

일조권침해의 소멸시효 기산점에 대한 고찰

- 대법원 2008. 4. 17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결을 중심으로 -

이 현 석*

차 례

- I. 서 론
- II. 대상판결의 요지
- III. 단기소멸시효의 존재의의 및 취지
- IV. 계속적 불법행위의 유형 및 소멸시효 기산점
- V. 일조권 침해로 인한 불법행위의 유형
- VI. 대상판결의 검토
- VII. 결 론

[국문초록]

사회가 점점 발전하고 복잡다단해 지면서, 사람의 활동이 서로 간에 영향을 주어 의도하지 않게 또는 부득이하게 상대방에게 피해를 유발시키는 경우가 증가하고 있다. 특히 공해라고 불리는 환경오염으로 인한 침해는 가해자의 적법활동의 결과 필연적·부수적으로 발생하는 침해인 경우가 많기 때문에, 환경오염피해가 위법한 법익침해로 되기 위해서는 그 피해의 정도를 가해자측 사정, 피해자측 사정, 지역성 등 기타의 사정을 비교교량하여 사회통념상 통상 인내할 것이 요구되는 한도, 즉 수인한도를 넘어 피해자에게 구체적인 피해를 줄 것이 요구된다.

이러한 환경오염피해가 발생하였을 때 사법적 구제방법은 환경오염을 최소한으로 줄이고 그 피해를 최대한 배상시키는 것이 최후의 법적 수단이 될 수 밖에 없다. 이 경우 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서 민법 제766조 1항에서 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효를 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해

* 한양대학교 법학과 시간강사, 법학박사

자를 안 때로부터, 그리고 그 시효기간을 3년으로 정하여 단기소멸시효를 두고 있는데, 그 취지는 피해자의 수용 여부와 가해자의 정당한 신뢰 보호에 두고 있다.

그리고 대상판결은 손해배상의 범위 및 소멸시효의 기산점에 있어서도 명확하게 정리하여, 가해 건물의 침해 정도가 건물을 철거할 정도로 심각하지 않으나 수인한도를 초과할 경우 손해배상청구만을 할 수 있고 이 경우 재산상 손해와 정신적 손해는 그 손해를 안 날, 즉 가해 건물이 준공 검사를 마친 날로부터 함께 기산한다고 판시하였다.

다만 반대의견에서는 일조권이 재산적 성격뿐만 아니라 환경권이나 인격권의 성격을 가지고 있는데, 이것을 재산상 손해와 일괄하여 기산하는 것은 이러한 권리의 보장에 있어 미흡하다는 점을 지적하나, 현재 우리 판례와 실무는 원칙적으로 그러한 재산상 손해가 전보되는 경우 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아 특별한 사정에 관한 주장·입증을 하지 않는 이상 이에 관하여 별도의 위자료청구가 허용된다고 보지 않는다고 보고 있으며, 위자료청구 부분에 한정하여 이를 계속적 불법행위로 파악함으로써 이를 두텁게 보호해야 할 필요성이 있다고 보기도 어려우므로 다수의견의 견해가 타당하다고 본다.

이러한 점에서 대상판결은 일조권 침해의 개념과 법적 성격 등에 관하여 분명하게 정리하고, 일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점에 관하여 명시적으로 최초로 판시한 판결로서 의미가 크다.

I. 서 설

사회가 점점 발전하고 복잡다단해지면서, 사람의 활동이 서로간에 영향을 주어 의도하지 않게 또는 부득이하게 상대방에게 피해를 유발시키는 경우가 증가하고 있다. 특히 공해라고 불리는 환경오염¹⁾으로 인한 침해는 가해자의 적법활동의 결과 필연적·부수적으로 발생하는 침해인 경우가 많기 때문에, 환경오염피해가 위법한 법익침해로 되기 위해서는 그 피해의 정도를 가해자측 사정, 피해자측 사정, 지역성 등 기타의 사정을 비교교량하여 사회통념상 통상 인내할 것이 요구되는 한도, 즉 수인한도를

1) 환경정책기본법 제3조 제4호, 「환경오염」이라 함은 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동, 악취, 일조방해 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다.」

넘어 피해자에게 구체적인 피해를 줄 것이 요구된다.²⁾

이러한 환경오염피해가 발생하였을 때 사법적 구제방법은 환경오염을 최소한으로 줄이고 그 피해를 최대한 배상시키는 것이 최후의 법적 수단이 될 수밖에 없다. 이 경우 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서 민법 제766조에서 '단기시효'(제1항) 및 '장기시효'(제2항)를 두어 그 행사를 제한하고 있다. 특히 민법 제766조 1항에서 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효를 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 때로부터, 그리고 그 시효기간을 3년으로 정하고 있는데, 이러한 단기소멸시효를 두고 있는 취지 및 일조방해와 같은 계속적 불법행위의 유형과 그 기산점 등에 관해서 국내의 학설을 검토해 보고, 대상판결에 있어서 그 기산점의 설정이 타당한지를 살펴보기로 한다.

II. 대상판결의 요지(소송의 경과)

1. 사실관계

피고는 1993. 10. 27. 남원시장으로부터 남원시 도통동 144 대 29,413㎡ 지상에 임대아파트인 부영아파트 7동 1,032세대(이하 '부영아파트'라 한다)를 건설하는 사업계획승인을 받은 다음 부영아파트 건축공사를 시행하여(이하 '이 사건 공사'라 한다) 1995. 11. 18. 사용검사를 마쳤고, 1995. 11. 20. 준공검사를 받았다.

한편 부영아파트와 약 40m 떨어진 곳에 건축된 우성아파트(이하 '이 사건 아파트'라 한다)는 1993. 3. 5. 남원시장으로부터 사업계획승인을 받고 위 아파트 건축공사를 진행하여 1995. 2. 28.경부터 사용승인을 받았고, 원고들은 피고가 이 사건 공사를 완료한 시점인 1995. 11. 20.을 기준으로 그 이전에 이 사건 아파트를 분양받아 소유 및 점유·사용하고 있거나, 1995. 11. 20. 이전에 분양받은 소유자로부터 이를 매수하여 그 이후에 이를 소유 및 점유·사용하고 있다.

또한 후자에 해당하는 원고들은 모두 1995. 11. 20. 당시의 각 소유자나 점유·사

2) 지원림, 「민법강의」(제9판), 홍문사, 2011, 1775면.

용자로부터 2004. 11.경 부영아파트의 신축으로 인하여 이 사건 아파트의 일조권이 침해받음으로써 피고에 대하여 가지고 있는 재산상 손해배상청구권 및 위자료청구권을 각 양수하였고, 2004. 12. 15. 피고에게 위 채권양도사실을 내용증명우편으로 각 통지하였으며, 위 각 통지는 그 무렵 각 도달하였다.³⁾

2. 당사자의 주장

(1) 피고의 주장

피고는, 피고가 부영아파트의 준공검사를 받은 1995. 11. 20.경에는 원고들이 부영아파트의 건축으로 인한 일조권 등이 침해당하고 있다는 사정을 알게 되었으므로 그 무렵 그로 인한 손해 및 그 가해자를 알게 되었다 할 것이고, 이 사건 소는 그로부터 3년이 경과된 2003. 8. 14.에야 비로소 제기되었으므로, 원고들의 이 사건 손해배상청구채권은 소멸시효의 완성으로 소멸하였다고 항변한다.

(2) 원고의 주장

이에 대하여 원고들은, 첫째로, 피고의 침해행위는 일회적인 것이 아니라 부영아파트가 그대로 유지되는 한 끊임없이 계속되는 것이기 때문에 소멸시효가 완성되지 않았으며, 둘째로, 이 사건의 소멸시효의 기산점은 원고들이 구체적으로 일조량 침해시간을 확인한 때라고 보아야 하므로 이 사건 아파트의 일조권침해조사위원회가 1차로 일조시간을 측량한 2000. 12. 21. 이거나 이 사건 감정인의 감정결과가 원고들의 소송대리인에게 도달한 2003. 12. 29. 이라고 주장한다.

3. 원심 판결 (2006. 5. 17. 선고 2005나9790)

불법행위에 의한 손해배상청구권의 단기소멸시효의 기산점이 되는 민법 제766조

3) 광주고등법원 2006. 5. 17. 선고 2005나9790 판결.

제1항 소정의 ‘그 손해 및 가해자를 안 날’이라 함은 현실적으로 손해의 발생과 가해자를 알아야 할 뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위로서 이를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 안 때를 의미하고⁴⁾, 불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 할 것이나⁵⁾, 손해가 계속 발생하더라도 가해행위 자체가 이미 종결되어 이를 제거할 수 없는 경우에는 그 계속적 손해는 피해자가 가해행위시에 실제로 인식한 손해와 연계되어 일체를 이루는 것으로서 당초부터 그 발생에 대한 **예견이 가능한** 것이므로 그 손해 전체에 대하여 처음부터 피해자가 이를 알았다고 보아 그 **불법행위시**에 전범위에서 일률적으로 그 소멸시효가 진행된다고 보아야 할 것이다.

이 사건의 경우, 부영아파트의 건축으로 인한 일조침해의 불법행위는 위 준공검사 이후에는 더 이상의 적극적인 가해행위가 없었고, 또한 부작위에 의한 가해행위가 계속되고 있다고 보기 위해서는 피고에게 부영아파트에 대한 철거의무가 인정되어야 할 것인데, 앞에서 인정한 정도의 이 사건 일조침해가 있다고 하여 피고에게 이러한 철거의무가 있다고 인정하기 어려우므로, 결국 이 사건 불법행위는 건축행위의 종료와 함께 종결되고 다만 그 손해만이 계속하여 발생한다고 봄이 상당하고, 따라서 원고들의 이 사건 손해는 그 전체에 대하여 **피고가 부영아파트의 건축을 마치고 준공검사를 받은 때에 이미 피해자가 이를 알았다고 보아** 특별한 사정이 없는 한, **그 때로부터 전범위에서 일률적으로 그 소멸시효가 진행되었다고** 할 것이다.

나아가 원고들이 구체적으로 피고의 일조권침해행위가 불법행위임을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 안 때가 언제인지에 관하여 보건대, 여기서 말하는 ‘손해를 안 날’이란 불법행위의 요건 사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생 사이에 상당인과관계 등이 있다는 사실 등을 피해자가 알았을 때를 의미하는 것이지 당해 행위가 불법행위에 해당한다는 법률적 평가까지 알았을 것을 요구하지는 아니한다고 보아야 할 것이고, 이렇게 볼 때, 피고가 부영아파트

4) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다33450 판결.

5) 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결.

의 건축을 종료하고 준공검사를 받은 1995. 11. 20.경에 수분양자들로서는 수인한도를 넘는 일조침해로 인하여 아파트의 가격저하, 광열비 및 조명비 등의 증가와 생활상의 고통 등 손해가 발생하는 사실과 그 가해자가 위 건물을 신축한 피고라는 사실을 알았다 할 것이므로, 원고들의 피고에 대한 이 사건 손해배상채권은 1995. 11. 20.경부터 이미 소멸시효가 진행되기 시작하여 그로부터 3년 후에 소멸시효가 완성되었다고 보아야 할 것이므로 이를 지적하는 피고의 위 주장은 이유 있다.

4. 대법원 전원합의체 판결 (2008. 4. 17. 선고 2006다35865)

(1) 다수의견

토지의 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.

일반적으로 위법한 건축행위에 의하여 건물 등이 준공되거나 외부골조공사가 완료되면 그 건축행위에 따른 일영의 증가는 더 이상 발생하지 않게 되고 해당 토지의 소유자는 그 시점에 이러한 일조방해행위로 인하여 현재 또는 장래에 발생 가능한 재산상 손해나 정신적 손해 등을 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이러한 손해배상청구권에 관한 민법 제766조 제1항 소정의 소멸시효는 원칙적으로 그 때부터 진행한다. 다만, 위와 같은 일조방해로 인하여 건물 등의 소유자 내지 실질적 처분권자가 피해자에 대하여 건물 등의 전부 또는 일부에 대한 철거의무를 부담하는 경우가 있다면, 이러한 철거의무를 계속적으로 이행하지 않는 부작위는 새로운 불법행위가 되고 그 손

해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 것이므로 피해자가 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다.

(2) 대법관 고현철, 김영란, 이홍훈, 김능환의 반대의견

일조방해란 태양의 직사광선이 차단되는 불이익을 말하는 것이고, 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘게 되면 사법상 위법한 가해행위로 평가된다. 헌법 제35조 제1항에 비추어 볼 때, 위법한 일조방해는 단순한 재산권의 침해에 그치는 것이 아니라 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 개인의 인격권을 침해하는 성격도 지니고 있다.

위법한 일조방해행위로 인한 피해 부동산의 시세 하락 등 재산상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 가해 건물이 완성될 때 일회적으로 발생한다고 볼 수 있으나, 위법한 일조방해로 직사광선이 차단되는 등 생활환경이 악화됨으로써 피해 건물의 거주자가 입게 되는 **정신적 손해는 가해 건물이 존속하는 한 날마다 계속적으로 발생**한다고 보아야 하므로, 그 위자료 청구권의 소멸시효는 가해 건물이 피해 부동산의 일조를 방해하는 상태로 존속하는 한 날마다 개별적으로 진행된다.⁶⁾

(3) 대법관 김황식, 김지형, 안대희의 다수의견에 대한 보충의견

일조방해를 가져오는 위법한 건축행위라도 그 건물의 전부 또는 일부에 대한 철거 의무가 인정되지 않는 일반적인 일조방해 사안에서는 그 건축행위의 완료와 함께 불법행위가 성립·종료하는 것이고, 이 경우 모든 손해는 그 시점에 발생한 것으로 보는 것이 법리상 옳다고 생각한다. 이는 자동차 사고로 인하여 피해자가 상해를 입는 등의 불법행위가 성립하는 경우 이에 관하여 장래에 발생하는 재산적 손해와 정신적 손해를 모두 불법행위의 성립시점에 발생하는 것으로 파악하는 것과 같은 이치일 것이다. 그렇다면 위와 같이 일반적인 일조방해 사안에서도 날마다 새로운 일조방해행위가 이루어진다거나 혹은 하나의 건축행위로 인하여 발생하는 **재산적 손해와 정신적**

6) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2006다35865 전원합의체 판결.

손해에 관하여 각각 다른 법률적 취급을 해야 한다는 반대의견에는 찬성하기 어렵다.

한편, 우리 헌법은 제35조 제1항에서 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 선언하면서, 동시에 제23조 제1항에서 모든 국민의 재산권은 보장되고 그 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있다. 그런데 이 사건은 일조이익의 보호와 타인 재산권의 보장, 법적 안정성 등 서로 대립할 수 있는 여러 법익을 종합적으로 고려하여 실제로 발생하는 손해의 전보 및 그 분담의 공평문제 등을 균율하게 되는 손해배상제도에 관한 것이기 때문에, 반대의견이 내세우는 헌법 제35조 제1항이 그 주장을 정당화하는 법적 근거가 되기 어렵다. 실질적으로도 일조방해를 가져오는 위법한 건축행위가 완료되고 그에 관한 손해배상문제가 논의되는 경우, **재산적 손해와 정신적 손해에 관한 법적 분쟁을 한꺼번에 해결하는 것이 합리적인 분쟁해결방식**이라고 할 것이다. 만일 반대의견과 같은 입장을 취하면 정신적 손해배상 청구의 시기·범위·방법이나 위법하게 건축된 건물과 피해 토지의 권리변동 등에 관련하여 **그 법적 분쟁의 해결이 사실상 어렵게 되거나 매우 복잡하게 되기 때문에, 결국 부동산거래에 관한 법적 안정성 내지 거래 안전을 심하게 훼손하는 결과**를 가져올 것이다.

(4) 대법관 이홍훈의 반대의견에 대한 보충의견

일조방해의 정도가 어느 수준을 넘게 되면 소유자 등의 철거의무가 발생한다는 것은 수긍할 수 있으나, 이로 인하여 불법행위의 성질이 일회적 불법행위에서 계속적 불법행위로 변하여 그 성립시기나 소멸시효의 진행이 달라질 수 있다는 다수의견의 논리에는 선뜻 동의하기 어렵다. 자동차 사고로 인하여 피해자에게 심각한 신체장애가 발생하여 평생 개호가 필요하다고 하여 불법행위의 성질이 계속적 불법행위로 바뀔 수 없는 것과 마찬가지로, 일조방해라는 동일한 가해행위에 대하여 단지 일조방해의 정도가 증대하다는 이유만으로 그 성질이 계속적 불법행위로 변하여 불법행위의 성립시기나 소멸시효 진행이 달라진다는 것은 불합리하기 때문이다. 또한, 이와 같이 소유자 등의 철거의무를 부담하게 되는 일조방해의 경우에 철거만 계속적으로 요구할 수 있는지, 아니면 재산상 손해나 정신적 손해도 날마다 발생하여 이에 대한 배상을 계속적으로 요구할 수 있는지에 관하여도 일관성 있는 설명에 어려움이 예상된다. 그러나 반대의견에서는

철거의무의 발생 여부와는 무관하게, 일조를 방해하는 가해 건물의 완성 시점에 예견 가능한 재산상 손해와 날마다 발생하는 정신적 손해를 구분하여 두 손해가 소멸시효의 진행을 달리한다고 일관성 있게 설명할 수 있다고 할 것이다.

자동차 사고는 한 번 발생하는 것이지만, 일조방해는 날마다 발생하는 것이다. 자동차 사고로 인하여 발생한 정신적 손해는 일단 한 번 발생하면 사고가 없었던 상태로 되돌릴 수 없는 것이지만, 일조방해로 인한 정신적 손해는 영구적인 것이 아니라 가해 건물이 사라지게 되면 소멸한다는 점에서 자동차 사고와 일조방해를 동일시할 수는 없다고 본다.

다수의견은 일조방해를 둘러싼 법적 분쟁의 일회적이고 효율적인 해결의 필요성을 강조하는 입장에서 있는 것으로 보이는데, 이는 가해 건물 소유자 등의 재산권을 보장하기 위한 측면에서는 바람직할 수 있다. 그러나 헌법 제35조와 환경정책기본법 제6조에서 보장하고 있는 환경권은 자유권이나 재산권 등 다른 기본권 보호의 전제가 되는 종합적 기본권의 성격을 가지고 있어 **재산권 등 다른 기본권의 우위에 있는 권리**라고 볼 여지도 있기 때문에 다수의견은 피해 건물 거주자의 환경권이나 인격권을 보장하는 데에는 **미흡할 수 있다**는 점을 지적한다.

Ⅲ. 단기소멸시효의 존재의의 및 취지

1. 민법 제766조 2항의 입법취지

민법 제766조 2항에서는 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자측이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다고 규정하고 있다. 현행 민법에 불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효에 관한 특칙을 두게 된 것은 대체적으로 다음과 같은 두 가지 측면에서 그 근거를 찾아볼 수 있다. 즉 하나는 형식적·연혁적·법사적인 근거로서 로마법상 praetor의 벌금소권에 그 뿌리를 두고 있는 제도가 근대 민법에 수용·계수되어 전통적인 법규로서 자리잡게 되었다는 점이다. 또 하나는 실질적인 근거로서 법사적인 연혁과는 관계없이 시효제도 그

자체의 기본취지에 비추어 불법행위로 인한 손해배상청구권에 단기시효라는 특칙을 인정하게 되었다는 점이다.⁷⁾

학설은 단기시효를 정한 취지에 대해, 시일이 너무 경과하면 불법행위의 증명이나 손해배상액의 산정이 곤란하다는 점, 3년 정도의 세월이 지나면 피해자의 감정이 가라앉게 된다고 생각하여 그 후에 다시 담당자간에 분류를 일으키는 것은 타당하지 못하다는 점, 또한 오래도록 내버려 두어서 불법행위에 의한 손해나 고통을 입고 있는 자에게는 법적 보호를 줄 필요가 없다는 점 등을 들고 있다.⁸⁾ 근래에는 권리행사의 가능성을 현실적으로 알면서 청구하지 아니한 피해자의 태도에 대한 가해자의 정당한 신뢰를 보호하는 데 있다는 주장도 제출되고 있다.⁹⁾

2. 실질적 근거 - 일본의 학설

한편 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기시효를 인정하게 된 실질적 근거는 대체적으로 다음과 같은 4가지 견해로 설명되고 있다.

(1) 그 첫째는 증거보존의 어려움을 강조하는 견해이(3)

불법행위로 인한 손해배상은 예측하지 못한 불의의 사고로 발생하는 경우가 대부분이고 원칙적으로 피해자측에서 입증책임을 부담한다는 점을 감안한다면, 사고가 발생했을 때 즉시 증거를 수집한다는 것이 곤란하다는 점은 쉽게 짐작할 수 있다. 손해배상을 청구한 후에도 사전에 계약관계가 있었던 채무불이행에 비한다면 적극적으로 증거를 보존하는데도 어려움이 많을 것이다. 또한 가해자측에서도 반증을 들 수 있는 증거를 준비하기가 어려워진다는 점도 감안하지 않을 수 없다. 즉, 불법행위책임요건에 관한 사실의 증거수집이나 보전의 어려움에 따른 증거의 산만 등으로 말미암아 적정한 재판을 받을 수 있는 가능성이 그만큼 감소하게 되므로, 증거보전의 곤란을 구제하고 민사소송제도의 적정과 소송구제의 이념 등에 비추어 단기시효소멸을 인정한

7) 末川博, “不法行爲による損害賠償請求權の時効”, 『權利侵害と權利濫用』, 巖波書店, 1970, 639면.

8) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1991, 760면.

9) 박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 『민법학논총』(곽윤직교수화갑기념논문집), 1985, 709면.

다는 것이다.¹⁰⁾ 일본민법제정 당시 기초위원이었던 梅謙次郎은 “과연 불법행위가 있었는가 아닌가 또한 그 불법행위가 어느 정도의 손해를 발생하도록 하였는가 등은 세월이 경과함에 따라 이를 증명하는 것이 지극히 곤란하게 되고, 잘못하면 애매한 소송을 제기할 수도 있다. 이는 반드시 피하여야 할 것이므로 본조(일본민법 제724조)에 특히 3년의 단기시효를 인정하였다”¹¹⁾고 함으로써 불법행위에서 입증의 곤란을 단기시효제도를 둔 근거로 설명하였다. 또한 계약과 같이 당사자간에 일정한 법률관계가 있다면 채권에 관한 판단자료가 존재하고 있음을 전제로 하여 법률문제를 생각할 수 있겠으나, 불법행위에는 그와 같은 전제가 없기 때문에 관련된 자료가 남아 있기 어렵다고 볼 수 있는 실체관계에서의 상위가 소멸시효제도에 반영된 것이라는 주장도¹²⁾ 동일한 맥락으로 볼 수 있다.

그러나 이 견해는 다음과 같은 흠결을 내재하고 있음을 지적하지 않을 수 없다. 우선 증거보전의 곤란성이라는 문제는 소멸시효일반에 해당되는 근거로서, 불법행위로 인한 손해배상청구권에서의 특칙인 단기시효에 적절한 근거로 보기는 어렵다고 생각된다. 특히 단기시효의 기산점을 피해자의 주관적 인식에 두고 있으므로 피해자가 손해나 가해자를 알지 못하는 한, 시효는 진행되지 않기 때문에 그 결과 오랜 기간 동안 시효가 완성되지 않을 수 있다는 점, 장기시효기간을 10년으로 하고 있다는 점을 고려할 때, 입증의 곤란성만을 그 근거로 보기에는 어려움이 많다고 하지 않을 수 없다.¹³⁾

(2) 두 번째는 이른바 “권리 위에 잠자고 있는 자는 보호할 가치가 없다”는 법리를 강조하는 견해

불법행위로 인한 손해가 발생하여 일정한 내용의 권리(손해배상청구권)를 취득한 자가 상당한 기간 내에 그 권리를 행사하지 않고 그대로 방치해 두고 있는 경우에는 그에 상응하는 불이익한 결과를 받게 할 필요가 있으므로 특칙으로서 단기소멸시효를 두게 되었다는 것이다. 즉, 불법행위가 발생한 후 오래도록 내버려 두어서 불법행위에 의한 손해나 고통을 입고 있는 자에게까지 굳이 법적 보호를 줄 필요가 없다는 관

10) 森島昭未, 不法行爲講義, 有斐閣, 1991, 430면; 山口純夫, 債權各論, 青林書院, 1992, 221면.

11) 梅謙次郎, 民法要義(3), 917면.

12) 北川善太郎, 債權各論, 有斐閣, 1993, 321면.

13) 末川博, 전계논문, 647면.

점에서 3년의 단기시효를 정했다는 주장이다.¹⁴⁾ 생각건대 이 역시 소멸시효 일반의 근거로서는 합당하다고 볼 수 있겠으나, 피해자의 손실에 대한 적절한 전보와 피해의 회복이 우선적으로 중심적 기능이 되어야 하는 현대의 불법행위제도를 감안한다면, 단기소멸시효의 근거로서는 납득할 만한 충분한 설명이 되지 못한다고 본다.¹⁵⁾

(3) 세 번째는 피해자의 복수심이라는 감정을 근거로 주장하는 견해

이 견해는 손해가 발생한 사실과 손해를 가한 자를 피해자가 알고 있다면 이미 현실적으로 손해배상을 청구할 수 있는 요건은 구비되어 있는 것이 통상적이기 때문에 청구할 것인가 하지 않을 것인가를 결정하는 데는 그렇게 많은 시간이 걸릴 이유가 없다는 점에 주목한다. 만약에 손해배상청구 여부를 결정하는 데 시간이 많이 소모된다면 그것은 불법행위자의 행위를 관대하게 용서하는 태도에서 비롯된 것이라고 보는 것이 통상의 상례라는 것이다. 원래 피해자는 어느 정도 강약의 차이는 있겠지만, 가해자의 불법행위에 대한 분노의 감정을 가지게 되기 마련이고, 손해배상을 청구할 것인가 하지 않을 것인가를 결정하는 점에서도 의례히 감정적인 요소가 작용하는 것이 보통이라고 본다. 그런데 감정은 격해지기 쉬운 동시에 냉각되기도 쉬운 것이므로 가해자를 알고 나서 일정한 기간(3년)이 경과되었다면 이제 분노의 걱정은 어느 정도 해소된 것으로 볼 수 있기 때문에 피해자가 손해 및 가해자를 안 때로부터 3년 동안이나 손해배상청구를 하지 않았다면 그 권리가 소멸하도록 규정한 것으로 해석한다. 즉, 3년이나 경과한 뒤에 새삼스럽게 배상청구를 한다면 오히려 불순한 동기가 있는 듯하고, 무엇인가 자연스럽지 못한 사정이 내재하는 것으로 보아도 무방하다는 것이다.¹⁶⁾ 요컨대 이 견해는 피해자의 주관적인 회복 감정이 평정한 상태로 돌아온다는 요소를 손해배상청구권 소멸의 중요한 근거로 간주하는 입장이다.¹⁷⁾

그러나 이처럼 피해자의 주관적인 감정적 요소를 중시하는 이론을 관철시킨다면

14) 鳩山秀夫, 增訂日本債權法各論 下卷, 巖波書店, 1924, 946면

15) 이상욱, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점,” 채권법에 있어서 자유와 책임; 김형배 교수 화갑기념논문집, 박영사(1994), 596면.

16) 末川博, 전계논문, 648면.

17) 徳本伸一, 賠償請求權の時効, 民法講座 6, 有斐閣, 1985, 709면

단기시효가 진행되기 위하여는, 적어도 배상의무자에게 배상하여야 할 책임이 있다는 것을 피해자가 “현실적으로” 인식하고, 그 권리를 행사할 수 있는 상태에 있을 것이 요구된다. 그러나 피해자가 현실적으로 구체적인 인식을 할 것을 요구한다면 법적인 판단능력이 없는 피해자에 대하여는 언제까지나 시효가 진행되지 않는 것이 되어 배상의무자의 지위가 불안정하게 되는 결과가 발생하게 된다.¹⁸⁾

그리고 위자료에 대하여는 피해자의 주관적인 감정을 중시하는 이 이론이 일응 타당할지 모르나, 물적 손해에까지 타당할 수 있을지 의문도 제기된다.¹⁹⁾ 또한 손해배상청구를 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정하는 권리자의 결단에 대하여 살펴볼 때, 권리자인 피해자의 감정적 요소가 중대한 계기로 되는 것은 확실하지만, 일반적으로 배상청구권 그 자체는 피해자의 인식이나 감정과는 무관하게 성립하는 것이므로, 피해자의 감정이 진정되었다고 해서 그것만으로 배상청구권이 소멸한다고 하는 것은 논리의 비약이라는 비판도 면할 수 없다.²⁰⁾ 더구나 민사책임의 특효를 피해자의 보복 감정의 유무에 의존한다는 것은 형사시효로부터 독립하여 설정된 불법행위에 고유한 시효제도라는 관점에서 의문을 제기하지 않을 수 없는 것이다.²¹⁾

(4) 이상의 주장은 그 기본적인 구상이 주로 권리자의 위치에 우선적인 초점을 맞추어 놓고 그 다음에 배상의무자측의 사정도 고려한다는 입장이지만, 이와 반대로 청구를 받는 배상의무자측의 사정을 중시하여 단기시효의 존재이유를 설명하는 주장

즉, 단기시효결정은 언제, 어느 한도까지 책임이 추궁될 것인가가 불분명한 채로 무한정 대기해야 하는 배상의무자의 불안에 한계를 설정한다는 점에서 그 존재의의를 발견할 수 있다는 것이다.²²⁾ 불법행위의 경우, 그 동안 아무런 교섭도 업던 자들이 가해행위를 계기로 하여 비로소 피해자와 가해자라는 당사자관계가 성립하여 손해배

18) 이상옥, 전계논문, 597면.

19) 日本不法行爲法研究會, 日本不法行爲法リスイテトメント, 有斐閣, 1988, 154면.

20) 森島昭夫, 앞의 책, 424면.

21) 内池慶四郎, “不法行爲による損害賠償請求權の起算點”(이하 起算點으로 略稱함), 『法學研究』44권 3호 (1969), 141면.

22) 内池慶四郎, “損害賠償請求の消滅時效”(이하 消滅時效로 略稱함), 『現代損害賠償法講座』(1), 日本評論社, 1976, 221면.

상의 권리의무가 발생하지만, 그 권리를 언제, 어느 범위까지 주장할 것인가는 전적으로 피해자에게 일임되어 있다. 따라서 불법행위로 인한 손해와 가해자를 알고 있어서, 언제든지 권리행사의 일환으로 배상청구를 할 수 있는 상황의 피해자가 상당한 기간 내에 아무런 청구도 하지 않고 있을 경우에는 그 태도로 말미암아 배상의무자측은 이제는 청구를 받는 일이 없을 것이라는 정당한 신뢰를 갖게 되는 것이 보통이고, 여기에 불법행위에 기한 권리행사의 시간적 제한이 있다는 것이다. 즉, 장차 배상청구를 받게 될 것인가의 여부를 쉽게 예상할 수 없는 배상의무자측에서는 자신의 권리를 알고 있는 배상청구권자가 상당한 기간 내에 청구를 하지 않는다면 이제는 청구를 받지 않을 것이라고 신뢰하는 것이 무리가 아니라고 주장한다.

요컨대 일정한 기간이 경과한 후에는 그 배상의무자의 신뢰는 법의 보호를 받을 가치가 있다는 것이며, 배상의무자는 권리 위에 잠자는 자로서 그 후의 권리행사는 인정될 수 없다는 견해이다. 즉 당사자간에 계약 등의 거래관계가 있어 일방의 채무 불이행에 대해 타방이 손해배상을 청구하는 경우 그 내용은 계약상의 채무가 전환된 것으로서 배상의무자측에서도 예견할 수 있는 것이지만, 당사자가 예측하지 않은 불의의 사고로 인한 불법행위의 경우에는 배상의 범위를 비롯하여 피해자가 과연 배상청구를 할 것인가의 여부도 불분명하다. 그런데 가해자를 알고 있는 배상청구권자 상당한 기간 내에 권리행사를 하지 않는다면 배상청구권자의 그러한 태도로 말미암아 배상의무자는 배상청구권자 자신의 불법행위를 용서했거나 또는 배상의 필요성을 인정하지 않는다는 이유에서 배상청구를 단념한 것으로 신뢰하는 것이 자연스럽고, 그 신뢰는 일응 정당한 것으로 평가할 수 있다는 것이다. 민법상 3년의 단기시효기간은 이러한 신뢰를 정당화하는 시간적 한계를 규정한 것으로 이해할 것을 주장한다.²³⁾

불법행위시효의 근거를 이렇게 해석한다면 그 기간은 손해배상청구권이 객관적으로 존재하고 있음을 전제로 하여 그 권리행사를 제한하는 제도라고 이해하게 되는 것이다. 또한 권리의 명확한 존재를 전제로 하고 일정한 시점(피해자의 권리존재 인식 등)으로부터 장래에 향하여 권리행사를 제한하려는 구조로 말미암아 이 단기시효는 “시효”라는 법기술(수용, 중지, 정지 등의 가능성)을 채용하면서도 그 실질은 오히려 제척기간에 가깝다고 해석한다.²⁴⁾

23) 内池慶四郎, 전계논문(起算點), 142-143면.

3. 우리나라 학설

현재 우리나라에는 위 각 견해 가운데 의무자의 신뢰보호에 주안점을 두는 설이 일반적인 소멸시효제도의 원리와도 상통하고 실제 제도 운용에 관해서도 지침을 제공할 수 있다는 견해,²⁵⁾ 위 각 견해는 단기소멸시효제도에 관하여 고려되어야 할 점을 각각 지적하고 있지만 어느 하나의 주장이 결정적인 근거를 제시하고 있는 것으로 보이지는 않고, 그 근거에 관한 입장의 차이가 사실상 단기소멸시효의 기산점 산정에 관한 실제 적용에 있어서 그다지 큰 영향은 미치지 않고 있는 듯하며, 오히려 시효가 완성되어 손해배상청구권을 상실하게 된 피해자와 시효이익을 받게 될 가해자 중 어느 쪽의 보호에 치중할 것인가 하는 가치판단이 구체적인 해석을 좌우하는 것으로 생각된다는 견해,²⁶⁾ 피해자의 주관적 인식을 전제로 피해자의 감정의 진정과 가해자의 신뢰, 그리고 불법행위로 인한 손해배상청구권의 특수성을 고려하여 법률관계를 신속히 확정하고자 하는 데 그 취지가 있다고 보아야 한다는 견해²⁷⁾ 등이 있다.

4. 판례의 태도

한편, 우리 대법원은 2004. 10. 28.자 2004카기119 결정에서 민법 제766조 제 1항에 대한 위헌법률심판제청신청을 기각하면서 “민법 제766조 제 1항의 단기소멸시효규정은 불법행위에 기한 법률관계가 통상 미지의 당사자 간에 예기하지 못한 우연의 사고에 기하여 발생하는 것이기 때문에 가해자는 손해배상청구를 받을지 여부나 배상책임을 지게 될 범위 등이 분명하지 않아 극히 불안정한 입장에 있으므로, 피해자가 손해 및 가해자를 알고 있는 경우에는 상당한 기간 안에 그 권리를 행사하게 하고, 상당한 기간 안에 권리를 행사하지 않을 때에는 손해배상청구권을 시효에 걸리게 하여 가해자를 보호함과 동시에 피해자의 입장에서도 손해 및 가해자를 알고 있는 경

24) 内池慶四郎, 전거서(消滅時效), 221면.

25) 민법주해(XIX) 채권(12), 박영사, 2005, 371-372면.

26) 이상욱, 전거논문, 599-600면.

27) 이기용, “불법행위에 있어서의 소멸시효,” 비교사법 12권 4호(통권31호), 한국비교사법학회(2005. 12.), 237면.

우에는 가해자를 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사하는 데 어려움이 없을 것이라는 점을 고려한 규정”이라고 판시하였다.

또한, 그 후 위 조항의 위헌을 주장하며 제기된 헌법소원에 대하여 헌법재판소 2005. 5. 26.자 2004헌바90 결정은 “불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 불법행위에 기한 법률관계가 통상 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생하는 것이므로 가해자는 언제 손해배상청구를 받을지 얼마나 손해배상책임을 지게 될지 등이 분명치 아니하여 극히 불안정한 지위에 놓이게 되므로 피해자가 손해 및 가해자를 알면서도 상당한 기간 동안 권리를 행사하지 아니하는 때에는 손해배상청구권을 시효에 걸리게 하여 가해자를 보호할 필요가 있는 점 등의 고려에 의하여 민사상의 법률관계의 안정을 도모하고 증거보전의 곤란을 구제함으로써 민사 분쟁의 적정한 해결을 위하여 이 사건 법률조항이 존재하므로 그 입법목적의 정당성은 인정되고, “결국 이 사건 법률조항의 단기소멸시효는 피해자나 그 법정대리인이 ‘피해 및 가해자를 안 때에는 그 권리행사가 그만큼 용이하여 불법행위로 인한 손해배상청구권과 관련된 민사상의 법률관계를 조속히 안정시키기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있고 시효기간도 입법형성권을 자의적으로 행사하여 지나치게 단기로 정한 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항이 불법행위 피해자들의 재산권을 합리적 이유 없이 지나치게 제한함으로써 헌법 제37조 제 2 항의 기본권제한의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다”라고 판시하였다.²⁸⁾

IV. 계속적 불법행위의 소멸시효 기산점

1. 문제의 소재

계속적 불법행위란 타인의 토지를 불법점유하고 있거나, 공장에서 배출되는 유해물질로 인한 대기오염과 같이 불법행위 그 자체가 계속되며 그에 따른 손해도 계속적

28) 송혜정, “일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점”, 민사판례연구 31권(2009. 02), 박영사, 136면.

으로 발생하는 경우를 말한다.²⁹⁾ 가해건물의 신축으로 인한 위법한 일조방해는 가해건물이 일단 완공된 후에도 가해건물이 존속하는 한 같은 수준으로 계속된다는 점에서 일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점은 계속적 불법행위의 소멸시효 기산점과 관련하여 논의되는 경우가 많다. 그러므로 계속적 불법행위의 소멸시효 기산점에 관한 학설과 판례에 대해 먼저 검토해 보기로 한다.

2. 학 설

계속적 불법행위의 소멸시효 기산점을 언제로 보느냐에 대해서는 다음과 같은 세 가지 학설이 있다.³⁰⁾ 첫째, 전부진행설은 손해의 진행이 종료한 때를 전 손해의 소멸시효의 기산점으로 보는 견해이다. 둘째로 개별진행설은 계속적 불법행위는 각개의 불법행위가 집합연결되어 있는 것이므로 각개의 침해행위에 있어서 시시각각 손해배상청구권이 발생하고 소멸시효가 시작된다는 견해이다. 셋째로 분류설은 손해발생이 누적적인지 여부 및 손해가 가분적인지 여부 등 손해의 유형, 손해의 태양, 피해자의 인식 등을 개별적으로 검토하여 기산점을 정하여야 한다는 견해이다.

3. 판 례

(1) 우리 판례의 입장

이에 관하여 대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 전원합의체 판결은 “본건 불법행위로 인하여 원고의 본건 토지에 관한 소유권이 상실되어 원고에게 인도가 불가능하다면 피고의 가해행위는 종료하고 그 후에 손해만 계속하는 것이므로 원고 주장의 손해배상청구권의 소멸시효는 원고가 최초에 손해 및 가해자를 안 때부터 그 손해전부의 배상청구권에 관하여 진행한다고 할 것이나, 그러하지 않고 원고의 본건 토지에 관한 소유권이 상실되지 아니하였다면 피고의 불법행위는 계속하여 이루어지고 그로 인하

29) 이상욱, 전제논문, 586-587면.

30) 민법 채권각칙[8](김홍엽 집필부분), 628-630면.

여 손해도 계속 발생하여 나날이 새로운 불법행위에 기인한 손해가 발생하는 것이라고 할 것이고, 따라서 민법 제766조의 적용에 관하여서는 나날이 발생한 새로운 각 손해를 안 날로부터 별개로 소멸시효가 진행된다"라고 판시하였고, 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결은 "불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다"라고 판시하였다.

(2) 일본 판례의 입장

일본의 경우, 대심원 1940. 12. 14. 연합부 판결이 "가해행위가 종결된 이후에 손해만이 계속되는 경우와, 가해행위 자체가 계속되고 그로 인한 손해도 계속되는 경우를 나누어서, 전자에 대해서는 피해자가 실제로 인식한 손해와 견련 일체를 이루는 손해로서 당시 그 발생이 예견가능한 것에 대하여는 전부 피해자에게 인식된 것으로 다루어 일률적으로 그 전 범위에서 시효가 진행되는 것으로 할 것이지만, 후자에 대해서는 실제로 각 손해를 알게 된 시점부터 별개로 시효가 진행되는 것으로 인정해야 한다"라는 취지로 판시한 이후 그 판례취지가 유지되고 있다.³¹⁾

4. 검 토

이상에서 본 바와 같이 우리나라와 일본의 판례는, '1회적 가해행위로 인하여 손해 역시 1회적으로 즉시 성립하는 불법행위 유형'의 경우 가해행위의 종료시점부터 바로 소멸시효가 진행되는 것으로 파악하고, '가해행위가 계속적으로 행하여지는 결과 그 손해 역시 계속적으로 발생하는 전형적인 계속적 불법행위 유형'의 소멸시효 기산점에 관하여는 원칙적으로 개별진행설을 취하고 있지만, 이와는 달리 '가해행위는 일회로써 종결하나 손해의 발생이 계속적인 불법행위 유형'의 경우, 피해자가 실제로 인식한 손해와 견련 일체를 이루는 손해로서 당시 일반적으로 그 발생이 예견 가능한 것

31) 内池慶四郎, 전거서(消滅時效), 221면.

에 대하여는 전부 피해자에게 인식된 것으로 취급하여 일률적으로 그 전 범위에서 가해행위의 종료시점부터 바로 소멸시효가 진행되는 것으로 파악하고 있는 것이다.³²⁾

V. 일조권 침해로 인한 불법행위의 유형

1. 문제의 소재

불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점을 정하기 위해서 먼저 일조권 침해로 인한 불법행위가 어떠한 유형에 속하는지를 검토해 볼 필요가 있다. 계속적 불법행위 내지 소유권 침해의 유형을 보면, ① 원칙적으로 장소적 이동이 가능한 사람이나 동산 등이 직접 '가해행위의 객체'가 되었음을 이유로 일반적인 불법행위 내지 소유권 침해 등이 성립하는 유형(이하 '① 유형'이라 한다)과, ② 이와는 달리 장소적 이동이 불가능한 인접 토지 등 부동산이 '가해행위의 객체'가 되는 유형(이하 '② 유형'이라 한다)으로 구분할 수 있다.³³⁾

2. ② 유형에 관한 독일의 접근방식과 일본 및 우리나라의 '위법성 2원론'에 대한 검토

(가) 독일의 접근방식³⁴⁾

독일에서는 장소적 이동이 불가능하다는 부동산의 본질적 특성을 감안하여, 그 상린관계에서 발생하는 소음 등에 의한 ② 유형 권리 침해에 관하여 다음과 같이 발생하는 소음의 정도에 따라서 법적 규율을 달리하고 있다.

32) 김시철, "건물신축으로 인한 일조방해의 법적 성격과 이로 인한 불법행위 손해배상청구권의 소멸시효 기산점", 대법원판례해설 75호(2008 상반기)(2008. 12), 228면.

33) 김시철, 전계논문, 245면.

34) 김재형, "소유권과 환경보호 - 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로 -", 한국민법이론의 발견 (1), 무암 이영준 박사 화갑기념논문집, 박영사(1999. 1.), 320면.

㉠ 먼저 가해 토지에서 발생하는 소음이 객관적으로 피해토지의 이용을 방해할 정도에 이르지 않으면 그 자체로 적법하고, 아무런 보상조치가 수반되지 아니한다.

㉡ 한편, 객관적으로 피해 토지에 대하여 비본질적인(경미한) 방해만을 초래하거나(독일 민법 제906조 제1항), 본질적인 방해를 초래하기는 하지만 가해 토지의 상례적인 이용에 의하여 발생하고 또한 가해 토지의 사용자가 경제적으로 기대될 수 있는 조치에 의하여서는 그 발생을 막을 수 없는 소음의 경우 일단 적법한 것으로 보되, 다만 피해 토지 소유자의 일반적인 수인한도를 초과하는 경우에는 적절한 금전보상조치가 이루어질 수 있으며(독일 민법 제906조 제2항), 독일 민법 제906조 제2항이 적용되는 한도 내에서는 제823조의 불법행위 손해배상청구권이 배제된다.

㉢ 그리고 객관적으로 본질적인 방해를 초래함에도 불구하고 ㉡ 요건을 구비하지 못한 소음의 경우에는 피해 토지에 대한 물권적 침해가 되기 때문에, 피해자는 불법행위 손해배상청구권은 물론이고(독일 민법 제823조 다만 가해자의 주관적 요건 등에 대한 입증 필요함), 가해자에 대하여 물권적인 방해배제청구권 또는 부작위청구권을 행사할 수도 있다.

즉, 독일법의 관점에서는 ㉠, ㉡에 해당하는 소음을 발생하는 행위는 적법행위로, ㉢의 경우는 위법행위로 각각 분류되고, 일단 위법행위로 분류되면 피해자는 필요한 입증을 통하여 불법행위 손해배상청구권과 물권적 방해배제청구권을 모두 행사할 수 있기 때문에, 이론적으로 명쾌한 설명이 가능하다.

(나) 일본의 접근방식

일본 민법에는 상린관계에 따른 임미시온에 대한 규율을 하는 독일 민법 제906조, 우리 민법 제217조에 상응하는 규정이 없다.³⁵⁾ 그러나 부동산의 본질에 비추어 그 상린관계에서 발생하는 소음 등에 관하여는 '무단점거' 등과 같은 전형적인 소유권침해와 다른 법적 규율이 필요하다는 관점에서, 이에 대하여 독일 이론을 변용한 '위법성 2원론', '사회통념상 수인한도' 등의 법리를 적용해야 한다는 견해가 통설·판례의 입장으로 정착하였다.

35) 민법주해(V) 물권(2)(유원규 집필부분), 박영사, 1999, 296면.

구체적으로 살펴보면, 일본에서도 독일법상 ㉠에 해당하는 소음발생은 적법한 것으로 처리할 수 있고, ㉡에 해당하는 소음이 발생하면 피해자에게 불법행위 손해배상 청구권과 물권적인 방해배제청구권을 모두 인정할 수 있으므로, 별다른 논란이 발생하지 않을 것이다.

다만, 독일법상 ㉡에 해당하는 수준의 소음 발생을 어떻게 처리할 것인지에 대하여는 이론적·실무적으로 논란이 될 수 있다. 상린관계에서 발생하는 소음 등에 관하여는 ‘무단점거’ 등과 같은 전형적인 소유권침해와 다른 법적 규율이 필요하다는 것은 독일의 경우와 마찬가지로 때문이다. 그런데 일반적으로 임미시온의 발생과 같은 적극적 생활방해의 경우(무단점거 등에 비하여) 상대적으로 약한 권리침해라는 점을 고려한다면, ㉡에 해당하는 소음에 관하여 전면적으로 물권적 방해배제청구권을 인정하는 것은 이를 전형적인 소유권침해와 동일하게 취급하는 결과를 초래하기 때문에 문제이다. 그렇다고 해서 피해자에게 아무런 구제방법을 제공하지 아니하는 것은 피해자에게 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다. 일본에서 ㉡에 해당하는 소음의 발생 등에 관하여 불법행위 손해배상청구권이 인정될 수는 있지만 물권적 방해배제청구권은 인정되지 않는다는 ‘위법성 2원론’이 정착된 것은 위와 같은 입법의 흠결과 제반 사정 등을 종합적으로 고려한 선택의 결과라고 할 수 있다.³⁶⁾

(다) 우리나라의 기존 실무

우리 민법의 해석에 관하여도, 독일법상 ㉠과 ㉡에 해당하는 소음에 관해서는 별다른 논란이 없을 것이다.

문제는 독일법상 ㉡에 해당하는 수준의 소음이 발생한 경우이다. 임미시온에 관한 특별규정이 없는 일본 민법의 경우와 달리, 우리 민법 제217조 제1항은 “토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것으로 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치를 할 의무가 있다(제1항). 이웃거주자는 전항의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있다(제2항)”라고 규정하고 있기 때문에, ‘토지소유자의 적당

36) 유원규, 전거서, 311면.

한 조치'를 확대해석하면 독일과 유사하게 '손실보상'을 할 수 있다는 해석이 완전히 불가능하다고 단정할 수는 없다.³⁷⁾ 그러나 우리 민법에서 손실보상청구를 명시하지 아니한 이상 문리해석의 원칙에 비추어 이러한 손실보상청구는 불가능하다는 것이 지배적인 학설이었고,³⁸⁾ 실무에서도 손실보상청구가 인용된 사례는 발견하기 어렵다.

이러한 이유로 우리 실무는 일본의 '위법성 2원론'의 법리를 원용하여 ㉠에 해당하는 소의 발생에 관해서는 불법행위 손해배상청구권만 인정하고, 물건적 방해배제청구권은 배척하는 태도를 취함으로써 구체적 타당성을 모색하게 된 것으로 판단된다.

3. 일조방해에 관한 '가해행위의 객체'에 따른 유형분류

(1) 일조방해에 관한 ①, ② 유형의 분류

예컨대, ① 가해 토지 위에 갑자기 설치된 일시적인 높은 장막으로 인하여 일조량이 현저하게 감소한 결과 인근 피해 토지상에 거주하는 사람의 건강이 훼손되거나 그 소유의 화분 화초(동산)가 폐사한 경우 등은 사람 및 동산을 직접 '가해행위의 객체'로 하는 ① 유형에 해당할 것이다. 반면에, ② 가해 토지상에 신축된 건물로 인하여 인근 피해 토지상에 드리워지는 일영이 증가하고 그 일조방해의 정도가 '사회통념상 수인한도'를 초과하여 토지사용상의 생활불편이 발생한 경우 피해 토지의 소유권이 침해되는 ② 유형으로 분류할 수 있다.

(2) 일조방해에 관한 ①, ② 유형의 특성 등

한편, ① 유형 일조방해의 경우 일반적인 불법행위(민법 제750조) 내지 소유권침해의 법리(민법 제214조)에 따라서 해당 일조방해로 인하여 개인적인 건강훼손 등이 발생하였는지 여부를 검토하는 등 특정 법익에 대한 구체적·개별적인 손해의 발생 및 이에 관한 상당인과관계 등을 살펴보아야 할 것이고, 이와는 달리 ② 유형에 관하여

37) 주석 민법, 채권각칙[8] 불법행위의 제유형[환경침해(전경운 집필부분)], 157면.

38) 유원규, 전거서, 311면.

는 '위법성 2원론' 등의 법리(민법 제217조)에 따라서 피해 토지의 소유권이 침해되었는지 여부를 따져보아야 할 것이다.

그리고 ② 유형에 관해서는 피해 토지가 '나대지'인 경우에도 손해배상청구권 등을 인정할 수 있을 것이다.³⁹⁾ 주거지역에 새로 들어선 고층건물의 일영으로 인하여 부근의 일조량이 대폭 감소하여 인근 주택과 나대지의 시가가 폭락한 경우, 피해를 입은 인근 나대지의 소유자에게도 ② 유형 불법행위에 관하여 인근 주택의 소유자와 동일한 형태의 구제수단을 제공해야 하는 것이 당연하기 때문이다.⁴⁰⁾

같은 맥락에서, 가해 토지상의 건물 신축으로 인한 일영의 증가로 인하여 ① 피해 주택에 거주하는 소유자에게 구체적인 건강 훼손이 발생하고, 그 소유의 회복·회초가 폐사하였을 뿐만 아니라, ② 피해 주택의 시가까지 폭락한 경우, ① 유형 불법행위와 ② 유형 불법행위가 동시에 경합적으로 발생할 것이고, 피해자는 필요한 주장·입증을 통하여 모든 손해에 관하여 배상을 받을 수 있을 것이다.

4. 일조방해에 관한 ①, ② 유형 불법행위로 인한 손해의 발생과 범위 등

(1) ② 유형 불법행위로 인한 재산적·정신적 손해에 관하여

일조방해에 관하여 ② 유형 불법행위의 성립을 주장하는 것은 원칙적으로 재산적 법익에 해당하는 피해 부동산의 소유권이 침해되었다는 취지이기 때문에, 그러한 재산상 손해가 진보되는 경우 특별한 사정에 관한 주장·입증을 하지 않는 이상 이에 관하여 별도의 위자료청구가 허용된다고 보기는 어렵다.⁴¹⁾

일부에서는 ② 유형 일조방해로 인한 정신적 고통은 재산권 침해로 인한 것이 아니라 일조방해로 야기된 주거환경 악화로 인한 정신적 고통을 의미하므로, 재산적 손

39) 山口和男, 일조권소송의 실무, 신일본법규출판 주식회사, 581면.

40) 이동원, "일조권 침해에 관한 판례의 동향", 민사법학, 한국민사법학회 간행(2005. 3.), 269-170면.

41) 재산적 법익침해의 특성 및 그 손해배상청구의 일반원칙에 관하여 대법원 1992. 5. 26. 선고 91나 38334 판결 등을 비롯한 확립된 판례는, "일반적으로 타인의 불법행위에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 청구할 수 있다"라고 판시하고 있다.

해와 별도로 정신적 손해를 인정할 수 있다는 취지의 주장을 하고 있으나,⁴²⁾ 이러한 주장은 ① 유형 불법행위와 구별되는 ② 유형 불법행위의 특성을 제대로 인식하지 아니한 것으로서 상당한 오해의 소지가 있는 것으로 판단된다.

한편, 실무에서는 당사자가 ② 유형 불법행위에 관하여 재산상 손해를 청구하지 아니하는 대신에 이를 정신적 고통의 위자에 참작하여 달라고 주장하는 경우 이를 수용하여 위자료를 산정하는 사례가 있는데,⁴³⁾ 이러한 실무도 적절하다고 할 수 없다. 재산적 법익의 침해를 이유로 하는 불법행위에 관하여 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 손해의 전보를 피하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없고, 재산상 손해액의 확정이 불가능한 예외적인 사안에 한정하여 위자료의 보완적 기능을 인정할 수 있다는 것이 우리 판례의 입장이기 때문이다. 그러므로 만일 법원이 ② 유형의 손해인 '토지사용상의 단순한 생활불편'만 인정되는 사안에서 특별한 사정에 대한 심리 없이 피해자에 대한 위자료 지급을 명하는 경우, ② 유형과 ① 유형을 혼동하였다는 비판이 제기될 수 있기 때문에, 실무적으로 각별한 주의가 필요하다.⁴⁴⁾

(2) ① 유형 불법행위로 인한 재산적·정신적 손해에 관하여

한편, ① 유형 불법행위의 청구원인은 특정한 일조방해 행위로 인하여 '가해행위의 객체'인 사람이나 동산에 대하여 직접 구체적·개별적인 인격권 침해 등이 발생하였다는 것이므로, 일반적인 불법행위의 법리에 따라서 피해자는 자신에게 구체적으로 어떠한 손해가 발생하였는지, 이러한 개별적 손해와 일조방해 사이에 상당인과관계가 인정되는지, 가해자에게 예견가능성이 있는지 등을 개별적·구체적으로 주장·입증해야 할 것이다. 즉, 피해 토지의 사용에 관하여 객관적으로 '사회통념상 수인한도'를 초과하는 통상적인 생활불편을 야기하는 일조방해가 있었다는 사정만으로 ① 유형 불법행위에 관한 손해가 발생하였다고 볼 수는 없는 것이다.

42) 이응세, "일조권 침해와 환경소송," 재판자료 제95집(환경법의 제문제 하), 295면.

43) 손윤하, "환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제-일조, 조망 및 생활소음 중심으로", 저스티스(2004. 10.), 137면.

44) 김시철, 전게논문, 249면.

그러므로 일조방해에 관한 ① 유형 불법행위 사건에서, 법원이 위와 같은 개별적·구체적인 손해, 상당인과관계, 예견가능성 등을 구체적으로 심리하지 아니한 채 재산적·정신적 손해에 관한 배상청구를 인용해서는 안 된다.

그리고 일조방해로 인한 위자료의 인정 여부가 청구인이 피해 토지상에 실제로 거주하였는지 여부에 좌우되는지에 관하여 긍정설과 부정설이⁴⁵⁾ 대립하고 있다. 이러한 견해대립이 청구인의 인격적 법익의 침해를 이유로 한 ① 유형에 한정되는 것이라면 부정설을 수증할 여지가 있지만, ② 유형 불법행위의 경우 '나대지' 소유자의 손해 배상청구권을 부정할 만한 법리적 근거가 없기 때문에 ② 유형에서는 청구인의 실제 거주 여부가 결정적인 의미를 가진다고 할 수는 없을 것이다.

(3) ① 유형과 ② 유형이 결합된 경우의 손해배상청구에 대하여

피해 토지의 소유자가 그 지상에 거주하고 있는 동안에 일조방해가 발생함으로써 ① 유형 불법행위와 ② 유형 불법행위의 성립이 결합될 수 있는 사안에서, ② 유형에 관하여 객관적으로 사회통념상 수인한도를 초과하는 일조방해가 인정되는 경우, 종래 실무에서 소유자 겸 거주자가 ① 유형의 개별적·구체적인 인격권 침해에 대해서도 일종의 입증을 한 것으로 보아 그에 관한 위자료청구까지 인용한 사례가 없지 않았다.

그러나 손윤하 전 부장판사는 이에 관하여 “수인한도를 넘는 일조침해가 모든 사람에게 일률적으로 정신적인 고통을 유발하는지, 즉 인과관계가 있는지는 의문이나 현재의 실무에서는 경험적으로 인정하고 있다. 이 점에 있어서는 의학적인 연구나 적어도 역학적 연구가 절실히 요구된다고 하겠다”라고 정리하고 있는데,⁴⁶⁾ 이는 ① 유형에 관하여 (통상적인 토지사용에 관한 생활불편과는 차원을 달리하는) 개별적·구체적인 손해의 발생 및 인과관계 등을 구체적으로 심리하지 아니하고 손해배상청구를 인정하거나 혹은 ② 유형에 관하여 특별한 사정에 대한 심리를 제대로 하지 않은 채 위자료청구를 인정하던 일부 실무관행의 타당성에 대하여 의문이 있음을 자인하는 취

45) 이동원, 전계서, 272면; 이용세, 전계서, 296면 참조.

46) 손윤하, 전계논문, 137면.

지이다. 위에서 본 바와 같이 ① 유형과 ② 유형은 이론적·실무적으로 구별되는 것이므로, 향후 적절한 실무처리가 요망된다.⁴⁷⁾

5. 일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점

구체적으로 일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점을 어떻게 파악할 것인가에 대하여 우리나라와 일본에서는 그동안 다음과 같은 견해들이 제시되어 왔다.

먼저, 일조방해를 계속적인 불법행위로 보고 재산상 손해와 정신적 손해 모두 나날이 새로 발생하는 것으로 보아 각 손해를 안 날로부터 별개로 소멸시효가 진행된다는 견해이다.⁴⁸⁾

다음으로, 재산상의 손해 및 이로 인한 위자료 청구의 경우에는 가해건물의 골조 완성이 이루어지면 그 손해가 확정되므로 골조 완성시부터 소멸시효가 진행되고, 인격권의 침해로 인한 위자료 청구의 경우에는 나날이 새로운 불법행위가 있는 것으로 보아 각 손해를 안 날로부터 별개로 소멸시효가 진행된다는 견해이다. 이 견해가 종래 서울중앙지방법원 환경전담 재판부의 사건 처리 기준이었다.⁴⁹⁾

또한, 물건 침해로 인한 재산상 손해는 가해건물의 골조 완성시부터 소멸시효가 진행된다고 보는 점에서는 위의 견해와 같으나, 인격권 침해로 인한 정신적 손해의 경우에는 일조방해가 계속되는 한 소멸시효에 걸리지 않는다고 보는 견해도 있다.⁵⁰⁾

일본의 하급심 판결 중에는 일조방해로 인한 위자료 청구사건에서, 가해건물이 존재하는 한 나날이 피해를 발생시키는 불법행위를 구성하는 것이기 때문에, 이미 소멸시효에 걸린 것을 제외하고, 가해건물의 존재가 계속되는 한 불법행위를 구성하고 그 손해는 나날이 발생한다고 보는 것이 정당하다고 판단한 사례가 있다.⁵¹⁾ 다만, 이 판결의 사안이 철거의무까지 인정되는 사안인지 여부는 명확하지 않다.

47) 김시철, 전계논문, 251면.

48) 서울중앙지방법원 2001. 1. 30. 선고 99가합62437, 2000가합86897(병합) 판결.

49) 손윤하, 전계논문, 139면.

50) 엄정옥, “일조권·조망권의 침해와 그 사법적 구제방안,” 부산법조론집, 부산지방변호사회(창간호), 72면; 이응세, 전계논문, 302-304면.

51) 고송고재 소화 58년 9월 20일 판결, 판례타임즈 510호 130면.

VI. 대상판결의 검토

1. 불법행위의 유형 및 손해배상 범위

대상판결은 기존의 원고 건물 인근에 피고 건물이 들어섬으로 해서 일영이 발생하여 원고 건물의 일조권이 침해된 사례로서 ㉔ 유형의 불법행위에 해당한다.

손해배상의 범위가 어느 정도인지를 살펴 보면, ㉔ 먼저 가해 토지에서 발생하는 일영이 객관적으로 피해토지의 이용을 방해할 정도에 이르지 않으면 그 자체로 적법하고, 아무런 보상조치가 수반되지 아니한다. ㉕ 한편 가해 토지에서 발생하는 일영이 객관적으로 피해 토지에 대하여 비본질적인(경미한) 방해만을 초래하거나(독일 민법 제906조 제1항), 본질적인 방해를 초래하기는 하지만 가해 토지의 상례적인 이용에 의하여 발생하고 또한 가해 토지의 사용자가 경제적으로 기대될 수 있는 조치에 의하여서는 그 발생을 막을 수 없는 불법행위의 경우라면 일단 적법한 것으로 보되, 다만 피해 토지 소유자의 일반적인 수인한도를 초과하는 경우에는 불법행위 손해배상 청구권만 인정하고, 물권적 방해배제청구권은 배척하는 태도를 취할 수 있다. (위법성 2원론) ㉖ 만일 그렇지 않다면, 즉 객관적으로 본질적인 방해를 초래함에도 불구하고 위 요건을 구비하지 못한 경우에는 피해 토지에 대한 물권적 침해가 되기 때문에, 피해자는 불법행위 손해배상청구권은 물론이고(독일 민법 제823조 다만 가해자의 주관적 요건 등에 대한 입증 필요함), 가해자에 대하여 물권적인 방해배제청구권 또는 부작위청구권을 행사할 수도 있다.

대상판결의 경우 다수의견에서는 가해 토지에서 일영이 발생하여 객관적으로 피해 토지의 이용을 방해하고 있다고 보므로 ㉔의 경우는 아니다. 그렇다면 그 일영이 피해 토지 소유자의 비본질적이거나 상례적인 이용에 의하여 발생하는 것인지를 살펴 보아 그 범위를 정하여야 할 것인데, “이 사건 아파트 부지에 발생한 일조방해의 정도는 사회통념상 일반적으로 인용해야 할 수인한도를 초과하는 것이지만 그 위법성의 정도가 피고에게 철거의무를 부과해야 할 정도에 이르지 않는다”고 보아 ㉕의 경우는 아니고, ㉖의 경우에 해당하여 철거의무를 부과하지 않고 손해배상청구권만을 인정하였다.

여기에 대해서는 반대의견도 견해를 같이 한다. 다만 재산적 손해와 정신적 손해를 같이 취급할 것인지 다르게 할 것인지에 관하여 견해가 나뉜다.

2. 재산적·정신적 손해에 관하여

(1) 다수 의견

일반적으로 위법한 건축행위에 의하여 건물 등이 **준공되거나 외부골조공사가 완료 되면** 그 건축행위에 따른 일영의 증가는 더 이상 발생하지 않게 되고 해당 토지의 소유자는 그 시점에 이러한 일조방해행위로 인하여 현재 또는 장래에 발생 가능한 **재산상 손해나 정신적 손해 등을 예견할 수 있다**고 할 것이므로, 이러한 손해배상청구권에 관한 민법 제766조 제1항 소정의 소멸시효는 원칙적으로 그 때부터 진행한다.

(2) 반대 의견

위법한 일조방해행위로 인한 피해 부동산의 시세 하락 등 재산상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 가해 건물이 완성될 때 일회적으로 발생한다고 볼 수 있으나, 위법한 일조방해로 직사광선이 차단되는 등 생활환경이 악화됨으로써 피해 건물의 거주자가 입게 되는 **정신적 손해는 가해 건물이 존속하는 한 날마다 계속적으로 발생**한다고 보아야 하므로, 그 위자료 청구권의 소멸시효는 가해 건물이 피해 부동산의 일조를 방해하는 상태로 존속하는 한 날마다 개별적으로 진행한다.

(3) 검토

우리나라와 일본의 판례는, ㉠ '1회적 가해행위로 인하여 손해 역시 1회적으로 즉시 성립하는 불법행위 유형'의 경우 가해행위의 종료시점부터 바로 소멸시효가 진행되는 것으로 파악하고, ㉡ '가해행위가 계속적으로 행하여지는 결과 그 손해 역시 계속적으로 발생하는 전형적인 계속적 불법행위 유형'의 소멸시효 기산점에 관하여는

원칙적으로 개별진행설을 취하고 있지만, ㉔ 이와는 달리 ‘가해행위는 일회로써 종결 하나 손해의 발생이 계속적인 불법행위 유형’의 경우, 피해자가 실제로 인식한 손해와 견련 일체를 이루는 손해로서 당시 일반적으로 그 발생이 예견 가능한 것에 대하여는 전부 피해자에게 인식된 것으로 취급하여 일률적으로 그 전 범위에서 가해행위의 종료시점부터 바로 소멸시효가 진행되는 것으로 파악한다.

대상판결에서 소수의견은 ㉔ 구조의 계속적 불법행위에 해당한다는 입장을 취하는 반면, 다수의견은 피고의 아파트 신축행위를 1회적인 가해행위로 파악하고 그로 인하여 원고들에게 발생하게 되는 일반적으로 예견 가능한 성격의 손해를 1회적으로 발생하는 손해(㉑ 구조)로 보았다.⁵²⁾

그러나 하나의 건축행위로 인하여 발생하는 재산적 손해와 정신적 손해가 모두 일반적으로 예견 가능하였던 이 사건에서, 양자의 소멸시효에 관하여 각각 서로 다른 법리가 적용된다고 볼 만한 근거가 없고, 다수의견과 실질적으로 차이가 있는 위자료 청구 부분에 한정하여 이를 계속적 불법행위로 파악함으로써 이를 두텁게 보호해야 할 필요성이 있다고 보기도 어렵다.⁵³⁾

그리고 ㉒ 유형 불법행위의 성립을 주장하는 것은 원칙적으로 재산적 법익에 해당하는 피해 부동산의 소유권이 침해되었다는 취지이기 때문에, 그러한 재산상 손해가 전보되는 경우 특별한 사정에 관한 주장·입증을 하지 않는 이상 이에 관하여 별도의 위자료청구가 허용된다고 보기는 어렵다. 판례(대법원 1992. 5. 26. 선고 91다38334 판결 등)도 재산적 법익침해의 특성 및 그 손해배상청구의 일반원칙에 관하여, “일반적으로 타인의 불법행위에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 청구할 수 있다”라고 판시하고 있다.

52) 이에 대해 원심판결은 ‘계속적으로 발생하는 손해’(㉔ 구조)로 보았다.

53) 김시철, 전게논문, 263면.

3. 대상 판결의 검토 - 반대 의견 중심으로

반대의견은 다수의견 중 일조방해로 인한 정신적 손해의 손해배상청구권에 관하여도 가해건물의 완성 시점부터 소멸시효가 진행된다는 부분을 비판하면서 다음과 같은 점들을 지적하고 있는데, 이에 대해 검토해 본다.

(1) 먼저 위법한 일조방해로 인하여 직사광선이 차단되는 등 생활환경이 악화됨으로써 피해 건물의 거주자가 입게 되는 정신적 손해는 가해건물이 존속하는 한 날마다 계속적으로 발생하는 것으로 보아야 한다는 점에 대하여, 위법한 일조방해로 인한 정신적 손해가 가해건물이 존속하는 한 계속되는 것은 사실이나, 손해가 계속된다는 것이 곧바로 가해행위 자체가 계속된다는 것을 의미하지는 않는다. 위법한 일조방해를 가져오는 건물의 존재 자체를 불법행위라고 해석할 수도 있겠으나, 앞서 언급한 바와 같이 철거의무는 인정되지 않으나 손해배상의무는 인정되는 일조방해의 존재를 인정하는 한 다수의견과 같이 가해행위는 일회적으로 종료되고 그 후에는 손해만이 계속된다고 보는 편이 논리적으로 일관된다고 할 것이다. 철거의무가 인정되지 않는 경우 건물의 존속 자체는 법률상 허용되는 것이기 때문이다.⁵⁴⁾

종래 정신적 손해에 대한 손해배상청구권은 낱일이 새로 발생하여 각별로 소멸시효가 진행된다고 하였던 견해에서도 계속적인 분쟁을 해결하기 위하여 반복되는 손해배상청구의 경우 수인한도를 최초의 청구보다 높게 정할 수 있는지도 검토되어야 할 것이라고 지적하고 있고,⁵⁵⁾ 가해건물이 존속하는 한 정신적 손해에 대한 손해배상청구권의 시효는 진행하지 않는다는 견해에서도 피해자가 언제든지 위자료를 청구할 수 있도록 한다면 가해건물측의 법률상 지위를 매우 불안정하게 한다는 이유로 가해건물 완공 후 오랜 기간 동안 일조 피해를 주장하지 않다가 뒤늦게 위자료를 청구하는 경우에는 이미 일조방해의 결과를 수인하였다고 볼 수도 있을 것이라고 하는 등⁵⁶⁾ 위자료 청구소송이 반복적으로 제기되거나, 건물 완공 이후 오랜 시간이 지난 후에야 비로소 소송이 제기되는 경우 어떻게 피해자와 가해자의 이해를 조정할 것인가 하는

54) 송해정, 전계논문, 146면.

55) 손윤하, 전계논문, 137-138면.

56) 이용세, 전계논문, 303-304면.

문제를 제기하여 온 점을 고려하여 보면, 반대의견이 반드시 다수의견보다 충실하게 정신적 손해를 배상하는 결과를 보장할 것이라고 보기는 어렵다.

(2) 일조방해라는 동일한 가해행위에 대하여 단지 일조방해의 정도가 중대하다는 이유만으로 그 성질이 계속적 불법행위로 변하여 불법행위의 성립시거나 소멸시효 진행이 달라진다는 것이 불합리하다는 점에 대하여, 일조방해의 정도가 중대하여 철거의무까지 인정되는 사안에서는 철거의무를 이행하지 아니하는 부작위가 새로운 불법행위가 되고 이러한 부작위가 건물이 철거될 때까지 날마다 지속된다는 점에 주목하여 이를 계속적 불법행위로 파악하는 것이므로, 동일한 가해행위를 경우에 따라 일회적으로도 파악하고 계속적으로도 파악하는 것이라고는 볼 수는 없다. 타인 소유 토지 위에 아무런 권원 없이 건물을 신축하여 토지를 불법으로 점유하고 있는 경우에 이를 계속적 불법행위로 보는 것과 마찬가지로 이해할 수 있을 것이다.

(3) 철거의무를 부담하게 되는 일조방해의 경우에 철거만 계속적으로 요구할 수 있는지, 아니면 재산상 손해나 정신적 손해도 날마다 발생하여 이에 대한 배상을 계속적으로 요구할 수 있는지에 관하여도 일관성 있는 설명에 어려움이 예상된다. 점에 대하여, 먼저 일조방해로 인하여 가해건물의 철거의무가 인정되는 사안에서 가장 일반적으로 생각할 수 있는 소송의 형태는 건물의 철거와 함께 철거할 때까지의 정신적 손해에 대한 손해배상을 청구하는 것일 것이다. 이는 토지의 불법 점유 사안에서 건물의 철거 및 철거할 때까지의 임료 상당 손해배상을 청구하는 것과 같은 형태로 볼 수 있다. 그렇다면 건물의 철거는 구하지 않으면서 손해배상만을 구하는 것도 가능할 것인가? 타인의 토지상에 건물을 축조한 경우는 분쟁의 종국적인 해결을 위해서는 반드시 건물의 철거를 구할 수밖에 없으나, 이와 달리 일조방해의 경우에는 피해자가 반드시 건물의 철거를 구해야 하는 것은 아니므로, 철거의무가 인정될 수 있는 사안에서도 재산적 손해와 정신적 손해의 배상만을 구하는 것도 허용된다고 보아야 할 것이다. 이 경우에는 재산적 손해와 정신적 손해 모두 계속적 불법행위의 결과로서 나날이 새로이 발생하는 손해로 보아 각별로 시효가 진행된다고 볼 수 있을 것이다.

(4) 다수의견은 일조방해를 둘러싼 법적 분쟁의 일회적이고 효율적인 해결의 필요성을 강조하는 입장에서 있는 것으로 보이는데, 이는 가해건물 소유자 등의 재산권을 보장하는 측면에서는 바람직할 수 있으나, 헌법 제35조와 환경정책기본법 제6조에서 보장하고 있는 환경권은 자유권이나 재산권 등 다른 기본권의 우위에 있는 권리라고 볼 여지도 있기 때문에 다수의견은 피해 건물 거주자의 환경권이나 인격권을 보장하는 데에는 미흡할 수 있다는 점에 대하여, 이 부분이 실질적으로 다수의견과 반대 의견의 입장이 달라지는 제일 중요한 논거일 것이다. 반대의견이 다수의견보다 일조방해로 인하여 침해되는 인격권의 보호에 보다 중점을 두고 있는 것은 사실이나, 앞서 검토한 바와 같이 다수의견을 취하면서도 일조방해로 인한 정신적 손해를 상당한 정도까지 배상할 수 있다고 생각한다. 피해자가 가해건물의 완공 이후 3년 이상 지난 시점에 정신적 손해에 대한 배상을 청구하는 경우에는 반대의견이 다수의견보다 더 넓게 피해자를 보호하는 결과가 될 것이나, 이미 일조가 법적으로 보호되는 이익이라는 인식이 사회 일반에 확산되어 있어 가해건물의 완공 이후 3년 내에 손해배상을 청구할 것을 기대하는 것이 피해자에게 특별히 가혹하다고 보기 어려운 오늘날, 이와 같은 경우에까지 보호를 확대하기 위하여 반대의견을 취해야 한다고 보지 않는다.⁵⁷⁾

VII. 결 론

불법행위로 인한 손해배상이 발생하였을 때 그것을 언제까지 인정할 수 있느냐 하는 문제에 대하여 피해자와 가해자의 입장 등을 고려하여 민법 제766조에서 소멸시효의 특칙을 두고 있다. 특히 동조 1항에서는 3년의 단기소멸시효를 인정하고 있는데, 피해자의 입장에서는 그 정도의 시간이 지나면 어느 정도 수용한 것이라 볼 수 있고 가해자의 입장에서도 불안정한 지위를 벗어나 피해자의 태도에 대한 가해자의 정당한 신뢰를 보호해 주어야 한다는 입장에서 타당하다고 보인다.

그렇다면 대상판결의 경우 가해 건물의 준공 검사가 마쳐진 날로부터 피해자는 불법행위가 발생하였다는 것을 알았다고 보아 그 때로부터 3년간의 소멸시효를 적용한

57) 송혜정, 전게논문, 151면.

것에는 의문을 제기할 여지가 없다. 그러나 당해 사건의 경우 가해 건물의 침해 정도가 건물을 철거할 정도로 심각하지 않으나 수인한도를 초과할 경우에는 위법성 2원론에 의하여 손해배상청구만을 할 수 있는데, 그 기산점을 반대의견에서 주장하는 바와 같이 재산상 손해와 정신적 손해로 구분하여 개별적으로 진행된다고 보아야 하는지 아니면 일체로 보아 전부 진행된다고 보아야 하는지에 대하여 견해가 엇갈리고 있다.

반대의견에서는 일조권이 재산적 성격뿐만 아니라 환경권이나 인격권의 성격을 가지고 있는데, 이것을 재산상 손해와 일괄하여 기산하는 것은 이러한 권리의 보장에 있어 미흡하다는 점을 지적한다. 그러나 현재까지 우리 판례와 실무는 원칙적으로 그러한 재산상 손해가 전보되는 경우 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아 특별한 사정에 관한 주장·입증을 하지 않는 이상 이에 관하여 별도의 위자료청구가 허용된다고 보지 않는다. 또한 하나의 건축행위로 인하여 발생하는 재산적 손해와 정신적 손해가 모두 일반적으로 예견 가능하였던 이 사건에서, 양자의 소멸시효에 관하여 각각 서로 다른 법리가 적용된다고 볼 만한 근거가 없고, 위자료 청구 부분에 한정하여 이를 계속적 불법행위로 파악함으로써 이를 두텁게 보호해야 할 필요성이 있다고 보기도 어려우므로 다수의견의 견해가 타당하다고 본다.

이상에서 본 바와 같이 대상판결은 일조권침해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효의 기산점에 관하여 명시적으로 판시한 최초의 판결로서 의미가 있다. 그러나 앞으로 이러한 환경권 침해로 인한 계속적 불법행위의 발생은 더욱 증가할 것이므로 반대의견이 주장하는 인격권이나 환경권 침해에 대한 보장에 대해 생각해 보아야 하고, 정신적 손해에 대한 배상에 있어서 1회적이 아닌 보다 실질적인 보상의 방법이 있는지를 연구해 보아야 할 것이다.

참고문헌

[단행본]

- 민법주해(V) 물권(2), 박영사, 1999
민법주해(XIX) 채권(12), 박영사, 2005
주석민법(제3판) 채권각칙(8), 한국사법행정학회, 2000
곽윤직, 채권각론(민법강의 IV)(제6판), 박영사, 2003
지원림, 민법강의(제9판), 홍문사, 2011
손운하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005

- 鳩山秀夫, 増訂日本債權法各論 下卷, 巖波書店, 1924
内池慶四郎, “損害賠償請求の消滅時效”, 『現代損害賠償法講座』(1), 日本評論社, 1976
徳本伸一, 賠償請求權の時效, 民法講座 6, 有斐閣, 1985
北川善太郎, 債權各論, 有斐閣, 1993
山口純夫, 債權各論, 青林書院, 1992
森島昭未, 不法行爲講義, 有斐閣, 1991
山口和男, 日照權訴訟の實務, 新일본법규출판주식회사, 1980
日本不法行爲法研究會, 日本不法行爲法リスイテトメント, 有斐閣, 1988

[논문]

- 김시철, “건물신축으로 인한 일조방해의 법적 성격과 이로 인한 불법행위 손해배상청구권의 소멸시효 기산점”, 대법원판례해설 75호(2008 상반기), 2008. 12
김재형, “소유권과 환경보호 - 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로 -”, 한국민법이론의 발견 (1), 무암 이영준 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1999. 1
손운하, “환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제-일조, 조망 및 생활소음 중심으로”, 저스티스, 2004. 10
박우동, “손해배상청구권과 소멸시효”, 민법학논총(곽윤직교수화갑기념논문집), 1985
송혜정, “일조방해로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점”, 민사판례연구 31권,

박영사, 2009. 02

염정옥, “일조권·조망권의 침해와 그 사법적 구제방안,” 부산법조론집, 부산지방변호사회(창간호), 2006

이기용, “불법행위에 있어서의 소멸시효,” 비교사법 12권 4호(통권31호), 한국비교사법학회, 2005. 12

이동원, “일조권 침해에 관한 판례의 동향”, 민사법학, 한국민사법학회 간행, 2005. 3

이상옥, “불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효기산점,” 채권법에 있어서 자유와 책임; 김형배 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1994

이용세, “일조권 침해와 환경소송,” 재판자료 제95집(환경법의 제문제 하)

内池慶四郎, “不法行爲による損害賠償請求權の起算點”, 『法學研究』44권 3호, 1969

末川博, “不法行爲による損害賠償請求權の時効”, 『權利侵害と權利濫用』, 巖波書店, 1970

[Abstract]

The study on starting point of negative prescription caused
by the infringement of the right of light

Hyun-Seok Lee

As the society has been developed and diversified, the activities among people may have an effect on one another. There are several cases where this complexity of the society causes unintentional damages. In most cases, environmental pollution is the effect of legal activities. In order to rule whether damage is illegal or not, it is needed to make a balance between parties. Also it should be considered that the damage exceeds limit that common person could bear.

When there happens to be environmental damages, legal aid would be restrained to reduce the pollution and compensate the damage. According to the civil code article 766-1, to deal with tort, there is a three-year sunset from the date that victim or his proxy knew the damage and its attacker. The law regulate this extinction prescription to be short-term one so that the victim can decide whether he would accept the compensation or not and the attacker would be provided the right under the principle of reliability.

The trial clearly ruled on the range of compensation and the standing point of reckoning the negative prescription. The court said when the damage is not severe to get rid of the building but exceed the limit, the plaintiff can only claim for damages. The amount of indemnity regarding property damage and mental loss would start counting from the day the pre-delivery inspection is finished which is the plaintiff knew the damage.

On the other side, there were dissent opinions that the right to have sunlight is not only the civil right regarding property but also the constitutional right relating to environmental right and personal right. But it also point out that the majority only consider this case as in the category of property right. This approach might not fully guarantee rights. The reality is that the court counts

the mental loss to be also covered in the name of the property damage. Unless the plaintiff argues for specific circumstances and has responsibility for proving evidences, it is not allowed to ask for compensating the mental loss separately.

For these reasons, this trial judgment made clear the concept and the legal aspects of the right to have sunshine. Furthermore, it is important to recognize that this was the first decision on the issue of starting point of extinction prescription.

주 제 어 계속적 불법행위, 환경권, 일조권, 수인한도, 단기소멸시효, 소멸시효 기산점, 손해배상 청구권, 재산적 손해, 정신적 손해
Key Words tort, environmental rights, right to enjoy sunshine, immision, extinctive prescription, right to claim compensation for damages