

건축법상 일조권

김종보*

< 차례 >

- I. 일조권의 의의
 - 1. 서론
 - 2. 헌법과 일조권
 - 3. 일조권소송의 다양성과 법학의 과제
- II. 건축법상 일조규정
 - 1. 법령의 연혁
 - 2. 건축법상 일조규정의 내용
- III. 건축법상 일조권의 법적 의미
 - 1. 서론 - 인인과 건축주의 이익충돌문제
 - 2. 높이제한(이격거리)
 - 3. 공동주택의 인동거리(忍冬距離)
- IV. 건축법상 일조규정의 문제점
 - 1. 규제의 불충분성
 - 2. 과도한 규제라는 측면
 - 3. 공간구조를 왜곡하는 문제
- V. 일조권침해와 그 구제
 - 1. 건축허가취소소송의 원고적격
 - 2. 민사상 일조권과 행정법상 일조권
 - 3. 손해배상액의 귀속문제

* 중앙대학교 법과대학 조교수

I. 일조권의 의의

1. 서 론

최근 도시내 주거환경에 대한 높은 관심은 내 집 마련만이 지상의 과제였던 종래의 전통적 관념이 변화하고 있음을 시사한다. 비교적 최근까지도 우리 나라에 있어 건축물을 바라보는 주된 시각은 주택을 중심으로 한 것이었고, 그것도 주택의 공급과 관련된 것들이었다. 그러나 대도시내 절박한 주거난이 어느 정도 해소되는 시점에 이르자, 그 관심의 방향이 건축물들 상호간의 토지이용조절이라는 주제로 이전하게 된 것이다.

이러한 문제의 중심에 놓여 있는 개념이 바로 일조권이라는 개념이다. 일조권이라는 개념은 사회적으로 상당한 관심을 받고 있는 것임에도 불구하고 이에 대한 법학의 대응은 만족할만한 수준에 이르지 못하고 있다. 이는 일조권관련 분쟁이 각 영역에서 개별적으로 진행되고, 또 비교적 급속히 사회적 문제로 부각된 탓이기도 하지만, 그에 대한 충분한 노력이 부족하였다는 비판 또한 피하기 어렵다.

이 글은 최근 진행되는 일조관련 소송을 중심으로 우리 건축법상의 일조규정의 의의를 정리하고, 행정법과 민사법에서 공히 논의되는 일조권 개념이 서로 어디서 만나며 어떤 문제를 제기할 수 있는가를 생각해 보기 위한 것이다.

2. 헌법과 일조권

법적인 관점에서 볼 때 일조권이란 햇볕을 볼 권리를 말하는 것으로,

우선 헌법이 인정하는 환경권의 일종으로 이해할 수 있다. 헌법은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하여(헌법 제35조 제1항) 쾌적한 환경을 추구하고 주장할 수 있는 국민의 권리를 확인하면서, 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정하도록 하고 있다(동조 제2항). 일조권을 환경권의 일종으로 이해하는 한, 건축법상 일조권과 관련된 규정은 헌법 제35조 제2항이 말하는 환경권의 내용과 행사에 관하여 정하고 있는 법률이라는 결론이 자연스럽게 도출된다.

또한 일조권은 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조에도 그 근거를 두고 있다. 재산권의 일종으로서 일조권은 토지의 사용가치와 처분가치를 구성하는 요소이다. 재산권의 내용과 한계를 법률이 정하도록 규정하는 헌법(제23조 제1항 2문)의 취지에 따라 재산권의 한 구성요소로서 일조권의 내용과 한계를 정하고 있는 법률은 민법(제211조 이하)과 건축법, 도시계획법 등이다.

일조권이 관련되는 헌법의 근거조문이 이처럼 이중성을 갖기 때문에 일조권문제는 행정법과 민법의 영역을 넘나들면서 해석상 어려움을 보여주고 있다. 일조권이 헌법상 환경권적 성격을 갖는 것으로 해석하는 경우 이러한 권리는 사람을 중심으로 보장되는 성격이 강하고, 재산권으로서 일조권이 이해된다면 대체로 물건(구체적으로는 토지)에 전속되는 성격을 강하게 띠게 된다. 일조관련 손해배상소송에서 후술하는 대인성·대물성의 문제가 부각되는 이유도 바로 헌법상 일조권의 근거규정이 갖는 혼합적인 성격에 기인하는 것이다.

헌법상 환경권·재산권으로서 일조권은 다시 민사상 토지소유권의 일부를 구성하면서, 동시에 행정법상 건축허가요건으로 작동한다. 민사상 일조권은 토지소유자가 누리는 토지사용권과 직접 관련을 맺는 개

념으로서, 자신의 토지 및 그 지상의 건축물에서 생활을 영위함에 있어 인접 토지상의 건축물 등으로 인해 햇볕이 차단당하지 않을 권리를 말하는 것이다. 이러한 의미의 일조권은 후술하는 행정법상 일조권개념과는 상대적으로 차이를 보이며, 구체적으로는 토지소유권의 범위를 정하고 있는 민법 제212조의 합리적 해석을 통해 도출되는 것으로 이해해야 할 것이다.

건축행정법적인 관점에서 본다면 일조권은 인접지 건축물 사용자의 권리로 규정되지 않고 신축건축물의 건축허가요건으로 규정되어 있다. 이는 건축법상의 일조관련규정이 건축주의 의무로 규정될 수밖에 없다는 기술적인 한계에 기인한 것이다. 이 때문에 형식적으로 보면 건축법상 일조권이라는 개념은 소극적인 형태를 띠게 된다.

그러나 일조와 관련된 건축법규정은 그 취지상 인접지 토지소유자의 권리 또는 법률상 이익을 보호하기 위한 것이므로, 그 조문이 가지고 있는 인인보호적 성격은 충분히 강조되어야 한다. 따라서 이 조문을 통해 보호되고 있는 인접지 소유자의 법적 지위는 민사상 일조권과 비견될 수 있는 건축법상의 일조권이라 이해되어야 한다.

일조권이란 건축물에서 생활을 영위함에 있어 타인의 건축물로 인해 태양의 광선을 차단당하지 않을 권리이다. 그러나 토지의 집약적 사용이 일반화된 대도시에서 타인의 건축물로 태양광선이 전혀 차단되지 않고 생활을 영위한다고 하는 것은 사실상 불가능한 것이다. 이 때문에 일조권이라는 개념은 완전하고, 순수한 개념일 수 없으며 토지의 사용관계에 따른 상대적인 개념이라 할 것이다. 이는 민사상의 일조권 및 건축법상의 일조권 개념에 공히 적용된다.

건축법령에 있어 일조권이라는 관념은 비교적 오래된 것이다. 다만 최근들어 언론과 사회의 집중적인 관심을 끌고 있을 뿐이다. 이처럼 일

조권이 사회적 조명을 받게 된 현상은, 1970년대 이후 주택건설촉진법의 등장과 건축법령의 개정으로 고층의 공동주택이 주거지역내 광범위하게 건축된 것과 깊은 관련을 맺고 있다. 종래 전통적인 단독주택의 경우에는 남쪽방향에 위치한 마당을 전제로 하는 단층의 건축물구조가 주를 이루었다. 이 경우 앞집(남쪽)의 건축물이 그림자를 만드는 경우에도 그림자가 마당에 머무는 것이 일반적이었으며, 건축물간 햇볕을 직접 차단하는 경우란 매우 드문 일이었다.

그러나 단독주택용으로 획지된 동일한 필지에 다세대 등 공동주택의 건축이 일반화되고, 주거지역내 고층의 아파트들이 들어서게 되면서 전통적 건축구조를 이루던 마당의 개념이 소멸하고 건축물과 건축물이 바로 인접하는 형태가 일반화되었다. 이는 자연스럽게 건축물 상호간의 일조침해를 유발하게 되고, 이를 통해 일조문제가 주거지역을 중심으로 심각한 사회문제로 부각된 것이다.

물론 일조의 문제는 주거지역에 한정된 것은 아니고, 사무실이 있는 상업지역, 녹지지역에서도 발생할 수 있는 것이지만 좁은 의미의 일조 문제는 주거환경과 관련된 것이라는 점에서 이 글은 논의의 중심을 주거지역으로 집중한다.

3. 일조권소송의 다양성과 법학의 과제

현재 우리 사회에서 일조권이 침해되는 경우 이를 구제받기 위한 수단이 매우 다양하게 채택되고 있다. 이는 일조권이라는 개념이 헌법, 행정법, 민사법의 모든 영역에서 독자적으로 발전하면서 전체 법질서를 관통하는 일조권 관념이 아직 정립되어 있지 못한 것과도 깊은 관련이 있다. 따라서 현재 일조와 관련된 분쟁의 형태는 민사와 행정법의 영역

에 공히 걸쳐 있다. 또한 아직 활용되고 있지 않지만, 일조관련 분쟁이 헌법재판소의 헌법소원의 문제로 발전될 수 있는 가능성도 무시할 수는 없다.

현재 일조분쟁의 가장 중심에 있는 것은 일조침해에 대한 민사상 손해배상소송이다. 최근 고층의 아파트를 중심으로 사업시행자인 건설회사를 피고로 하는 손해배상소송이 상당한 성공을 거두고 있고, 이에 대해 대법원의 판례들도 다수 누적되어 있다¹⁾. 손해배상소송은 건설회사나 건축주들에 대해 향후 건축행위를 함에 있어 타인의 일조권을 침해하지 못하도록 하는 강력한 예방적 기능을 한다. 또한 일조를 침해당한 토지 또는 건축물의 소유자는 자신이 입은 피해를 금전으로나마 배상받음으로써 인접지 토지소유자간의 토지사용가치의 조절이 행해진다.

그러나 손해배상소송에서 일조권이 침해된 토지 또는 건축물 소유자의 권리구제는 현재 '진행되고 있는 침해'에 대한 구제수단으로는 미흡한 것이고, 원칙적으로는 침해행위가 완성된 단계에서의 구제수단이라는 점에서 사후적인 것이라는 한계를 갖는다.

현재 진행중인 일조권침해, 즉 건축물의 신축에 대한 다툼의 가능성은 다시 민사상 소유권에 기한 방해배제소송을 본안으로 하는 공사중지가처분이라는 형태와, 건축허가취소소송이라는 취소소송을 본안으로 하는 집행정지신청의 방식으로 병존하고 있다. 전자는 자신의 민사상 토지소유권이 침해되고 있으므로 그 배제를 청구하는 것이 주된 것이며, 그에 대한 임시적인 권리보전절차로서 가처분신청의 당부가 민사법원에서 판단된다. 후자는 건축허가가 일조권과 관련된 건축법령의 허가요건에 위반한 위법한 것이라는 주장이 주된 것으로 이에 대한 권리보

1) 대법원 2000. 5. 16. 선고 98다56997 판결; 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850 판결 등.

전절차로서 집행정지신청이 행정법원에서 판단된다.

우선 일반적으로 채택되는 일조권침해에 대한 구제수단이 민사소송으로 진행되는 것과 행정소송으로 진행되는 경우에 그 달성하려고 하는 궁극적인 목적이 동일하다는 점에 주목할 필요가 있다. 물론 기술적으로는 건축허가의 발급단계에서부터 취소소송을 제기할 수 있다는 점 등에서 행정소송이 시기적으로 유리한 경우도 있지만, 일반적으로 민사소송이 더 선호되고 있음에 미루어 행정소송보다는 민사소송이 원고에게 더 유리한 것이라는 추측을 가능하게 한다.

동일한 역사적 사실과 그 분쟁이 민사법원과 행정법원에서 동시에 다루어질 수 있다는 점도 문제이지만, 두 방식에 차이가 존재하여 한쪽에서는 원고가 승소하고, 한쪽에서는 원고가 패소하게 되는 상반되는 판결이 양산될 가능성이 높다는 것이 가장 심각한 문제라 할 것이다.

또한 사후적인 손해배상청구를 구하는 소송에서는 승소할 수 있는 사안임에도 불구하고, 건축허가취소소송과 집행정지 신청에서 원고가 패소하게 된다면 민사상 불법행위의 위법성과, 행정법상 처분의 위법성이 심각하게 괴리되어 법질서 전체의 안정성을 크게 위협하는 요소로 작용할 것이다.

기본적으로 민사법과 행정법은 둘이 아니며, 크게 보면 헌법이 보장하는 재산권·환경권을 구성하는 동전의 앞뒷면에 불과한 것으로 이해되어야 한다. 민사상 보장되는 토지소유권은 민법에 의해서만 내용이 결정되는 것이 아니고, 행정법규에 의해서도 그 내용과 한계가 정해지는 것이기 때문이다.

이러한 관점에서 일조권과 관련된 분쟁의 해결과정에서 우리가 유의해야 하는 것은 민사상 손해배상, 민사상 방해배제소송, 행정법상 건축허가취소소송에서 나타나는 일조권에 대한 법원의 판단에 법질서 전체

를 관통하는 통일성 있는 기준을 찾아내는 것이며, 이를 통해 공익과 사익이 정당하게 교량되는 정의로운 법치국가로 나아가는 또 하나의 디딤돌을 만들어내는 일이다.

II. 건축법상 일조규정

1. 법령의 연혁

우리 나라에 일조기준을 의식하고 건축법에서 명시적인 규정을 둔 것은 1971년이다. 이 규정은 건축법보다 하위의 대통령령에서 규정된 것이었으며, 적용영역을 주거지역에 한정하면서 8미터라는 절대고 개념을 채택하고 있었다. 건축법이 '일조'라는 단어를 명시적으로 사용하는 것은 그 후 1976년이며, 1980년에 들어서는 정북방향의 일정거리를 떠우는 형식의 일조규정이 현재와 유사한 형태로 완성되었다²⁾.

현행의 일조권관련규정은 필지가 다른 토지에 건축하는 경우와 하나의 대지에 2이상의 공동주택을 건축하는 경우로 크게 구분되어 규정되어 있다. 하나의 대지에 하나의 건축물을 건축하는 경우에 대한 규정이 건축법 제53조 제1항이며, 이러한 요건에 추가적으로 하나의 대지에 공동주택이 들어서는 경우 당해 공동주택 상호간의 일조권을 조절하고 있는 규정이 제53조 제2항이다.

종래 일조를 위한 높이제한과는 별도로 건축물의 이격거리제한규정이 존재하였으나 이는 1999년 5월 법령의 개정으로 삭제되었다. 종래 존재하

2) 윤혁경, 건축법·조례해설, 2001년, 기문당, 1-1072쪽

고 있던 공동주택(연립주택과 아파트)의 이격거리는 결과적으로 일조규정을 보충하는 성격을 가지고 있었던 것이다. 그러나 현재는 모두 삭제되어 일반주택을 물론이고, 공동주택의 측벽조차 단지의 경계선으로부터 어느 정도 이격할 것인가 하는 것이 법률에 규정되어 있지 않다.

건축법상 일조와 직접적으로 관련되어 규정된 조문 이외에도 건축물의 높이를 제한하는 허가요건들은 모두 간접적으로는 일조권과 관련된다. 예컨대 전면도로 폭의 1.5배 이상의 높이로 건축할 수 없도록 정하고 있는 사선제한요건(건축법 제51조)이나 건축물의 연면적을 제한함으로써 간접적으로 높이를 제한하는 용적율(건축법 제48조, 도시계획법 제55조) 등도 역시 건축물의 높이를 제한하는 것이므로 일조와 관련된 것이다. 또한 시가지계획령 시절부터 1970년대까지 존재하던 건축물의 절대고 제한(31미터 이상의 건축금지: 시가지계획령 시행규칙 제103조 등)도 간접적으로는 역시 일조와 관련을 맺는 것이다.

이러한 간접적인 일조규정들은 건축법상 좁은 의미의 일조규정에는 해당되지 않는 것으로 보아야 할 것이지만, 이러한 규정들의 종합을 통해 민사상 일조침해 여부를 판단하는 기준으로 작동할 수 있다는 점에서 역시 일조문제와 법적으로도 무관할 수 없다는 점에 주의를 요한다.

2. 건축법상 일조규정의 내용

이하에서는 앞서 설명한 건축법상의 일조관련규정 중 좁은 의미의 일조규정에 관심을 한정하고 살펴보기로 한다. 이러한 의미의 일조규정은 건축법 제53조 및 건축법 시행령 제86조에 규정되어 있는 것들이다. 이 조문들은 상당한 기간동안의 개정과정을 거쳤음에도 불구하고 문구가 조잡하며, 인접지 토지소유자간의 만족스러울만한 이익조절에도 별

효과를 거두지 못하는 것으로 평가된다.

특히 법률에 정해야 할 사항임에도 대통령령에 포괄적으로 위임되어 있거나, 법률에는 높이제한의 요건으로 규정되었음에도 불구하고, 시행령상 거리제한의 문제로 변용되어 있다는 점, 법률상 사선제한과 유사한 개념을 순수한 거리제한의 규정으로 변화시키고 있다는 등의 입법 기술적인 면의 미비점도 상당한 문제이다. 또한 건축법상의 일조권문제는 주택건설촉진법의 적용을 받아 건축되는 아파트 등에 어떠한 형태로 적용되어야 할 것인지도 선명하지 않다.

다음은 건축법상 일조권에 관한 조문의 내용이다.

<건축법 제53조> (일조등의 확보를 위한 건축물의 높이제한)

- ① 전용주거지역 및 일반주거지역안에서 건축하는 건축물의 높이는 일조등의 확보를 위하여 정북방향의 인접대지경계선으로부터의 거리에 따라 대통령령이 정하는 높이이하로 하여야 한다.
- ② 공동주택(일반상업지역과 중심상업지역에 건축하는 것을 제외한다)의 높이는 제1항의 규정에 의한 기준에 적합하여야 하는 것외에 대통령령이 정하는 높이이하로 하여야 한다.
- ③ 항 생략
- ④ 2층이하로서 높이가 8미터이하인 건축물에 대하여는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 의하여 제1항 내지 제3항의 규정을 적용하지 아니할 수 있다. [전문개정 99·2·8 법5895]

이상의 건축법조문에서 알 수 있듯이 우리 나라의 일조규정의 특색은 일조와 관련된 중요한 사항에 대해 대통령령에 일괄하여 위임하고 있다는 점에 있다. 과거와 같이 일조규정이 중요한 기능을 하지 않던

시절에는 크게 문제되지 않았으나, 일조문제가 심각한 사회적 관심사가 되어버린 지금에 이르기까지 이러한 태도를 유지하는 것은 헌법이 정하는 포괄적 위임금지 원칙이나, 행정법상 법률유보이론에도 반하는 것이 될 수 있다는 점을 지적하여야 한다.

건축법 자체가 정하고 있는 일조관련 사항은 우선 개별 필지단위로 적용되는 일조규정과 하나의 대지안에 다수 건축되는 공동주택의 인동거리 규정으로 나뉜다. 개별필지단위의 일조관련요건으로 건축법이 정하고 있는 것은 전용주거지역 또는 일반주거지역일 것, 정북방향에 대해서 일정한 높이를 넘을 수 없을 것이다. 그러므로 건축허가요건으로서 일조요건은 주거지역이 아닌 상업지역, 녹지지역 등에는 적용되지 않는 것이며, 또한 준주거지역에도 역시 적용되지 않는다. 법률에 의해 적용영역이 한정된 일조관련 건축허가요건은 다시 대통령령에 의해 구체적인 높이제한규정으로 완성된다.

건축법상 일조규정이 일반주거지역, 전용주거지역 등 도시계획법상의 용도지역에 강하게 의존하고 있다는 점을 보면 이 조문의 성격이 단순히 위험을 방지하기 위한 건축경찰법상의 개념이 아니고, 토지의 합리적 사용을 추구하는 도시계획법적 성격을 강하게 띠고 있음을 알 수 있다. 건축법 제53조 제4항에서 지방자치단체의 조례에 일정한 사항을 위임하고 있다는 점 또한 일조관련 판단이 중앙정부의 경찰법적 관심사가 아닌 도시중심의 지역사무라고 하는 점을 강하게 보여주고 있는 것이다. 이러한 점들을 종합한다면 일조관련규정은 장기적으로 도시계획법으로 이전되어야 할 조문이고, 도시의 특성에 따른 도시계획조례에 의존해 개별적으로 통제되는 것이 논리적으로 올바른 것이다.

동일한 대지안에 2이상의 공동주택이 건축되는 경우(일반상업지역과 중심상업지역제외) 공동주택 상호간의 거리제한을 두고 있는 규정을 통

상 인동거리(忍冬距離)라 부른다. 앞의 개별필지단위의 일조요건이 높이제한의 형식을 취하고 있는 것과는 다르게 공동주택의 배치에 있어 기준으로 작동하는 것은 건축물간의 이격거리를 의미하는 인동거리로서 표현되는 것이다. 이러한 인동거리요건도 역시 건축법 시행령에 의해 구체적으로 정해지게 된다.

<건축법 시행령 제86조>

① 전용주거지역 또는 일반주거지역안에서 건축물을 건축하는 경우에는 법 제53조제1항의 규정에 의하여 건축물의 각 부분을 정북방향으로의 인접대지 경계선으로부터 다음 각호의 범위안에서 건축조례가 정하는 거리이상을 띄어 건축하여야 한다. 다만, 전용주거지역 또는 일반주거지역안에서 건축물을 건축하는 경우로서 건축물의 미관향상을 위하여 너비 20미터이상의 도로로서 건축조례가 정하는 도로에 접한 대지 상호간에 건축하는 건축물의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 높이 4미터이하인 부분 : 인접대지경계선으로부터 1미터이상
2. 높이 8미터이하인 부분 : 인접대지경계선으로부터 2미터이상
3. 높이 8미터를 초과하는 부분 : 인접대지경계선으로부터 당해 건축물의 각 부분의 높이의 2분의 1이상

②법 제53조제2항의 규정에 의하여 공동주택의 경우에는 제1항의 규정에 적합하여야 하는 외에 다음 각호의 규정에 적합하게 건축하여야 한다. [개정 2000·6·27]

1. 생략
2. 동일한 대지안에서 2동이상의 건축물이 서로 마주보고 있는 경우의 건축물 각 부분사이의 거리는 다음 각목의 거리이상으로서 건축조례가 정하는 거리이상을 띄어 건축할 것. 다만, 당해 대지안의

모든 세대가 동지일을 기준으로 9시에서 15시 사이에 2시간 이상을 계속하여 일조를 확보할 수 있는 거리 이상으로 할 수 있다.

- 가. 채광을 위한 창문등이 있는 벽면으로부터 직각방향으로 건축물 각 부분의 높이의 0.8배 이상
- 나. 채광창(창넓이 0.5제곱미터이상의 창을 말한다)이 없는 벽면과 측벽이 마주보는 경우에는 8미터 이상
- 다. 측벽과 측벽이 마주보는 경우[마주보는 측벽중 1개의 측벽에 한하여 채광을 위한 창문등이 설치되어 있지 아니한 바닥면적 3제곱미터 이하의 발코니(출입을 위한 개구부를 포함한다)를 설치하는 경우를 포함한다]에는 4미터 이상

앞서 여러 차례 지적한 바와 같이 건축법 시행령에 의해 건축허가요건으로 구체화된 일조규정은 개별필지단위의 일조권규정과 공동주택간의 이동거리 규정으로 나뉜다. 개별필지단위의 일조규정은 전용주거지역 등에 한해 북쪽 대지경계선에서 일정한 거리를 띄우는 형식으로 규정되어 있다. 즉 건축하고자 하는 건축물(부분)의 높이가 4미터 이하이면 대지경계선에서 1미터를 띄우고, 4미터-8미터 사이이면 2미터를 띄어야 한다. 만약 8미터를 넘는 건축물이면 건축물 높이의 1/2 이상을 북쪽 대지경계선에서 이격해야 한다. 다만 8미터 이하인 건축물에 대해서는 다시 건축조례가 이를 완화할 수 있도록 위임되어 있다(건축법 제4항)³⁾.

중심상업지역이나 일반상업지역을 제외한 지역에서 2이상의 공동주택을 동일한 대지내에 건축하는 경우 채광창 등을 기준으로 일정한 거

3) 이를 이어받아 예컨대 서울시 건축조례에서는 정북방향에 건축이 금지된 공지가 접해있거나 정북방향 대지소유자가 동의한 경우 거리제한규정을 적용하지 않도록 규정하고 있다(서울시 건축조례 제29조 제5항)

리를 띠어야 한다. 다만 동지일을 기준으로 9시에서 15시 사이에 2시간 이상을 계속하여 일조를 확보할 수 있는 거리이상이면 앞의 엄격한 요건이 완화될 수 있다(건축법 시행령 제86조 제2항 2호). 대법원이 일조권 침해로 인한 손해배상소송에서 위법성 판단의 기준으로 채택한 것이 바로 건축법 시행령속에 존재하는 공동주택간 인동거리에 관한 완화규정이라는 점을 생각해보면, 민사상 일조권과 행정법상의 일조권이 결코 분리될 수 없는 관계에 있다는 것을 잘 알 수 있다.

Ⅲ. 건축법상 일조권의 법적 의미

1. 서론 - 인인과 건축주의 이익충돌문제

건축법에 있어 일조관련규정은 건축주의 건축허가요건으로 가능하다. 이러한 허가요건은 동시에 인접지 토지소유자 등의 일조를 받을 권리에 영향을 미치는 것이며 인인보호적 성격을 갖는다. 이 조문이 엄격하게 규정되면 건축주가 매우 곤란하게 되며, 반대로 이 조문을 너무 느슨하게 규정하면 인인의 법적 지위가 매우 열악한 것이 된다.

건축주의 입장에서는 자신의 땅에 자신의 돈으로 집을 짓는 것이고 토지의 경계선을 넘어 건축하는 것도 아니므로 타인의 권리침해가 원칙적으로 없는 것이라는 정서가 강하다. 그러나 기존의 건축물에 살고 있는 옆집의 사람들은 새로운 고층(3-4층)의 건축물로 채광에 결정적인 불이익을 입고 조망권 등이 심각하게 침해된다고 생각하는 것이 일반적이다.

일조권의 문제는 주거지역내 단독주택용 대지에 다세대(또는 다가구)주택을 건축하는 경우를 하나의 축으로 하고, 주거지역 또는 상업지역 등에 고층의 아파트가 건설되는 경우를 또 하나의 축으로 한다. 전자의 경우에는 기존의 단독주택이 헐리고 새롭게 공동주택이 건축되는 경우로서 기존 창문의 위치와 방향이 모두 달라지고, 기존 건축물에 비해 상대적으로 높은 건축물이 건축된다고 하는 점에 문제의 본질이 있다.

이는 우리 건축법이 주택공급물량을 늘이기 위해 채택한 다세대주택제도에 기인한 것이며, 최근 서울을 비롯한 대도시에 있어 기존의 단층 단독주택을 증·개축하는 경우에 대부분 선택되는 공동주택으로서 다세대주택의 건축과정에서 발생하는 문제이다. 이러한 분쟁은 기본적으로 일조분쟁의 손해범위가 비교적 좁은 범위로 국한되고, 구체적으로는 신축되는 대지에 연접한 토지소유자들이 그 분쟁의 당사자가 된다.

이에 반해 대도시내 고층아파트의 건축으로 인해 발생하는 일조침해 문제는 인접토지소유자라는 범위를 넘어 광범위한 이해관계인을 일조분쟁의 당사자로 상정하고 있다. 우리의 법령구조상 단독주택 또는 다세대주택으로 구성된 주거지역내에 고층의 아파트의 사업계획승인이 포괄적으로 가능하다는 점은 필연적으로 고층의 아파트로 인한 일조침해문제로 연결될 수밖에 없다.

현재 일조분쟁의 가장 강력한 피해자로 등장하고 있는 아파트주민연합은 이런 관점에서 보면 오히려 피해자의 일부일 뿐이라 보아야 한다. 아파트와 관련된 일조분쟁은 새롭게 아파트가 들어섬으로서 침해받게 된 기존의 단독주택 또는 저층의 건축물들에서 주로 제기되어야 하는 문제이기 때문이다. 이들은 조망권과 채광권, 일조권 등 거의 대부분의 영역에서 기존의 이익을 박탈당하고 있는 가장 강력한 잠재적 피해자들이기 때문이다.

2. 높이제한(이격거리)

높이제한에 관한 일조규정은 개별필지단위의 일조침해를 방지하기 위한 규정이다. 우선 이 조문은 입법기술적인 면에서 약간 지적해야 할 점이 있다. 즉 건축법상으로는 일조권을 확보하기 위한 높이제한의 형태로 규정되어 있는 허가요건이 대통령령에 와서는 이격거리를 확보하는 허가요건으로 둔갑한다는 점이다.

현재 실무상으로는 4미터 이하의 건축물은 1미터만 이격하면 되고, 4미터-8미터의 건축물은 2미터만 이격하면 되는 것으로 이해되고 있다. 이는 대통령령의 규정형식때문인데, 만약 대통령령이 1미터 이상 이격할 수 있는 경우 4미터까지 허용되고, 2미터 이상 이격하는 경우라면 8미터까지 허용되는 것으로 정했다면 발생하지 않았을 문제이다.

또한 단독주택 상호간의 이격거리를 정하고 있는 건축법 시행령(제86조 제1항)은 입법기술적인 면에서 헌법위반의 문제를 제기한다. 건축법은 건축물의 높이를 제한하면서 시행령에 그 구체적인 높이 기준을 위임하고 있음에도 불구하고 이를 거리제한의 규정으로 변화시키고 있다는 점이다. 이러한 시행령 조문의 규정태도는 불가피하게 건축법이 제한하고자 하는 규정보다 건축주에게 더 침익적인 모습을 띠게 된다.

원래 일조권 확보를 위한 건축법상의 제한은 태양의 각도를 고려한 사전제한으로서, 건축물이 일정한 각도를 침범하지 못하게 하기 위한 목적으로 제정된 것이다. 따라서 법률의 취지에 의한다면 대지경계선에서 전혀 이격하지 않고 건축물을 건축하면서 4미터(또는 8미터)까지의 높이를 비스듬하게 쌓아 1/4의 비율을 유지하는 것이 허용되어야 한다. 건축법이 통제하고자 했던 일조각도의 확보목적을 넘어 건축법 시행령이 거리제한의 규정을 둠으로써 통제목적 이외의 사각이 허용되지 않는 결과가 된 것이다. 이러한 의미에서 건축법 시행령은 건축법에 의해 위임받은 범위를

넘어 건축주의 토지소유권을 제한하는 것으로서, 이러한 한도에서 법적 근거가 없는 법규명령이며 헌법에 위반하여 무효이다.

다른 한편 단독주택이 주를 이루는 주거지역에서 8미터높이의 벽으로 이루어진 건축물이 건축되는 경우, 단지 북쪽 대지경계선에서 2미터만 띄우고 다른 경계선까지는 건폐율이 허용하는 한도까지 건축할 수 있다는 것은 일조규정을 감안하지 않고 판단할 때에도 너무 과도한 것이라는 비난을 면할 수 없다. 더구나 단층의 단독주택 바로 남쪽에 8미터 높이의 공동주택이 2미터의 이격거리요건만을 갖추어 건축된다면 기존 건축물에 살고 있는 이웃이 느끼는 박탈감은 쉽게 상상해 볼 수 있다.

그러나 이와는 달리 이미 신축건물의 인접대지경계선 전반에 8미터 정도 높이의 공동주택들이 존재한다면, 새롭게 신축되는 건축물에 대해 일조규정이 요구하는 정북방향의 2미터 이격거리 이상을 요구하는 것은 무리일 것이다. 이러한 경우라면 기존 건축물 소유자와 그 안에서 생활을 영위하고 있는 사람들이 이미 일조침해가 어느 정도 예상되던 상황에서 살고 있었던 것이라 볼 수밖에 없고, 새로운 건축물의 건축은 건축법상 일조권규정에 적합한 한 사회적 수인한도의 범위내라고 보아야 할 것이다.

이처럼 일조관련규정이 상황에 따라 그 높이제한에 있어 과도한 것이 되기도 하고, 사회적으로 용인될 수 있기도 한 것이라는 점을 보면 이러한 일조규정이 건축법에 규정되는 것보다는 지역의 특성을 감안하는 도시계획법에 규정되는 것이 타당한 것이라는 점을 다시 한번 확인시켜준다.

3. 공동주택의 인동거리(忍冬距離)

공동주택의 인동거리라 함은 일조가 가장 짧은 동지일을 기준으로

일정한 시간이상의 일조를 확보하기 위해 공동주택 상호간에 확보되어야 하는 거리를 말한다. 이러한 인동거리는 각 나라의 일조시간이나 사회일반의 관념 등에 따라 법령에 결정되는 것이므로 어떠한 절대적 기준이 존재하는 것은 아니다.

우리 나라의 경우 인동거리에 대해서는 동지일 기준으로 2시간이상 일조를 확보하면 인동거리요건에 적합한 것으로 보는 일반규정이 존재한다(건축법 시행령 제85조 제2항 2호 단서). 그 외 법령이 정하고 있는 엄격한 기준은 동지일 2시간 이상 일조가 확보되면 완화되는 것으로 해석된다. 이러한 인동거리에 대한 법령의 규정이 충분한 일조연구를 통해 이루어진 것이 아니라는 비판이 제기되고 있다⁴⁾.

IV. 건축법상 일조규정의 문제점

1. 규제의 불충분성

일조권분쟁은 기존의 행정법영역에서 복효적 행정행위라 파악되던 건축허가의 이중적 성격을 잘 부각시켜 주고 있다. 하나의 행정행위가 처분의 상대방에게는 이익이 되고 제3자에게는 불이익이 되는 경우 이를 복효적 행정행위라 보는데, 건축허가가 이웃의 일조침해를 유발하는 한 전형적인 복효적 행정행위가 되는 것이다.

우선 일조와 관련된 허가요건을 건축법에 규정함에 있어 건축법이

4) 송규동, 건축제도개선을 위한 토론회 발표자료(대한건축학회주체), 2001. 6. 8. 139쪽 이하.

변화하는 시대상황을 잘 반영하지 못하고 있다고 하는 점이 지적되어야 한다. 1970년대이래 주거지역내 단독주택들이 거의 대부분 공동주택(또는 다가구주택)으로 변화되었음에도 불구하고 건축법은 단독주택이 주축을 이루던 시절의 그것에서 별로 변화가 없다. 건축법상 인동거리에 관한 허가요건규정도 동일대지내 다수의 공동주택이 건축되는 경우만을 상정하고 있는 것이므로, 역시 개별필지단위로 다세대주택이 건축되는 경우에 전혀 기능을 하지 못하는 것이다.

그러나 건축법상 일조규정의 문제점은 단순히 우리 입법자의 태만에만 기인하는 것은 아니다. 건축법은 기본적으로 행정법으로서 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률이다. 이러한 법률은 헌법이 정하는 취지에 따라 국민의 기본권을 제한할 수 있지만, 그 필요한 이상을 넘어 과도하게 규정할 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 건축법을 바라보면 엄격한 일조요건은 건축주의 건축자유권을 필요이상으로 제한하는 것으로, 과잉금지 원칙을 정하는 헌법의 정신에 반할 수 있는 것이다.

다만 이러한 전통적 행정법의 관념만으로 건축법을 이해할 수 없다는 것이 또 하나의 문제이다. 건축주의 자유권을 보장하는 것은 바로 인접토지 또는 건축물소유자의 권리를 침해하는 것과 연동되는 것이기 때문이다. 이러한 측면을 보면 건축법상 일조권문제는 사회구성원간의 이익배분문제의 대표적인 예이다.

현행 건축법상의 일조규정은 그나마 적용영역을 전용주거지역 및 일반주거지역으로 한정하고 있다. 이 때문에 상업지역, 준주거지역 등이 건축법상 일조보호의 대상에서 완벽하게 제외됨으로써 일조규정의 한정성이 더욱 선명하게 부각된다. 마지막으로 현행 일조규정의 가장 큰 약점은 건축물이 신축되는 인접토지소유자의 법적 이익이 충분히 반영되지 못하고 있다는 점에 있다.

2. 과도한 규제라는 측면

다른 한편 단독주택 위주로 편성되었던 주거지역이 1980, 1990년대를 거치면서 공동주택단지로 변화한 대도시의 특수문제도 역시 무시할 수 없는 것이다. 처음부터 주거지역을 3-4층의 다세대주택으로 구성할 것을 예정하고 시가지가 계획된 경우라면 개별필지의 크기가 현재의 필지단위보다 크게 획지되었어야 한다. 그러나 우리 나라 대도시의 성장 과정에서 주거지역의 개별필지는 단독주택을 예정하고 획지된 것이다.

그 후 예상밖의 주거수요가 대도시에서 발생하고 단독주택용으로 획지된 작은 필지에 공동주택인 다세대주택과 실질적으로 공동주택의 기능을 하는 다가구주택이 단독주택을 대체하게 되었다. 이러한 상황에서 일조규정을 강력하게 관철하려 한다면 새로운 건축물의 건축은 실제로 봉쇄되는 결과가 된다.

이미 현행법의 규정만으로도 건축이 매우 곤란해지는 부분적인 사례들이 존재하고 있다. 또한 서울시내에 허용되고 있는 40층 이상의 아파트들을 생각해보면 일조규정의 강화만이 또 모든 문제를 해결할 수 없다는 것이 명백해진다. 따라서 일조규정을 강화하는 방향으로만 법령이 개정된다면 이는 헌법상 보장되는 건축자유권을 무의미한 것으로 전락시킬 위험성을 내포하게 된다. 이러한 점들을 감안한다면 현행의 일조규정은 공동주택과 단독주택의 비율에 대한 충분한 조사와 탄력적인 완화조항의 신설등을 통해 개정되는 방향을 찾아야 할 것이다.

3. 공간구조를 왜곡하는 문제

현행의 일조규정은 필요최소한의 제한을 위해 정북방향에서 일정한 거리를 이격하면 되도록 하고 있다. 이러한 규정에 의해 건축물들은 자

연스럽게 대지의 남쪽으로 치우치게 된다. 작은 것이라도 마당이 건축물의 북측에 배치되는 것이다. 우리의 전통적인 건축물은 남쪽에 마당을 확보하는 것을 원칙으로 하고 있다. 이처럼 법령이 기존의 전통적인 건축기법을 무시하고 북쪽에 마당을 두도록 하는 것도 우리의 주거문화를 왜곡하고, 사회 전반에 변화의 요소로 작동할 것이다. 이에 대한 충분한 고려가 부족했음은 매우 아쉬운 일이다.

V. 일조권침해와 그 구제

1. 건축허가취소소송의 원고적격

일조권이 침해되었음을 이유로 건축허가 취소소송을 제기하는 경우, 처분의 상대방(건축주)이 아닌 제3자는 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자일 것이 요건이다. 이 때 법률상 이익은 관계법률에서 보호받고 있는 이익을 말하는 것이다. 건축법상 일조권 규정은 직접적으로 신축하는 건축물을 정북방향 토지소유자 또는 건축물소유자의 법적 지위를 보호하고자 하는 것으로 새겨야 하므로 이러한 자들이 건축허가 취소소송의 원고적격을 갖고 있다는 점에는 의문이 없다.

문제는 정북방향에 인접하지 않은 인접지 토지소유자나 정북방향에서 2, 3 필지 떨어진 토지의 소유자들도 원고적격이 인정될 수 있겠는가 하는 점이다. 이러한 문제는 개별적인 사안에 따라 달라질 수 있는 것으로 모든 사안에 공통적으로 타당할 수 있는 원칙을 찾아내기 매우 어려운 것이다.

생각건대 민사상 손해배상을 청구해서 승소할 수 있는 정도의 범위

를 그 일용의 기준으로 삼는 것이 하나의 방법이 될 것이다. 구체적으로는 동지일을 기준으로 새로운 건축물의 그림자가 드리우는 토지의 소유자까지가 대체적인 원고적격의 범주를 구성하게 될 것이다.

2. 민사상 일조권과 행정법상 일조권

앞서 지적한 바와 같이 민사상 일조권은 행정법상 일조규정과 동전의 앞뒤를 구성하는 것이다. 따라서 항상 민사상 일조권의 범위와 행정법상의 일조권이 동일한 것은 아니라 하여도 대체적인 골격에서 합치되도록 해석하는 것이 타당하다.

현재 우리 대법원은 건축허가 또는 아파트사업계획 승인이 모든 건축관계법령에 따라 적법하게 발급된 것이라 하여도 그로 인한 일조권의 침해가 사회적 수인한도를 넘는 한 불법행위를 구성하는 것으로 판단하고 있다⁵⁾. 이를 통해 이미 건축법(또는 행정법)상의 일조권규정과 민사상 일조권의 범위가 일치하지 않는다는 점이 명백해졌다.

이 판결의 취지는 크게 다음의 두 가지로 해석될 수 있다. 하나는 민사상 불법행위에 관한 이 판결을 통해 건축법상의 일조규정이 불완전하다는 것이 드러났으므로, 건축법상의 일조규정을 모두 충족하는 건축허가가 발급된 경우라 하여도 그 건축허가의 위법을 주장하여 취소소

5) 대법원 2000. 5. 16. 선고 98다56997 판결, “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 최소한도의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물 신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘는 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다.”

송에서 승소할 수 있다고 해석하는 방법이다.

그러나 이러한 해석은 민사법과 행정법을 일치시켜야 한다는 원칙에 철저한 나머지 국민의 기본권을 제한하는 행정법규를 지나치게 불확실한 것으로 만드는 단점이 있다. 건축주의 입장에서 보면 법령이 정하고 있는 모든 요건이 충족되었음에도 불구하고 행정청의 불확실한 추가적 기준에 따라 건축허가를 거부당할 수 있는 상황이 되므로 이러한 해석을 받아들이기는 매우 곤란한 것이다.

두 번째의 가능성은 우리 대법원의 판결을 존속보장과 가치보장의 문제로 나누어 해석하는 것이다. 즉 일조권을 사실상 침해한다고 하더라도 건축법상 일조규정의 요건을 충족하는 건축물의 건축은 사전에 저지할 수 없고, 사후에 불법행위에 기한 손해배상을 받을 수 있을 뿐이라고 이해하는 것이 이러한 해석의 핵심이다. 이러한 해석은 공법과 사법을 조화롭게 이해하고, 대법원의 결론을 무리 없는 것으로 받아들일 수 있게 하는 강점이 있다.

그러나 이러한 해석의 과정에서 또 하나 유의하여야 할 것은 민사상 소유권에 기한 방해배제소송과 그에 기한 공사중지가처분의 문제를 어떻게 정리할 것인가 하는 점이다. 특히 민사사건을 판단한 대법원의 판결을 해석함에 있어서 손해배상소송에서는 위법을 인정하면서, 유사한 방해배제소송에서 위법을 인정하지 않을 것이라고 추측하는 것은 어려운 일이다.

그러나 만약 대법원이 민사상 방해배제소송에서, 손해배상소송과 마찬가지로의 기준을 적용하여 그 침해의 위법성을 인정하게 된다면, 이는 또한 행정소송과의 균형이라는 점에서 바람직하지 않은 태도라 할 것이다. 동일한 일조권을 침해하는 사실로서 건축행위가 건축법적으로는 저지될 수 없는 적법행위이지만, 민사법적으로는 용인될 수 없는 위법행위가 되고 소송을 통해 금지될 수 있다는 것은 법질서 전체의 균형

을 깨뜨리는 것이 될 것이기 때문이다.

그러므로 우리의 법원이 일조권침해소송에서 불법행위를 인정하는 취지가 가치를 보장하기 위한 것이라는 견해를 일관한다면, 역시 민사소송에 의한 방해배제소송이나 공사중지가처분을 용인해서는 안될 것이다⁶⁾. 이렇게 해석한다면 방해배제소송에 있어서 건축을 금지하기 위한 정도의 위법은 손해배상소송에 있어 위법과 다른 기준에 의해 판단되어야 하는 것으로 이해된다.

3. 손해배상액의 귀속문제

일조침해를 이유로 하는 민사상 손해배상소송에서 과연 침해된 것이 재산권으로서의 일조권인가, 환경권으로서의 일조권인가 하는 문제를 잠시 생각해 보아야 한다. 이 글의 앞부분에서 지적한 바와 같이 일조권개념은 한편으로는 환경권의 내용을 구성하는 것이면서 동시에 헌법상 재산권의 한 부분을 이루는 것이기 때문이다.

재산권으로서의 일조권이라면 이러한 재산권은 원칙적으로 일신에 전속되는 것은 아니라고 보아야 한다. 토지소유권의 일 내포로 인정되는 일조권은 역시 토지소유권의 이전으로 같이 이전되는 것으로 보아야 하기 때문이다. 손해배상소송에서 당사자들의 주장과 같이 일조권침해로 건축물 등의 재산가치가 하락하였고, 이를 배상하라고 하는 주장은 재산권으로서의 일조권이라는 측면에 입각한 것이다.

그러나 헌법이 말하는 일조권은 단순히 토지나 건축물의 소유자에게만 보장되는 것은 아닐 것이다. 만약 인접 건축물의 건축으로 피해를

6) 그러나 최근 서울민사지법에서는 일조권침해를 이유로 한 공사중지가처분을 받아들인 것으로 알려졌다(2001. 4. 20일 민사합의50부 판결)

받는 사람이 있다면, 그는 그 집에 살고 있다는 사실에 의해 일조침해를 받는 것이며, 그 건축물을 소유하고 있다는 사실만으로 일조침해를 받는 것은 아니기 때문이다. 이러한 관점에서 본다면 경우에 따라서는 전세입자들의 일조침해문제도 역시 제기될 수 있는 것이다.

일조침해의 손해배상액을 청구함에 있어 위자료를 추가적으로 요구하는 경우라면 이러한 주장은 반드시 재산권의 침해에 대한 것이라기 보다는 헌법이 보장하고 있는 환경권에 대한 침해주장일 수 있음에 주목하여야 한다. 환경권침해에 대한 손해배상은 대물적 성격보다는 대인적 성격이 강하다고 하는 점에서 재산권침해와는 그 속성을 달리한다.

일조침해를 이유로 소송을 하는 당사자가 재판의 진행과정에서 자신의 건축물과 토지를 매도한 경우 손해배상액을 누구에게 귀속시킬 것인가 하는 문제와 관련하여, 일조침해가 재산권침해인가 환경권침해인가를 가리는 실익이 있다. 만약 일조침해가 환경권으로서 권리를 침해하는 것이라면 건축물의 시장가격에 모두 반영되지 못한 제3의 손해가 새로운 매수인에게도 존재하는 것이 아닌가라는 강력한 의문이 있을 수 있는 것이다.

이미 소송을 통해 일조권침해로 인한 손해배상이 모두 완결된 이후에 새롭게 피해 건축물을 매수한 제3자가 일조권침해소송을 제기하는 경우 그 소송은 기판력의 범위내에 있는 것인가 또는 새로운 소송인가 하는 문제로부터 소를 인용하는 것이 불가능한 것인가에 대한 진지한 고민이 지금 요청되고 있다.

이와 관련하여 일조침해소송에서 얻어진 손해배상액을 건축물의 매도인이 일방적으로 취득하도록 용인하는 것은 법체계 전체적인 관점에서 다시 한번 검토될 필요성이 있는 문제일 것이다.

【ZUSAMMENFASSUNG】

Das Sonnenscheinsrecht in der Bauordnung

Kim, Jong Bo

Das Sonnenscheinsrecht liegt in dem Zentrum der Streitigkeiten, die um das Nutzungsrecht des Grundstücks gehen. Sowohl kann Das Sonnenscheinsrecht sich in dem Zivilprozeß durchgesetzt, bei Anfechtungsklage als auch geschützt werden. In der Bauordnung hat zwar Das Sonnenscheinsrecht seinen rechtlichen Grund in §53. Wegen Unvollkommenheit befriedigt aber deser Paragraph den Bauherr und seinen Nachbar nicht. Deser Aufsatz bezieht sich auf den Begriff des Sonnenscheinsrechts und verschucht, den einheitlichen Rechtweg zwischen dem bürgerliches Recht und Verwaltungsrecht zu finden.