참고로 환경오염피해의 私法的 救濟에 관한 법제는 실체법과 절차법이 다 같이 미비하고 불완전하므로 이에 대한 대책으로서 독일에서와 같은 환경책임법을 제정할 필요가 있다고 보는 견해(趙日煥, “환경권보호의 司法的 실효화를 위한 환경책임법제정의 필요성”, 인권과 정의, 1993. 6, 54면)와 역시 독일 환경책임법을 소개하고 국제환경질서의 변화와 걸맞은 환경법제의 개혁이 시대적 과제라고 지적한다(吳錫洛, “환경법제의 개혁방향”, 인권과 정의, 1993. 1, 10면 이하).

8) 우리 민법은 오늘날과 같은 환경오염피해의 심각성을 예상할 수 없었기 때문에 留止請求가 규정되지 않은 것으로 볼 수 있다. 따라서 학설에서는 이러한 민사법의 불비와 환경오염의 특수성을 고려하여 손해배상책임과 유지청구를 포함한 종합적인 환경책임법제의 제정이 시급한 것으로 보고 있다. 朴運吉, “환경오염피해에 대한 유지청구”, 법학논총(조선대), 1997, 55면. 금후에는 손해배상과 유지청구의 상호적 관련을 기초로 한 체계를 세우는 것이 環境私法의 과제라고 지적하는 견해도 있다. 高木多喜男, 民法講義 6(불법행위 등), 有斐閣, 1982, 294면.

언정 환경피해의 제거, 예방을 구하는 유지청구의 근원은 될 수 없다는 견해도 있으나, 대법원은 생활이익이 침해된 경우에도 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있다고 판시하고 있다.⁹⁾

(1) 물권적 청구권설

이 설은 환경오염의 피해자가 지배하는 토지 또는 건물의 所有權·占有權과 같은 물권 및 물권화한 부동산임차권에 대한 침해로 보고 이러한 권리가 유지청구의 기초가 된다고 하는 설이다.¹⁰⁾ 이 설은 가장 전통적이고 소박한 이론이라고 할 수 있으며, 법적 안정성이 높다는 장점이 있다. 그러나 이 설은 환경오염피해를 物權에 대한 침해로 파악하는 점에서 피해의 실질에 적합하지 않다는 흠이 있고,¹¹⁾ 또 물권을 갖지 않는 자¹²⁾의 보호에 불충분할 뿐만 아니라, 소송의 복잡화와 지연을 가져올 염려가 있다는 비난을 받고 있다.

물권적 청구권의 실무상의 문제로서, i) 유지청구의 요건(청구요인, 즉 유지청구권의 요건사실)을 人格的 이익의 침해까지 포함하여 이해할 수 있을 것인가, ii) 과학적, 전문적 지식이 필요하다는 환경오염의 특징으로부터, 유지청구권의 구체적인 내용으로서 어떻게 청구의 취지·주문을 기재할 것인가, iii) 기업의 公共性으로부터 물상청구권이 제한되었을 경우 무과실의 보상청구권이 민법의 해석상 허용될 것인가, iv) 가

9) 大判 1997. 7. 22, 96다56153.
 10) 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, 일본평론사, 1973, 395면 이하 ; 木宮高彦, 公害概論, 有斐閣, 1974, 155면 ; 石田喜久夫, 差止訴訟と損害賠償, 成文堂, 1987, 8면 ; 金基洙, “公害의 私法的 救濟의 방향과 相隣關係法的 구성”, 環境法研究, 韓國環境法學會, 1979, 116면 ; 鄭權燮, “環境汚染과 私法上 救濟”, 法과 環境, 韓國法學教授會編, 三英社, 1977, 22면.
 11) 실질적인 피해가 건강이나 생활에의 침해인 데도 物的 이익의 측면에 치우친 나머지, 인격적 이익의 중요성을 경시하는 것 등외에도 가해행위와 손해와의 인과관계의 입증에 곤란하다는 단점이 지적되고 있다.
 12) 예컨대 통행인·來客·입원환자·학생 등은 보호를 받지 못하는 경우가 있을 것이다.

해자가 복수인 경우 과연 불법행위에 있어서 공동불법행위와 같이 공동 물상청구권을 행사할 수 있을 것인가 등의 의문이 제시되고 있다.

어쨌든 환경오염물질의 배출로 인하여 피해가 발생할 우려가 있을 경우에는 생활방해의 금지와 인용한계에 관한 민법 제217조의 규정에 근거하여, 이웃 토지의 소유자 또는 점유자는 물권적 청구권을 행사하여, 적당한 조치를 청구하거나 생활방해의 留止 또는 금지청구를 할 수 있을 것이다. 이와 같이 민법 제217조는 비록 불완전 하지만 유지청구의 실정법적 근거가 되고 있음은 매우 의의가 있다고 할 것이다.

(2) 인격권설

이 설은 물권적 청구권설에 대한 비판과 더불어 등장한 이론으로서, 환경오염피해를 인간생활 자체에 대한 침해, 즉 人格權의 침해로 보는 견해이며, 인격권은 물권과 마찬가지로 하나의 절대권이므로, 그 침해에 대한 배제나 예방을 청구할 수 있다는 것으로 보고, 이것이 유지청구의 법적 근거가 될 수 있다고 한다. 즉 환경오염에 의한 피해가 재산적 이익에 관한 때에는 물권적 청구권에 의하지만, 그것이 인격적인 이익의 침해가 된다면 인격권이라고 하는 절대권의 침해로서, 유지청구를 할 수 있다고 한다. 단 이 설의 전제에는 일반적인 인격권 자체의 승인이 필요하다고 한다.¹³⁾

이 설에 의하면 물권적 청구권설은 “인간에 대한 침해”인 환경오염문제를 정확하게 파악하지 못한 것이라 하여, 생활방해의 환경오염에 관하여는 일종의 인격권 내지 인격적 법익(일종의 複合人格權)의 침해를 배제하기 위한 청구권으로서 유지청구권이 인정된다고 한다.¹⁴⁾ 이 설은 환경오염피해의 실질을 올바르게 파악한 이론이기는 하나, 인격권 자체

13) 鄭在憲, “公害의 私法的 救濟”, 司法研究資料 第6輯(法院行政處), 1979, 142면.

14) 加藤一郎, 公害法の生成と展開, 岩波書院, 1970, 20면 ; 石田喜久夫, 앞의 논문, 差止訴訟と損害賠償, 8~9면 ; 澤井裕, “差止請求と利益較量”, 法律時報 제512호, 1971, 10면.

가 아직 일반적으로 승인되어 있는 개념이 아닐 뿐만 아니라, 법체계 중에서도 확립되어 있지 않다는 비판이 없지 않다.

(3) 환경권설

이 설은 유지청구의 근거로서 환경권이라고 하는 새로운 하나의 절대권을 인정하는 견해로서 종래의 忍容限度論이 지니는 이익형량의 불안전성을 비판하면서 등장한 이론이다.¹⁵⁾ 이 설에 의하면 환경권은 헌법상의 기본적인 권리일 뿐만 아니라 실정법상의 구체적인 권리라고 봄으로써, 이에 기한 환경권의 침해가 있으면 바로 위법한 것으로 평가할 수 있고, 각 개인의 구체적인 피해발생을 요건으로 하지 않고도, 전체적인 환경오염의 침해만 있으면 유지청구를 할 수 있다고 한다.

즉 대기·물·일조·통풍 등의 자연환경은 인간의 共有財産이고, 각자는 양호한 자연환경 가운데서 쾌적한 생활을 享受하는 이른바 환경권을 가지기 때문에, 어떤 사람이 환경을 파괴하거나 오염시킨 경우에는 지역주민은 각자의 환경권을 지키기 위하여 법원에 소송을 제기하여 환경에 악영향을 주는 행위의 중지를 요구할 수 있다. 따라서 이 설에 의하면, 공장의 입지나 조업, 해변의 매립 등 이른바 환경오염 내지 파괴를 수반하는 일체의 행위를 구체적인 피해가 개인에게 생기기 전의 단계인 환경파괴단계에서, 유지청구를 함으로써 피해의 확대방지도 도움이 되며, 환경보전을 효과적으로 기대할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

유지청구의 조건으로는 환경권은 배타적 권리이기 때문에 가해자의 고의·과실은 문제되지 않으며, 다만 권리의 내재적인 제한에 의한 이익형량의 문제가 따른다고 한다. 그러나 이 설에 대해서 환경권을 과연 구체적 권리로 볼 수 있는가와, 환경권의 내용의 불명확성에 기하여 유지청구의 구체적 요건에 관한 확정의 어려움이 있다는 비판을 받고 있

15) 이 설에 대해서는 石田喜久夫, 앞의 책, 11면 이하 참조.

16) 李勇雨, “公害防止訴訟”, 環境問題와 裁判, 1978, 312면 이하; 全昌祚, “環境權의 確立”, 法과 環境(韓國法學教授會編), 三英社, 1977, 221면 이하.

다.¹⁷⁾ 판례에서는 환경권을 구체적, 주관적 권리로 인정한 하급심 판결도 있지만,¹⁸⁾ 대법원에서는 아직 이를 인정하고 있지 않다.¹⁹⁾

(4) 불법행위설

이 설은 민법 제750조가 이미 발생한 손해에 대하여 배상책임이 있다는 것을 규정하여, 불법행위에 대한 배상방법은 填補賠償을 원칙으로 하고 있지만, 논리상 그 침해가 장래에도 계속될 것이 객관적으로 명백한 경우에, 불법행위의 효과로서 유지청구를 하는 것 자체를 금지한 것은 아니라고 하여, 불법행위의 효과로서 유지청구를 인정하고자 한다.²⁰⁾ 즉 이 설은 물권이나 인격권 등 절대권의 침해가 없더라도 생활이익의 침해가 있으면, 불법행위의 효과로서 유지청구도 할 수 있다고 한다. 그러나 留止의 근거를 민법 제750조의 요건 중에서만 찾으려고 하는 순수한 의미에서 불법행위설은 보기 드문 편이고,²¹⁾ 어떤 형식으로든 불법행위

17) 吳錫洛, 環境訴訟의 諸問題, 三英社, 1996, 40면. 한편 환경권에 의한 지역주민의 출소에 대하여 법원이 조업 중인 것이든 건설 중인 것이든 환경악화의 원인이 되는 모든 행위를 중지할 수 있다면, 아마 산업은 정지되고 국민의 문화생활을 영위할 권리(행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리 등)는 환경권 때문에 오히려 위태롭게 된 우려가 있다. 이 점을 고려하면 환경권의 제창은 환경 그 자체의 중요성을 제시한 점에서는 높게 평가할 수 있지만, 환경권으로부터 환경오염원에 대한 직접적인 유지청구의 근거를 구하는 점은 아직 문제가 있다고 할 수 있다. 왜냐하면, 환경권의 내용은 환경권 그 자체가 유지청구의 근거가 되어 타인의 자유를 구속하는 법적 개념으로 되기에는 너무나 불확정하고 추상적일 뿐만 아니라, 더욱 본질적인 것은 환경보전의 추진은 다른 여러 가지 법적 이익의 실현과의 조화 속에서 달성되어야 할 것이고, 이러한 조화의 실현정도 및 실현방법은 정책상의 문제로서 제1차적으로는 입법과 행정의 여러 과정을 통하여 민주적으로 결정되어야 할 것이기 때문이다. 이러한 의미에서 환경권은 헌법상의 권리라 하더라도 법원에 의하여 직접 실현되어야 할 절대적 사권이라고 해석하기는 어렵다고 보아야 할 것이라고 한다. 千炳泰·金明吉, 環境法論, 三英社, 1997, 274~275면.

18) 서울地判, 1995. 9. 7, 94카합6253 ; 釜山高法, 1995. 4. 17, 95라 4.

19) 大判 1995. 9. 15, 95다23378.

20) 權龍雨, 채권각론, 법문사, 1987, 241면.

21) 이에 대한 근거에 대하여 민법상의 직접적인 근거는 없으나, 명예훼손의 경

의 요건을 수정하여 유지청구의 근거로 삼으려 한다.

그리고 이 설의 일부는 인용한도론과 결합하여 留止의 근거를 설명함으로써, 불법행위설, 즉 인용한도론으로까지 인식되고 있다. 그러나 이 설은 금전배상의 원칙을 내걸고 있는 민법의 규정(제394조, 제763조)을 정면으로 무시하고 있는 것이 되고,²²⁾ 인용한도론의 내용도 애매하며,²³⁾ 유지청구를 불법행위법적으로 구성하게 되면 불법행위의 요건을 갖추어야 유지청구가 인정됨으로, 환경오염분쟁의 해결에 있어서 일보 후퇴하는 것이라는 것²⁴⁾ 등의 비난을 받고 있다.

III. 생활방해와 유지청구권

1. 대기 및 수질오염, 악취 등으로 인한 생활방해와 유지청구

민법 217조의 매연, 액체로 인한 생활방해는 통상적으로 대기오염, 수질오염 등으로 나타난다. 악취와 더불어 이들에 의한 생활방해는 광범위하게 미칠 가능성이 있기 때문에 피해자와 가해자가 다수인 경향이 있다. 따라서 유지청구의 주체파악과 유지방법 등에 대하여 어려운 점들이 있다. 특히 피해자의 실체를 파악하는 것은 일조 등에 의한 피해에 비하여 곤란하므로 현실적 피행의 발생, 장래에 있을 피해의 개연성, 인과관계에 대해 어느 정도의 입증과 소명을 요할 것인가 혹은 무엇을 기준으로 피해와 인과관계의 유무를 판단하는지가 문제이다.

우 손해 이외에 명예를 회복함에 필요한 적당한 처분을 할 수 있다는 민법 제764조의 규정을 들고 있다.

22) 李正雨, “公害에 대한 私法的 救濟”, 저스티스 제11권 1호, 韓國法學院, 1973, 11면.

23) 黃鎮浩, “環境汚染의 私法的 救濟에 관한 研究”, 단국대대학원, 박사학위논문, 1992, 46면.

24) 鄭在憲, 앞의 논문, “公害의 私法的 救濟”, 144면.

유지청구의 판단요소로서는 피해자가 입은 피해의 성질과 정도, 가해행위의態樣과 사회적 유용성, 대체적 수단의 선택의 여지 외에, 인과관계의 정도와 立證責任, 위법성의 판단, 유지청구의 인정 시 고려될 사항, 손해배상과의 선택적 행사의 여부 등의 제요소를 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 다만 인용한도의 판정에 있어서 「유지청구를 인정하기 위한 전제로서의 가해행위의 위법성」에 관하여는 손해배상의 경우보다 훨씬 더 엄격한 요건이 과하여지게 된다. 이것을 위법성의 2단계 설이라고 한다. 따라서 유지청구의 허용여부는 사안에 따라서 항상 개별적, 구체적인 타당성을 지향하는 司法判斷에 의존하지 않을 수 없다.

판례에서는 유지청구의 요건으로 i) 피해의 금전적 평가가 곤란할 것, ii) 피해의 회복이 금전보상으로는 어려운 성질의 것일 것, iii) 피해가 계속적이며 증대하고 명백할 것, iv) 피해가 인용한도를 초과할 것 등을 제시하고 있다.²⁵⁾ 한편, 유지청구의 요건은 유지청구의 법적 성질을 논함에 있어서, 어떤 법적 성질을 따르는가에 의하여 약간의 차이가 있게 된다.²⁶⁾ 그러나 실제로 구체적 사안의 적용에서는 각 학설이 적용

25) 서울지법 1995. 9. 7, 94카합6253. 한편 이 판결에서는 留止請求의 요건을 충족하더라도 유지청구를 인용함에는 한계가 있다고 한다. 즉 “나아가 위 필요한 한도 내에 해당하는 공사금지의 범위를 보면, 이 사건 건물의 신청인이 입게 될 환경이익의 침해정도 및 수인한도, 이 사건 토지의 소유자와 피신청인의 권리 및 그 제한으로 인하여 입게 될 손해, 이 사건 건물의 충고를 줄임으로 인한 건축미 및 경제성의 저하, 이 사건 건물과 신청인 사찰의 전체 경관과의 조화 등 제반사정을 고려하여 볼 때 …신청인이 입게 되는 환경이익의 침해를 상당히 감소시킬 수 있고, 피신청인 및 토지소유자에 대하여도 공사금지로 인하여 예견가능성은 넘는 정도의 피해를 입게 하지는 않을 것으로 보인다.”라고 판시하고 있다. 유사판례로는 大判 1999. 7. 27, 98다47528 ; 大判 1995. 9. 15, 95다23378 ; 부산고법 1995. 4. 17, 95라4 참조.

26) 물권적 청구권설에 의하면 1) 원고가 물권자(민법 제214조)이거나 물권자인 사실(원고가 前主로부터 양도받는 등의 취득원인)이 존재해야 하며, 2) 물권의 행사가 피고의 지배하에 있는 占有사실이외의 사정에 의해야 하고, 그 정도가 불가량물에 의하여 방해되고 있던가(방해배제) 또는 방해를 받을 우려가 있는 사실이 존재해야 한다(민법 제217조). 이상의 두 가지를 원고가 주장하면 피고는 설령 방해가 존재한다 하더라도 항변으로써 그것은 적법한

의 범위를 확장하고 있으므로 차이가 별로 없다.

대기 및 수질오염과 악취 등으로 인한 생활방해에 대한 유지청구로서는 방해제거청구와 방해예방청구가 있다. 전자는 이미 침해행위가 있고 그 침해의 상태가 아직도 존재하고 있는 경우에 피해자가 장래를 위하여 방해원인의 제거를 청구하는 것을 말한다. 여기에서는 원상회복이나 침해결과의 填補를 의미하는 손해배상은 요구되지 않는다.²⁷⁾ 방해제거 비용은 침해자가 부담한다.²⁸⁾ 따라서 피해자가 방해원인을 그의 비용으로 제거하였다면 피해자는 가해자에게 부당이득을 이유로 본인이 부담한 비용을 청구할 수 있다.

후자 즉, 방해예방청구는 방해를 일으킬 염려가 있는 원인을 미리 제거하여 침해의 발생을 미연에 방지하는데 적절한 조치를 강구하는 것을 의미한다. 예컨대 공장폐수의 배출금지, 건축공사의 금지 등의 부작위유지명령과 가해자의 기계설비의 설계변경이나 개선명령, 방해방지시설의 설치, 원인설비의 이동 및 제거를 명하는 작위의 유지명령 등이 있다.²⁹⁾

것임을 주장해야 한다. 인격권설에 의하면 1) 원고가 인격권을 가지고 있다는 사실이 존재하고, 2) 인격권 또는 그의 행사가 피고의 지배하에 있는 사정에 의해서 침해 내지 방해받고 있거나 방해받을 염려가 있어야 한다. 원고가 이상의 두 가지를 주장하면 그 방해가 적법한 것임을 피고가 주장·입증하지 않으면 안된다. 결국 물권에 갈음하는 인격권을 빼버리면 物權의 請求權說에 의하는 경우와 같게 된다. 環境權說에 의하면 건강 또는 물적 피해의 발생 이전의 단계에서 자기와 관계 있는 환경침해가 있으면 留止請求를 할 수 있게 되며, 현실적으로 환경침해가 없을지라도 그 위험성이 있으면 예방청구권이 인정된다. 不法行爲說에 의하면 그 피해가 피고의 고의 또는 과실에 의한 행위로서 원고의 권리이익에 위법한 침해를 구성하며, 이 같은 행위에 의해 원고에게 피해가 생기며, 피고에게는 책임능력이 있어야 한다. 鄭在憲, 앞의 논문, 145면.

27) 全京暲, “환경침해에 대한 防禦請求權과 補償請求權(下), 司法行政, 1998. 7, 23면.

28) 축산폐수가 유입됨으로써 이웃의 임야가 오염된 사건에서 임야소유자의 소유권에 기한 물권적방해제거청구권 및 예방청구권을 받아들여 축산폐수가 임야에 유입되지 않도록 하기 위한 대비책 및 오염임야의 원상복구비용의 지급을 명하였다. 수원지판 1994. 12. 23, 94가합4779.

2. 소음·진동에 의한 생활방해와 유지청구

소음 및 진동으로 인한 생활방해는 인간의 건강과 동물에게 심각한 영향을 미치는 것으로서, 소음은 “보이지 않는 살인자”라고 하기도 한다.³⁰⁾ 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.

사람의 일상생활의 쾌적함을 위협하는 소음, 악취 등으로 인한 생활방해는 전체 피해에 대한 민원 가운데 절반 이상의 비율을 차지하는 만큼 그 심각성이 높게 나타나고 있다.³¹⁾

소음 및 진동으로 인한 생활방해에 있어서의 유지청구는 작위청구와 부작위청구가 있다. 즉 70dB 이상의 소음이 유입되지 않도록 방음설비를 설치할 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 장애를 위한 적당한 처분이 가능하다. 또한 몇 dB 이상의 소음을 내어서는 안된다고 하는 판결에 따른 부작위의무를 위반했을 때, 대체집행에 따라 필요한 방음벽을 만들거나 기

29) 유지청구의 내용으로서는 가해자에 대하여 환경오염유발시설의 사용중지와 환경오염방지조치를 명하거나 또는 除害設備를 설치하게 하거나, 환경오염피해의 발생원을 제거하게 하는 등 일정한 작위를 적극적으로 명하는 작위청구와 일정한 작위를 금지하는 부작위청구가 주된 것이라고 할 수 있다. 그러나 생활방해로 인한 피해의 형태가 다양하므로 개별적 소송에서 청구의 내용은 피해의 형태, 피해의 단계에 따라 다양할 수밖에 없을 것이다. 따라서 피해자는 피해구제를 위하여 적절한 방법을 선택하여 청구할 수 있다.

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

31) 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.

계의 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.³²⁾

3. 일조방해와 유지청구

생활에 있어 일조는 인체의 발육이나, 건강관리, 또는 정신건강을 위해서도 매우 중요한 일이 아닐 수 없다. 그런데 공업화, 산업화에 따른 도시의 급격한 확대와 地價의 양등으로 인한 건물의 고층화 등은 일조를 둘러싼 생활방해 등으로 심각한 사회문제를 가져왔다.³³⁾

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 인용한도를 넘어야 한다. 건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면, 그 법규에 적합한지 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 최소한도

32) 李廷琪, 留止請求의 法理에 관한 研究, 博士學位論文, 경남대학교 대학원, 2001, 113면.

33) 이에 따라 건축법에서 공동주택과 전용주거지역 및 일반주거지역 안에서 건축하는 건축물의 높이는 일조권의 확보를 위하여 그 건축물로부터 동일대지안의 다른 건축물까지의 거리와 인접대지경계선까지의 거리에 따라 조폐로써 제한하도록 규정하였으며(제53조), 또 건축법시행령에서 건축물을 건축하는 경우 각 부분의 높이제한 및 인접경계선으로부터 띄어야 하는 거리제한에 대한 세부규정을 두었다(제86조). 이렇게 함으로써 상충되는 일조권 확보와 건설 촉진의 양면을 조화시키는 데 기여하게 되었다.

의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물 신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도, 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 인용한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다.

일조방해 행위가 사회통념상 인용한도를 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 하고, 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법적 규제 역시 이러한 위법성의 평가에 있어서 중요한 자료가 될 수 있다.³⁴⁾

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 토지 소유자 등은 물권적 청구권을 행사하여 방해의 제거나 방해의 예방을 청구할 수 있다. 구체적으로는 완성된 건물에 대하여 건물의 철거청구를, 신축 중인 건물에 대해서는 공사의 중지를 청구할 수 있다. 다만 이미 완공된 건물에 대하여 철거명령을 하는 경우에는 국가의 경제적 측면에서 신중한 고려가 필요할 것이다. 이러한 경우 피해자의 희생을 위하여 보상청구권이 인정되어야 할 것이다.

4. 조망방해와 유지청구

조망에 대한 종래의 관례의 태도는 조망권은 다른 환경상의 이익처럼 개인이 구체적으로 가지는 私法상의 권리가 아니라 법적으로 보호되는 이익도 아니며, 단지 좋은 경치와 전망에 대한 장소적 이용으로서 주어지는 반사적 이익에 불과하다는 견해로 일관되어 왔다.³⁵⁾ 그러나 조망

34) 대법원 2002. 12. 10. 선고, 2000다72213 판결.

35) 東京地裁, 1978. 5. 31, 決定, 判例時報 888호, 71면 ; 東京高裁, 1978. 9. 18.

에 대한 이익은 환경권의 내용으로서가 아니라 하더라도 그 법적 보호는 인정될 수 있을 것이다. 예컨대 조망의 보호에 있어서 조망의 이익이 토지에 부가가치를 산출하고 있는 경우에 그것은 토지의 권리에 부속한다고 볼 수 있다. 따라서 어떤 이익이 재산적으로 평가될 수 있다면, 소유권 등 기존의 재산권보호의 방법(물권적 청구권 등)으로 보호할 수 있기 때문에, 이와 같은 해석방법에 의한다면 조망의 이익은 법률상의 권리로서 보호될 수 있을 것이다. 다만 조망의 침해에 대한 손해배상청구는 점유의 침해가 아니기 때문에 물권적 청구권의 방법에 의하기보다는 불법행위법의 구성을 취하여 보호됨이 일반적일 것이다.³⁶⁾

조망권 침해에 의한 분쟁유형은 첫째, 여관·관광호텔, 음식점 등의 조망침해, 둘째, 쾌적한 주거환경으로서의 조망이익과 그 외의 생활이익 침해(예컨대 일조·통풍·사생활이 동시에 침해된 경우), 셋째, 조망저해에 따른 재산상의 이익이 저해된 경우, 예를 들면 난립하는 건물과 간

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.

36) 최근 일조·조망권 침해와 관련, 서울 강남구 도곡동 도곡주공1차아파트 재건축조합측이 1백60억원의 배상금을 지급키로 함에 따라 유사 소송이 잇따를 전망이다. 그동안 민원성에 그쳤던 일조·조망권 침해분쟁이 거액의 배상금지급을 요구하는 소송으로 변질 가능성이 높아졌기 때문이다. 지난 1월 법원이 일조권뿐 아니라 조망권의 가치도 인정해 내놓은 중재안을 해당 조합측이 법률검토 후 승소 가능성이 낮다고 판단해 받아들였기 때문이다. 대형 건설현장을 중심으로 환경권 관련 소송에 비상이 걸린 셈이다. 조망권의 경우 건축법에는 위배되지 않는다. 하지만 헌법상 환경권과 관련한 피해를 법원에서 받아들인 것이다. 향후 건설업체들이 실정법에 따라 주택을 지어도 일조·조망권 소송에 휘말릴 소지가 그만큼 높아진 것이다. SK건설 관계자는 “이번 사태의 결과를 주목해온 전국 대형 건설현장에서 일조·조망권 관련 민원들이 한꺼번에 쏟아질 가능성이 높아졌다”고 우려했다. ... 특히 일조·조망권 관련 소송은 사업승인 때보다는 공사가 한창 진행 중일 때 제기되는 경우가 많아 공사 중단까지 몰고올 수 있다. 소송에 따른 공기 지연은 결국 원가 상승으로 이어진다. 때문에 조망권 침해 소송에 휘말릴 가능성이 높은 재건축단지의 수익성은 악화될 수밖에 없다. 한국경제, 2004. 03. 12, 02면.

판 등에 따른 선전 및 광고의 효용이 저해된 경우, 조망저해에 의해 목적 부동산의 자산가치(조망프리미엄 등)가 감소된 경우, 건물매매에서 조망이익의 향유에 대한 보증특약위반의 경우 등을 들 수 있다.

생활이익으로서의 조망권에 대한 요건은 구체적으로 i) 특정의 장소가 그 장소에서 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. 그러나 위와 같은 요건을 갖추었다고 해서 즉시 유지청구 혹은 손해배상을 청구할 수 있는 것은 아니다. 구체적 상황 하에 있어서 조망의 침해행위가 일반적으로 시인될 정도를 초과해서 부당하게 이것을 침해하려고 하는 경우에 한정하여야 한다. 그리고 특정의 침해행위가 이러한 요건을 갖추는가 어떤가에 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 내지 중요성, 피해의 정도와 범위, 위 침해행위에 대한 피해자의 예측가능성 등의 사정을 기초로 해서 양자를 비교교량하여 결정하여야 하며 또 그 교량에 있어서는 조망이 소음, 대기오염, 그리고 日照 등과 같이 생활에 절실한 것은 아니라는 것에 비추어 그 평가에 대해서도 특히 엄격하여야 한다.³⁷⁾ 이외에도 i) 일반 통념으로 볼 때 조망의 가치가 있는 경관이

37) 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, *ジュリスト* 692호, 1979. 6, 120-122면.(이 사건에서 문제가 된) 조망이익은 「개인이 특정의 건물에 거주함에 따라서 얻어질 수 있는 것은 위 건물의 所有 내지 占有와 밀접하게 결부된 생활이익이지만, 본래 그것은 위 건물의 소유자 내지 점유자가 건물 자체에 대해서 가지는 배타적, 독점적 지배와 같은 의미에 있어서의 지배이며, 향수 하려는 이익은 아니다. 원래 경치는 누구나 이것을 접할 수 있는 것이고, 단지 특정의 장소로부터 관망할 수 있는 이익은 그 장소의 독점적 점유자만이 사실상 이것을 향수 할 수 있는 결과로서 그 자에게 독점적으로 귀속할 뿐이다. 그 내용은 주변에 있는 객관적 상황의 변화에 의해서 저절로 變容 내지 制約을 받지 않는다고 할 수 없으며, 위 이익의 향수자는 人

존재할 것, ii) 그 장소적 가치가 조망에 많이 의존하고 있을 것, iii) 장소의 조망유지가 주변의 이용상황과 조화를 이루고 있을 것, iv) 조망이익에 대한 향유자의 토지점유권한이 정당한 것일 것 등을 요구하고 있다.³⁸⁾

조망방해에 대한 유지청구를 인정한 사례에 대하여 사루사루쿄(猿ヶ京)은천조망방해사건에서 나타난 초기 판례의 태도를 보면, 조망방해자의 권리남용여부에 대하여, 권리자가 실제로 권리내용의 실현에 의한 이익을 도모할 목적을 가지는 경우에도 「조망의 방해가 되지 않도록 부지를 선택할 수 있었음에도 조망을 방해하여 여관으로서의 효용을 가질 수 없게 할 의도로 부지를 선택했다」라고 할 경우, 그 건물의 건축은 권리남용에 해당하고, 이것에 따라 조망을 저해한 여관건물의 소유권행사를 위법한 방해로 판결하고, 소유권방해배제청구권으로 결부되는 논리 구성을 취하고 있다.³⁹⁾ 京都岡崎有樂荘사건에서도 조망방해에 의한 건축금지가처분이 인정되어 조망권 보호에 대한 적극적인 자세를 보이고

爲의인 것에 의한 이러한 변화를 배제하려는 권능을 당연히 가지는 것이라고 말할 수 없다. 다만 이것은 조망이익이 어떤 의미에 있어서도 그 자체로서 법적 보호의 대상으로 될 수 없는 것을 의미하는 것은 아니고, 이러한 이익도 또 하나의 생활이익으로서 보호되어야 할 가치를 가지는 것이며.....」라고 하고 있다.

38) 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26, 判決. 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 청구는 인정하지 않았다. 新美育文, “横須賀野比海岸事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 164면.

39) 東京高裁, 1963. 9. 11, 判決.

있다.⁴⁰⁾

특히 주목할 최근의 일본판례에서 이미 완공된 고층맨션에 대해 지역 주민들의 경관권을 침해하고 있다며 일정 높이 이상을 철거하라는 판결이 나왔다. 2002년 12월 동경지법은 東京都 國立市에 신축된 14층(44m) 짜리 맨션을 둘러싸고 주변 주민 50명이 제기한 소송에서 주민 측의 경관권 침해 주장을 받아들여 7층 이상을 철거하라는 판결을 내렸다. 일본에서 이미 완공된 건물에 대해 「경관권 침해」를 이유로 철거를 명령하는 판결이 나온 것은 이번이 처음이다. 재판부는 「특정 지역내의 경관이익은 법적으로 보호할 가치가 있다」고 하며 「맨션 건설은 수인한도를 넘어선 권리침해로 금전 배상으로는 구제할 수 없다」고 판시했다. 재판부가 철거를 명령한 7층 이상은 국립시가 조례로 정한 높이 20m 제한을 초과한 부분이다. 이 조례는 문제의 맨션 착공 이후에 제정됐으나 재판부는 「조례제정 이후의 건축 강행은 사회적 사명을 망각하고 사적 이익추구에만 매달린 것... 건축은 불법행위에 해당한다」고 결론지었다.⁴¹⁾

40) 이 결정은 가치분의 성질상 쟁점에 관한 판결이유가 없으나, 여관측의 조망이익을 보호한 것이 분명하다. 京都地裁, 1973. 9. 19 決定, 判例時報 720호 81면. 竹内保雄, “京都岡崎有樂莊事件”, 161면.

41) 주민들은 대학로라 불리는 도로변에 신축된 이 맨션이 80년 이상 이 지역의 명물로 보존돼온 벚꽃 가로수의 경관을 해친다며 소송을 제기했었다. 이 판결이 나오자 원고측 주민들은 처음으로 경관권을 법적 보호대상으로 인정한 역사적·획기적 판결이라며 기쁨을 감추지 못했다. 주민들은 이번 판결이 주변 환경과의 조화를 고려하지 않고 수지타산만을 생각해서 마구잡이로 고층 빌딩을 짓는 건축업자들에게 경종을 울린 것으로 평가했다. 반면 건설회사측은 믿어지지 않는 판결이다. 단지 건물이 높다고 해서 주민들에게 피해를 끼치는 것은 없다는 반응을 보였다. 문제의 맨션에는 이미 90가구가 입주를 마친 상태여서 판결이 실제 어떻게 집행될지는 불투명하다. 건설회사측은 즉시 항소하겠다고 밝혔다. 문화일보 2002. 12. 19 ; 淡路剛久, 앞의 논문, 景觀權の生成と國立・大學通り訴訟判決, 68면 이하 참조.

IV. 생활방해에 있어서의 유지청구의 문제점

생활방해에 있어서의 유지청구 내용에는 다음과 같은 문제를 고찰할 필요가 있을 것이다.

첫째, 원고의 청구내용과 留止의 문제로서, 留止命令을 구하는 원고의 청구(신청)내용과 현실로 법원이 내리는 유지명령은 반드시 일치해야만 하는 것이냐의 문제이다. 이에 대하여는 유지명령이 원고의 청구대로의 내용을 가지는 것은 반드시 필요하지는 않을 것이다. 유지명령에 관하여는 합법적인 범위 내에서의 재량을 법원에 인정하는 것이 필요할 것이다. 이것은 법관의 자유심증주의에 의해 당연한 것이다(민사소송법 제 187조). 법원은 留止에 갈음하여 손해배상청구를 인정함은 물론, 留止를 결정하는 경우에도 원고의 청구에는 전적으로 구속되지 아니한다.

둘째, 유지내용의 구체성 문제이다. 명령적 留止를 명하는 경우에는 피고가 하여야 할 일을 구체적으로 명할 필요가 있을 것이다. 예컨대 “音량을 몇 폰(phon)이하로 낮출 수 있는 除害設備를 하라”는 작위적 留止命令을 판결로서 구할 수 있을 것이다. 그러나 이 작위를 명하는 留止에 관하여는 다음과 같은 곤란한 문제가 생긴다. 즉 일정한 제해설비를 명하고 피고가 그것에 따른 경우에도 불구하고, 그 효과가 나타나지 않고 피해가 생긴 경우에, 원고가 또 다시 어떠한 민사적 구제를 구할 수 있는가 여부이다. 이것은 생활방해에 있어서의 작위적 留止에 대하여 민사적 해결의 방법을 취할 때는 불가피한 문제이다. 그러나 여기서는 판결의 효력으로 보아 재차, 형식적으로 不可撤回性을, 내용적으로는 羈束力을 가짐으로 판결한 법원도 패소 변경할 수 없는 것이 통칙이기 때문이다.

셋째, 유지명령위반의 효과에 관한 문제로서, 기술한 유지청구권의 성립요건을 구비하면, 유지청구권이 발생하게 되고 소송에서는 생활방해의 유지청구가 인정됨은 물론이다. 그런데 유지명령이 있었음에도 불구하고

하고, 그것이 이행되지 아니하는 경우에 그 이행의 확보를 위하여 어떤 강제력을 행사할 수 있느냐가 문제이다. 피고인 가해자에게 일정한 작위나 부작위를 명할 경우에 그것이 이행되지 아니하였을 경우에는, 우리의 법제도하에서는 강력한 강제력이 존재하지 아니한다 할 것이다. 영미법에서는 衡平法上(equity) 유지명령(Injunction)에 따르지 아니한 자는 民事法廷冒瀆(civil contempt)으로 신체가 구속된다. 그러나 우리나라에서는 위반의 경우에 손해배상의 형식을 취하는 간접강제에 의하는 수 밖에 없으며, 그것도 일반적으로 손해배상액이 낮아 유지명령의 집행가능성을 크게 약화시킬 수도 있다. 假處分에 있어서는 해방금에 의하여 특별한 사정이 있는 경우에만 그 취소가 허용될 것이다(민사소송법 제 720조, 제 702조). 즉 원칙적으로는 금전에 의하여 가처분을 면할 수 없는 것이다. 본안판결에 의한 留止의 경우는 손해배상만 지불하면 그것을 면할 수 있다는 것은 부당하며, 어떠한 방법이든 留止의 이행의 확보를 취하여야 할 것이다. 한편 유지청구권은 불법행위로 인한 손해배상청구권과 병존하는 경우가 있을 수 있다. 이에 대하여는 유지청구권의 행사가 소유권 등의 물권에 근거하는 경우든, 인격권이나 불법행위에 근거하는 경우든 간에, 손해배상청구권과 병합하게 된다. 또한 유지청구권을 행사함으로써 손해배상청구권이 소멸되는 것은 아니다.

V. 결 어

이상에서 살펴본 생활방해로 인한 피해의 사전적 구제의 가장 효과적인 방법은 유지청구권의 행사라고 할 수 있다. 유지청구의 법적 근거는 단순히 물권적 청구권에 의한 해결이 가능할 때에는 이를 근거로 삼고, 물권적 청구권에 의해 해결이 불가능하거나, 피해의 실질상 인격권에 명백한 침해로 인정되는 사안에 대해서는 제반 사정을 참작하여, 인격권에

의한 구제를 인정하는 것도 적합하다고 생각한다. 특히 대법원에서는 비록 생활방해에 대한 소송의 경우에 아직 인격권에 기한 유지청구를 인정할 수 있는지에 대하여 그 입장을 표명한 바는 없지만, 다른 소송사건에서는 인격권을 명시적으로 승인하고 있는 바이므로,⁴²⁾ 인격권에 기한 유지청구를 받아들이는 것은 가능하다고 여겨진다. 또한 유지청구의 법적 근거에 대한 여러 설은 모두 一長一短이 있으며, 일반적인 경향은 물권적 청구권설로의 경향을 나타내고 있으나, 유지청구의 법적 성질을 굳이 통일할 필요는 없기 때문에, 개별적인 생활방해의 유형에 따라 가장 적합한 법적 구성을 택하면 될 것이라고 생각되어 진다.

유지청구를 용이하게 인정하게 되면 피해자의 구제확보에는 적절한 방법이지만, 가해자에게 특히, 가해기업에 있어서는 사업활동에 큰 타격을 입을 뿐만 아니라, 사회적으로 유용한 사업활동의 정지 또는 폐업을 초래할 우려도 있으므로, 국가 경제적 측면에서 신중히 고려할 필요가 있다. 따라서 사업활동의 中止를 인정하는 경우에는 신중을 기하여 손해배상에 비하여 엄격한 요건이 요구되어야 할 것이다.

key words : 유지청구(Injunction) 생활방해(nuisance), 조망(a view), 일조(a right to enjoy sunshine), 소음·진동(noise and vibration), 물권적 청구권(the claim of a real right), 인격권(personal rights), 불법행위(torts)

42) 大判 1980. 1. 15, 79다1883 ; 大判 1988. 10. 11, 85다카29.

참고문헌

- 金基洙, “公害의 私法的 救濟의 방향과 相隣關係法的 구성”, 環境法研究, 韓國環境法學會, 1979
- 朴運吉, “환경오염피해에 대한 유지청구”, 법학논총(조선대), 1997
- 吳錫洛, “환경법제의 개혁방향”, 인권과 정의, 1993. 1
- 吳錫洛, 環境訴訟의 諸問題, 三英社, 1996
- 李勇雨, “公害防止訴訟”, 環境問題와 裁判, 1978
- 李廷琪, 留止請求의 法理에 관한 研究, 博士學位論文, 경남대학교 대학원, 2001
- 李正雨, “公害에 대한 私法的 救濟”, 저스티스 제11권 1호, 韓國法學院, 1973
- 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
- 全昌祚, “環境權의 確立”, 法과 環境(韓國法學教授會編), 三英社, 1977
- 鄭權燮, “環境汚染과 私法上 救濟”, 法과 環境, 韓國法學教授會編, 三英社, 1977
- 全京暲, “환경침해에 대한 防禦請求權과 補償請求權(下), 司法行政, 1998
- 鄭在憲, “公害의 私法的 救濟”, 司法研究資料 第6輯(法院行政處), 1979
- 趙日煥, “환경권보호의 司法的 실효화를 위한 환경책임법제정의 필요성”, 인권과 정의, 1993. 6
- 黃鎮浩, “環境汚染의 私法的 救濟에 관한 研究”, 단국대대학원, 박사학위논문, 1992
- 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, JURIST 692호, 1979. 6
- 東孝行, 公害訴訟의 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, 일본평론사, 1973

木宮高彦, 公害概論, 有斐閣, 1974

石田喜久夫, 差止訴訟と損害賠償, 成文堂, 1987

加藤一郎, 公害法の生成と展開, 岩波書院, 1970

澤井裕, “差止請求と利益較量”, 法律時報 제512호, 1971

新美育文, “横須賀野比海岸事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4

<Abstract>

The injunction for nuisances

Cho, eun rae

Injunction means the order of a court directing a party to perform a certain act or to refrain from an act or acts. The legal background of a injunction can evolve out of the claim of a real right, personal rights, environmental rights and torts. The injunction, which developed as the main remedy in equity, is used especially where money damages would not satisfy a plaintiff's claim, or to protect personal or property rights from irreparable harm.

It has been historically important especially in tort, domestic relations, labor, and civil-rights law. Injunctions are today granted in many circumstances where courts of equity formerly refused to act. Thus, courts have ordered the performance of the terms of a contract, or the payment of legal damages by a defendant, sparing the plaintiff the need to seek execution of a judgement. Injunctions have long been used to abate nuisances. A court must decide carefully it because the injunction for nuisances can deal defendants a hard blow.