습지보전과 개발관련 법제의 조화

한 상 운*

차 례

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 습지보전 관련 법제 및 습지 현황
Ⅲ. 습지관련 분쟁유형 및 원인
Ⅳ. 습지보전과 개발의 조화
Ⅴ. 결론 및 향후 전망

Ⅰ. 서론

최근의 보도에 의하면 2008년 10월 13일자로 강화도 '매화마름 군락지', 강원도 '오대산국립공원습지' 제주도 '물장오리습지'가 람사르습지로 새로 지정·등록되었다고 한다.[1] 람사르 협약에서는 생물다양성보전을 위해 국제적으로 중요하거나 독특하고 희귀한 유형의 습지를 람사르 습지로 지정하여 보호하는데, 이번에 추가 등록된 세 곳을 포함하여 한국은 2008년 10월 현재 총 11개의 습지가 람사르 습지로 등록되었다.[2]

습지는 지구상에서 생산성이 가장 높은 생태적 환경의 하나로서 갯벌, 모래해안,

* 한국환경정책평가연구원 책임연구원, 법학박사

1) http://me.korea.kr/me/jsp/me1_branch.jsp?_action=news_view&_property=p_sec_1&_id=155318319&.

2) 종래까지 람사르 습지등록과 관련하여 내륙습지로는 대암산(1997), 우포늪(1998), 신안장도습지(2005), 물영아리 오름(2006), 두웅습지(2007), 무제치늪(2007) 까지 6개소가, 연안습지로는 순천만(2006), 보성벌교(2006), 무안(2008) 3개소가 등록되어 총 9개소가 람사르 습지로 되어 있지만, 순천과 벌교의 람사르 등록은 등록번호가 단일화되어 있는 관계로 총 8개소라고 본다.

해조군락, 산호초, 강하구, 하천 및 주변 저류지, 늪, 논 등의 다양한 형태로 존재하고 있다.[3] 이와 같은 습지는 생물다양성의 요람으로 수많은 동식물들에게 물과 영양분을 공급한다는 사실이 널리 알려지면서 그 생태적 가치는 물론이고, 경제·사회·문화적 가치 또한 중요한 기준으로 인식되어, 그 보존의 필요성이 강하게 제기되고 있다.[4]

그럼에도 불구하고 종래까지 한국에서는 습지를 해충 등이 서식하는 쓸모없는 비생산적인 지역으로 여기고, 농경지, 도로용지, 고수부지, 공장용지 등으로 무분별하게 개발·훼손하여, 현재 남한 전국토의 면적(약 102,200㎢)대비 습지면적(약 7,626㎢)은 약 7.4%에 불과한 실정이다. 습지보호는 국가적 차원에서 습지보전 및 복원사업을 적극적으로 추진해야 될 필요성 있으며, 이를 위한 가장 직접적 방법으로는 습지보전법을 개선하여 습지보전지역의 설정 확대나 행위 규제를 엄격히 제한하는 것이라고 본다. 그러나 습지의 보전필요성이 아무리 크다고 하더라도 이에 관한 국가적 인식이 미미하고, 습지에 대한 가치가 정당하게 평가되기 어려운 현실적 여건을 감안한다면 그 반발 또한 크다는 점에서 이와 같은 법적 접근은 국민적 동의를 바탕으로 점진적으로 추구해야 한다고 본다. 다만 그 가운데에서도 개발대상으로 삼으려고 하는 욕구와 습지보전의 상반된 가치간의 조화를 꾀할 수 있는 제도적 개선방안을 장·단기적으로 모색하는 것은 현실적으로 의미있는 연구라고 생각한다. 이하에서는 습지보전과 개발관련 법제와의 조화를 이루기 위한 장·단기적인 제도적 개선과제로서 고려해볼 수 있는 사항들을 중심으로 기술하고자 한다.

---

3) 미국에서는 the Clean Water Act(CWA) 등에 의하여 습지관련정책을 규율하고 있으며, CWA에 의하면 습지의 정의는 다음과 같다. Wetlands subject to Clean Water Act Section 404 are defined as "areas that are inundated or saturated by surface or ground water at a frequency and duration sufficient to support, and that under normal circumstances do support, a prevalence of vegetation typically adapted for life in saturated soil conditions. Wetlands generally include swamps, marshes, bogs, and similar areas."

4) 다양한 습지의 형태에 따른 습지별 가치 및 영향에 관해서는 John Kusler/Teresa Opheim, Our national wetland heritage-A protection guide(2nd ed.), Environmental Law Institute, 1996, p.8 참조; R.P. Novitzki, R.D. Smith, and J.D. Fretwell, Restoration, Creation, and Recovery of Wetlands: Wetland Functions, Values, and Assessment, United States Geological Survey Water Supply Paper 2425 참조. Available on-line at http://water.usgs.gov/nwsum/WSP2425/functions.html..

Ⅱ. 습지보전 관련 법제 및 습지 현황

1. 습지보전 관련 법제

(1) 연혁

한국은 1997년 3월 람사르협약가입에 따른 국제협약의 이행과 우리나라 습지를 체계적으로 보전·관리하기 위하여, 1999년 '습지보전법'을 해양수산부와 공동으로 제정·시행함으로써, 습지에 대한 조사, 습지보전기본계획의 수립, 습지보호지역 지정 등의 법적 근거를 마련한 바 있다. 그리고 2004년에 관련법으로서 야생동·식물보호지역을 확대하고 밀렵·밀거래 방지를 강화하기 위해 '야생동·식물보호법'을 제정하였고, 또한 '자연환경보전법' 개정을 통한 자연경관 심의제 도입 및 생태계보호지정·관리체계를 개선하여 생태계보전지역에 자연경관을 포함하여 생태·경관 보전지역으로 확대·개편하고, 핵심·완충·전이구역으로 구분·지정하여 행위제한을 차등화하고 있다.

그리고 2006년 내륙 및 연안에 관하여 각각 습지보전기초계획을 수립하여 시행하고 있으며, 2007년에는 습지보호지역 지정기준과 관련하여 구체적이고 과학적인 보호지역 지정기준을 마련하였으며, 관련 부처간 의견조정을 위한 '국가습지심의위원회'를 구성하여 운영하고 있다. 그리고 '해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률'을 2007년에 제정·시행함으로써 해양보호구역 지정, 해양생태계 기본조사 실시 및 해양생태자연도 작성과 갯벌 생태계 훼손방지를 위한 법적 근거를 마련한 바 있으며, 연안습지전문가 협의회도 신설한 바 있다.

(2) 현행 습지보전 관련법제의 현황

현행법상 습지보전과 관련된 법률로서는 아래 표[5]에서 정리된 바와 같이 환경정책기본법, 자연환경보전법, 습지보전법, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률, 해양오

5) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 59쪽.

염방지법, 해양생태계보전 및 관리에 관한 법률 등이 있다.

<습지관련법제도>

법 제도	제정 목적	관리 범위
환경정책기본법	환경오염과 환경훼손 예방, 환경을 적정하고 지속가능하게 관리·보전	자연환경의 보전이 인간의 생존 및 생활의 기본, 자연의 질서와 균형이 유지·보전되도록 노력
자연환경보전법	자연환경의 체계적 보전·관리	자연생태·자연경관을 특별히 보전할 가치가 있는 지역
습지보전법	습지와 그 생물다양성의 보전	생물다양성이 풍부한 지역 등 특별히 보호할 가치가 있는 지역
야생동·식물보호법	야생동·식물과 그 서식환경을 체계적으로 보호·관리함으로서 야생동·식물의 멸종예방, 생물의 다양성 증진	멸종위기 야생동·식물의 서식지 보호, 증식, 복원, 포획, 채취 금지 등
수질 및 수생태계 보전에 관한법률	하천·호소등 공공수역의 수질 및 수생태계를 적정, 관리·보전	수질오염도 상시측정, 수질 및 수생태계 목표기준 결정·평가
자연공원법	자연생태계와 자연 및 문화경관 등을 보전하고 지속가능한 이용	자연공원의 보호를 위하여 필요한 배후지 등 지정
환경·교통·재해등에 관한 영향평가법	환경·교통·재해 또는 인구에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어 미칠영향을 미리 평가·검토하여 건전하고 지속가능한 개발도모	사업의 시행으로 인하여 자연환경, 생활환경 및 사회·경제환경에 미치는 해로운 영향을 예측·분석, 이에 대한 대책강구
연안관리법	연안환경보전, 지속가능한 이용	영해 및 해안선으로부터 1㎞하천구역제외
공유수면관리법 및 공유수면매립법	공유수면을 환경친화적으로 매립하여 합리적으로 이용	바다, 하천, 호수, 기타 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류
해양오염방지법	해양오염방지, 환경개선	환경관리 해역만 관리가능
해양생태계 보전 및 관리에 관한 법	해양생물다양성보전, 해양생태계 보전	해양생물보호·해양보호구역 지정
하천법	유수로 인한 피해방지, 하천이용, 하천정비	하천구역

2. 한국의 습지현황

(1) 습지분포현황

습지는 내륙습지와 연안습지로 구분된다. 내륙습지는 전국에 걸쳐 넓게 분포하고 있는 반면에 연안습지는 서·남해에 주로 분포하고 있으며 습지총면적은 총 7,626㎢다. 이를 좀 더 구체적으로 보면 내륙습지의 분포 및 면적은 약 5,076㎢로 북부권(경기·강원) 1,107㎢, 중부권(충남·북, 경북, 전북) 428㎢, 그리고 남부권(전남·경남) 3,541㎢로 나타났으며, 연안습지의 분포 및 면적은 2,550㎢로 북부권 915㎢, 중부권 499㎢, 남부권 1,136㎢로 나타났다.[6]

이 가운데 보호대상이 되고 있는 습지보호지역은 약 280㎢(내륙습지 107㎢, 연안습지 173㎢)로 전체 습지면적 대비 약3.6%에 불과하다(내륙습지는 약2.1%, 연안습지는 약 6.1% 임). 습지보전법상 생물다양성이 풍부한 지역 등 특별히 보전할 가치가 있는 지역을 습지보호지역으로 지정하는데, 습지보전지역의 지정 및 관리권한은 이원화되어 있다. 내륙습지는 환경부장관과 시·도지사가, 연안습지는 국토해양부장관과 시·도지사가 각각 지정하고, 습지보호지역 보전계획에 따라 관리 사업을 각각 시행하고 있다.[7]

(2) 내륙습지보호지역 지정현황

습지보전법 시행과 동시에 낙동강하구 등 4개 지역을 습지보호지역으로 지정하고, 이후 제주도 물영아리오름, 화엄늪·두웅습지, 신불산 고산습지, 담양하천습지, 신안

6) 습지보전법 제4조에 의하면 습지의 생태계 현황 및 오염현황과 습지주변 영향지역의 토지이용 실태 등 습지의 사회·경제적 현황에 대한 기초조사를 5년마다 실시하도록 하고 있다. 위 내용은 이에 근거하여 2000년-2005년간 실시된 제1차 조사결과에 의한 것이다.

7) 습지보전법 제3조 제3항, 습지보전과 관련된 2원적 관할의 문제와 관련해서 관할의 2원화는 관리의 효율성 측면에서 문제가 있다고 보고, 연안·내륙습지 모두를 환경부장관으로 일원화할 필요가 있음을 주장하는 견해가 있다. 김홍균, "갯벌의 보전 및 관리-습지보전법의 한계와 개선방향", 저스티스 통권 제69호, 2002, 116쪽 참조.

장도 산지습지, 한강하구, 재약산 산들늪을 습지보호지역으로 지정하여 아래 표[8]에서 적시한 바와 마찬가지로 현재 총 12개소이다(2008.9. 현재).

지역명	위 치	면적(㎢)	특 징	지정일자
환경부 지정(12개소, 107.109㎢)				
낙동강하구	부산 사하구 신평, 장림, 다대동 일원 해면 및 강서구 명지동 하단 해면	34.20	철새도래지	'99. 8. 9
대암산	강원 인제군 서화면 대암산의 큰용늪과 작은용늪 일원	1.06	우리나라 유일의 고층습원	'99. 8. 9 ('97.3 람사르등록)
우포늪	경남 창녕군 대합면, 이방면, 유어면, 대지면 일원	8.54	우리나라 最古의 원시자연늪	'99.8.9 ('98.3 람사르등록)
무제치늪	울산시 울주군 삼동면 조일리 일원	0.184	희귀야생동·식물이 서식하는 산지습지	'99. 8. 9('07.12 람사르등록)
물영아리 오름	제주 남제주군 남원읍	0.309	기생화산구	2000.12. 11 ('06.10 람사르등록)
화엄늪	경남 양산시 하북면 용연리	0.124	산지습지	2002. 2. 1
두웅습지	충남 태안군 원북면 신두리	0.065	신두리사구의 배후습지 희귀야생동·식물 서식	2002.10. 19 ('07.12 람사르등록)
신불산 고산습지	경남 양산시 원동면 대리 산92-2일원	0.308	희귀야생동·식물이 서식하는 산지습지	2004. 2.20
담양습지	전남 담양군 대전면, 수북면, 황금면, 광주광역시 북구 용강동 일원	0.981	멸종위기 및 보호야생동·식물이 서식하는 하천습지	2004. 7. 8
신안장도습지	전라남도 신안군 흑산면 비리 산109-1~3번지 일원	0.090	도서지역 최초의 산지습지	2004. 8.31 ('05.3 람사르등록)
한강하구	신곡수중보- 강화군 송해면 승뢰리	60.668	장항·산남·시암리습지 등 대규모습지 및 멸종위기종 26종 도래·서식	2006. 4.17
재약산 산들늪	경남 밀양시 단당면 구천리 산1	0.58	이탄층이 발달된 습지, 멸종위기종 삵 등 서식	2006.12.

8) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 36쪽.

(3) 연안습지 지정현황

연안습지는 주로 갯벌이 이에 해당되며 그 보호구역은 아래 표[9]와 같으며, 최근 2007년 12월 31일에 "고창갯벌"을 습지보호지역으로 추가 지정함에 따라 2008년 9월 현재까지 8개소, 총면적 약 173㎢에 해당된다.[10]

지역명	위 치	면적(㎢)	지정일자
계	-	172.528	-
무안	무안군 해제면, 현강면 일대	35.59	'01.12.28 ('08.1 람사르등록)
진도	진도군 군내면 고군면 일원(신동지역)	1.238	'02.12.28
순천만	순천시 별양면, 해룡면, 도사동 일대	28.00	'03.12.31 ('06.1 람사르등록)
보성벌교	보성군 호동리, 장양리, 영등리, 장암리, 대포리 일대	7.50	'03.12.31 ('06.1 람사르등록)
옹진장봉도	인천 옹진군 장봉리 일대	68.40	'03.12.31
부안줄포만	전북 부안군 줄포면, 보안면 일원	3.5	'06.12.19
고창	전북 고창군 부안면(Ⅰ지구), 심원면(Ⅱ지구) 일원	11.8	'07.12.31
서천	충남 서천군 비인면, 종천면 일원	16.5	'08.2.1

Ⅲ. 습지관련 분쟁유형 및 원인

1. 습지보전지역 지정과 관련된 분쟁

(1) 행위규제의 내용

현행 습지보전법에 따르면 습지보호지역 안에서는 첫째, 건축물 기타 공작물의 신

9) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 43쪽.

10) 국토해양부의 국회보고자료에 따르면 연안습지의 경우에는 2017년까지 전체 연안습지 면적의 20%를 보호지역으로 지정할 예정이다. 국토해양부, 2008년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서, 2008.

축 또는 증축 및 토지의 형질변경을 하는 행위, 둘째 습지의 수위 또는 수량에 증감을 가져오는 행위, 셋째 흙·모래·자갈 또는 돌 등의 채취하는 행위, 넷째, 광물의 채굴 행위, 다섯째 동·식물의 인위적 도입, 경작, 포획 또는 채취하는 행위 등을 하여서는 아니된다(동법 제13조 제1항). 다만 해당 지역주민이 일정 기간이상 생계수단 또는 여가활동 등의 목적으로 지속하여 온 경작·포획 또는 채취의 경우는 제외된다.

또한, 누구든지 습지주변관리지역 또는 습지개선지역 안에서 「야생동·식물보호법」 제2조 제4호의 규정에 의한 생태계교란야생동·식물 또는 「해양생태계의 보전및관리에관한법률」 제2조 제12호의 규정에 의한 해양생태계교란생물을 풀어 놓거나 식재하는 행위를 하여서는 아니된다(동법 제13조 제2항). 습지주변관리지역에서 일정규모 이상의 간척사업, 공유수면매립사업 기타 습지보호에 위해를 줄 수 있는 행위를 하고자 하는 자는 환경부장관 또는 국토해양부장관의 승인을 얻어야 하며, 관계중앙행정기관의 장의 경우에는 환경부장관 또는 국토해양부장관과 협의를 하도록 하고 있다(동법 제13조 제3항). 위와 같은 승인 또는 협의의 대상행위는 「공유수면매립법」 제2조 제3호의 규정에 의한 매립, 「공유수면관리법」 제5조 제1항의 규정에 의한 점·사용허가 대상 행위, 「농지법」 제36조의 규정에 의한 농지의 전용 허가 및 협의 대상 행위, 「하천법」 제33조 제1항의 규정에 의한 허가대상 점용, 「골재채취법」 제22조제1항의 규정에 의한 골재채취의 허가대상 행위, 「초지법」 제23조의 규정에 의한 초지의 전용 허가·신고 및 협의 대상 전용, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제9조 제1항에 따른 임도의 설치, 동법 제36조 제1항·제4항에 따른 입목벌채 등의 허가 및 신고 대상 행위를 말한다(습지보호법 시행령 제11조 제1항).

다만 습지보호지역이라 하더라도, 「농어촌정비법」 제2조 제4호의 규정에 의한 농업생산기반시설의 유지·관리를 위하여 필요한 경우와 당해 시설을 농업목적으로 사용하기 위하여 건축물 기타 공작물의 신축 또는 증축(습지보호법 제13조 제1항 제1호), 흙·모래·자갈 또는 돌 등을 채취하는 경우(습지보호법 제13조 제1항 제3호), 「자연재해대책법」 제36조의 규정에 의한 재해응급대책을 위하여 습지의 수위 또는 수량의 증감을 가져오는 행위나 흙·모래·자갈 또는 돌 등을 채취하는 행위에 대해서는 예외적으로 인정된다(습지보호법 제13조 제1항 제2호). 그리고 「자연재해대책법」 제2조의 규정에 의한 재해의 예방 및 복구를 위한 활동 및 구호 등에 필요한 경

우, 습지보호지역 등의 보전을 위하여 필요하거나 습지보호지역 등에서 농림수산업을 영위하기 위하여 필요한 경우, 기타 공익상·군사상 부득이한 경우로서 환경부장관·국토해양부장관 또는 시·도지사의 승인을 얻은 경우에는 예외적으로 허용된다(습지보호법 제13조 제5항).

(2) 습지보전지역 및 주변지역의 토지이용현황

내륙습지주변의 토지이용현황은 한강서해권과 낙동강권에 시가지화가 된 곳이 다른 지역에 비해 많이 있어서, 집중적으로 인구가 밀집되어 있어 환경부하가 매우 높은 것으로 조사되었다.[11] 그리고 습지보호지역을 기준으로 지목별 토지이용현황을 살펴보면 67.5%가 임야로 나타났으며, 답이 7.9%, 전이 6.6%이다.[12] 이들 보호지역은 주로 강하구, 평지 호수 및 연못 인근 주변으로서 지역주민들이 주로 살고 있으나, 습지 가까이에서는 주민이 거주하지 않으며, 습지를 통한 경제활동은 거의 없고 대부분 농업에 종사하는 것으로 조사되었다.[13] 이와 같은 토지이용현황을 통하여 추론해보면 인구가 집중되어 있는 지역에서 습지보전지역의 지정에 따른 갈등이 나타날 가능성이 비교적 높다고 볼 수 있다.

서울 진관내동 생태지역 지정과 관련된 분쟁이 대표적 사례로 볼 수 있는데, 서울시는 진관내동습지를 생태경관보전지역으로 지정은 하였으나 그 관리에 어려움을 겪고 있는데 그 이유는 효율적 관리를 위하여 보전지역내 사유지를 매입하는 방안을 추진하였으나 소유자와의 협의[14]가 원만히 이루어지지 않고 있어서 그 지역의 생태변화관찰 및 조사 등 그 관리가 실질적으로 어려운 실정이다.

이에 비하여 연안습지는 그 성격상 대부분이 지방자치단체의 소유로서, 어업을 영위하는 지역이며,[15] 일부 관광단지 등이 입지해 있다. 따라서 연안습지를 보전지역

11) 대표적으로 탐진강, 섬진강, 태화강, 형산강, 가화천, 영덕 오십천, 삼척 오십천, 강릉 남대천, 양양 남대천 지역의 하구지역이 이에 해당된다. 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 45쪽.
12) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 47쪽.
13) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 45쪽.
14) 현행 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 따르면 보전지역의 사유지는 기준시가로 협의매수하도록 규정하고 있다.
15) 연안습지를 보유한 지방자치단체의 수는 총 8개 광역시·도의 51개의 시·군·구로서 우리나라 전체 233

으로 지정한다고 하더라도 행위규제에 따른 주민들의 반발은 내륙습지에 비하여 상대적으로 미약하고, 반대로 개발행위와 관련된 분쟁이 주류를 이루고 있다. 1999~2003년간 조사한 바에 의하면, 연안습지와 관련된 총56개의 갈등사례 가운데 습지보전지역의 지정으로 야기된 경우는 9개에 불과하며, 오히려 개발계획에 따른 분쟁이 그 2배에 달하는 17건으로 조사된 바 있다.[16]

2. 습지개발로 인한 분쟁

(1) 총설

현행 습지보호법상 지정된 습지보호지역을 중심으로 관리가 이루어지기 때문에 습지보호지역 이외 지역에 대한 보호장치 및 관리체계 미흡으로 이들 지역들은 개발압력에 의해 계속적으로 훼손 및 상실되어가고 있다. 습지개발에 따른 분쟁은 보전지역 지정에 따른 분쟁과는 그 성격을 달리하고 있으며, 분쟁 당사자도 다르다. 즉 보전지역 지정인 경우에는 지정권자인 환경부장관·국토해양부장관·시도지사와 대상습지의 사적 소유자간의 갈등이라면, 습지개발에 따른 분쟁은 개발사업주체·정부·지방자치단체와 대상 습지 주변지역의 주민·환경단체 등이다. 전자는 주로 사적 재산권 제한에 따른 갈등이라면, 후자는 습지개발로 인한 생태계 침해 등을 반대하는 환경분쟁의 성격을 띠고 있다.

(2) 내륙습지의 훼손 및 개발

구체적인 습지 훼손 사례와 관련하여 살펴보면, 2006년 경상남도 지역의 내륙습지 89곳을 조사한 결과 보전상태가 양호한 것은 12곳에 불과하고, 대부분 훼손으로 인하여 소실될 위기에 처해져 있다.[17] 또한 경남도내 굴지의 자연습지로 약 4만평에

개 시·군·구의 22%를 차지하고 있으며, 2004년 전국 어업권 12,215건 중에서 연안습지 주변지역에 위치한 어업권이 90%이상이다. 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 48쪽.

16) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 60-61쪽.

17) 경남발전연구원, 경상남도지역 습지조사 보고서, 2006 참조.

이르던 유전늪도 공장이 들어서면서 매립되어 사라진 상태이다.[18] 낙동강유역 습지와 관련해서는 대다수 중·소규모 습지가 방치되거나 인접하천과 함께 준설, 또는 제방공사로 인하여 소실될 위기에 처해져 있다고 보고된 바 있다.[19] 또한 습지 주변의 축사나 농가 등으로부터 배출되는 오염물질의 유입으로 습지생태계가 심하게 훼손되고 있으며, 이것은 우포늪이나 두웅습지 같은 보전지역으로 지정받은 습지도 마찬가지이다. 이와 같은 습지개발에 따른 분쟁으로서 대표적인 것이 천성산 사건이다.[20]

(3) 연안습지의 개발

개발압력에 따라 분쟁이 분출하는 경우는 내륙습지보다도 연안습지가 더욱 많다. 즉 각종 간척과 매립으로 인한 연안습지의 자연해안선이 감소함에 따라 해양생물의 서식지 훼손과 생태계 교란을 유발하고 있다. 69개 단위 연안습지 중 이용상의 쟁점이 있는 곳은 41개소로 전체의 60%에 해당되는 지역이 갈등을 보이고 있으며, 이것은 연안습지 개발과 보전에 관한 압력이 높게 존재하고 있음을 시사한다. 주요 갈등유형은 중소규모의 개발계획과의 마찰이 17개소로 가장 많고, 보호구역의 지정과 관련된 갈등지역도 9개소나 된다.[21] 연안습지 개발과 관련된 대표적 분쟁사례가 널리 알려진 새만금 사건[22]이다.

광역지자체 종합계획에서 나타나는 각 도별 시·군의 발전방향 및 주요 사업 현황은 연안이 가지는 고유기능 이외에 산업 및 항만개발과 관광자원개발로 구별되어 특히 서해안 갯벌 주변지역 개발계획은 주로 연안에 입지한 특성을 살려 해양관광분야, 산업 및 물류, 배후지 기능, 해안도로의 개설 등과 관련하여 개발 위주의 발전방향을 제시하고 있으며, 경상남도 및 부산광역시는 공간 및 정주권 계획, 항만 및 산업단지 개발계획, 바다를 이용하는 연안정비 및 양식단지계획 등 개발수요는 지속적으로 점

18) 환경부, UNDP, GEF국가습지보전사업단, 습지총량제 도입 방안 구축사업, 2007, 29쪽.
19) 낙동강유역환경청, 낙동강유역 습지조사 보고서, 2006 참조.
20) 자세한 내용은 대법원 2006.6.2. 자 2004마1148,1149 결정 참조.
21) 환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007, 60-61쪽.
22) 자세한 사항은 서울행법 2005. 2. 4. 선고 2001구합33563 판결; 서울고법 2005.12.21. 선고 2005누4412 판결; 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결 참조.

증하고 있다.

한국은 종래까지 지속적인 경제성장과 인구증가에 따른 토지수요 증대에 대응하여 국토의 외연적 확장사업으로 매립·간척사업을 추진하고 있는데, 1980년이후 2007년말까지 추진한 공유수면매립 면적은 총151.3㎢이다. 현행 공유수면매립과 관련된 정책기조는 「지속가능한 공공이익의 실현을 위한 공유수면매립 억제」 이며, 이에 근거하여 「제2차 공유수면매립 기본계획」 을 변경(2007년 6월)하여 시행하고 있음은 연안습지보호를 위해서 다행이라고 생각한다.[23]

그러나 2008월 3월 28일에 공포된 '동·서·남해안권발전특별법'에서는 대상지역을 동·서·남해안권의 3개 권역으로 구분하고, 각 권역별 해안권발전종합계획 수립을 통해 향후 연안습지의 대규모 개발을 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 그 우려가 심각하다. 해안권발전종합계획에서는 동·서·남해안권발전 기본시책, 자연환경의 보전 및 오염방지, 동북아 관광휴양 거점구축, 미래형 항만물류산업 육성, 지역주력산업 등 제조업 혁신, 농수산업 구조 고도화, 사회간접자본시설, 투자재원 조달, 국제행사 유치·개최·지원에 관한 사항 등 다양한 분야계획을 망라하여 수립토록 하고 있다(동법 제5조 제1항). 우선 해안권에 넓게 분포되어 있는 해상국립공원 및 수산자원보호구역과 관련하여 개발이 필요한 지역에 대해서는 규제를 대폭 완화하고 있다. 즉 개발계획의 승인시 도시관리계획 변경·결정을 의제하여 원활한 사업추진을 지원하며(동법 제12조 제4항), 실시계획의 수립시 사업의 신속한 추진을 지원하기 위해 건축법·공유수면관리법 등 35개 법률에 대한 인·허가 의제를 규정하고 있다(동법 제15조 제1항). 그리고 첨단과학기술단지, 투자진흥지구의 지정을 통해 입주기업의 자금지원 등 집중적 지원을 통한 사업의 활성화 대책(동법 제27조, 제31조)과 더불어 사업시행자에게 토지수용권 및 부담금 감면 등의 제도적 뒷받침도 규정하고 있다(동법 제16조, 제32조). 물론 각 권역별 종합계획에는 자연환경의 보전 및 오염방지도 필수적으로 포함토록 하고 있으나 원칙적으로 입법취지는 연안습지를 포함하여 연안을 보전하는 것이 아니라 대규모 개발을 하도록 하는 것이라는 점에서 연안습지보전을 위한 특단의 입법과 대책이 필요하다고 본다.

23) 국토해양부, 2008년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서, 2008, 32쪽.

Ⅳ. 습지보전과 개발의 조화

1. 습지보전 및 개발의 목적

생태계 관리는 습지보전을 통하여 비로소 가능하다는 점을 인식하고, 이에 근거한 습지보전과 그 이용의 조화점을 꾀하는 정책적의 기조가 유지되어야 한다는 점에서 습지보전은 지속가능한 발전의 핵심이 되어야 한다. 즉 인간과 습지의 조화로운 공존을 위해서는 습지의 훼손 및 상실을 최대한 억제하며 자연성을 회복하고, 생물다양성과 경관가치가 우수한 습지보호지역에 대한 중점관리와 지역주민의 생활기반을 강화하여야 한다.

종래까지 국토확장 및 농지확보 그리고 공장입지 등을 목적으로 수많은 습지를 훼손하였으며, 현재에도 수많은 우수한 자연습지가 매립·간척 등에 의한 개발압력을 받고 있다. 이러한 습지의 훼손 및 개발의 주된 원인 및 목적은 첫째, 국토개발을 통한 농경지나 산업단지 등 대규모 토지자원 확보이다. 둘째, 용수공급이나 홍수, 침수 등을 방지할 목적의 수자원 확보이다. 셋째, 도시성장과정에서 주택이나 상업용지 또는 도로용지 등을 목적으로 하는 각종 용지확보이다. 습지에 대한 개발압력의 저변에 깔려있는 보다 근본적인 것은 습지의 기능과 가치에 대한 국가와 국민의 이해와 인식의 부족이라고 본다.

2. 환경가치와 개발이익의 조화

습지보전행위와 습지를 없애는 개발행위와의 조화점을 밝히는 것은 대단히 어렵지만 일반적으로 희생되는 습지의 가치를 포함한 손실과 개발이익을 비교하여 개발여부를 결정하고 있다. 그 구체적인 내용은 새만금 방조제 사업과 관련된 대법원 판례를 통하여 법적 쟁정을 확인할 수 있으며, 이것을 정리하면 다음과 같다.

(1) 개발우위적 조화(제1안)

한국에서는 종래까지 희생되는 습지의 가치를 포함한 손실과 개발로 인한 이득(편

익)을 비교하여 개발여부를 결정하지만 그 가치를 산정함에 있어서는 당시까지 밝혀진 습지의 기능과 효용 중 금전으로 환산할 수 있는 가치만을 평가하여 그 손실보다 이득이 큰 경우에는 환경을 희생시키는 것으로 개발 여부를 결정하고 있다. 이때의 개발이익은 최소의 이익(minimum profit)을 의미한다고 보고 이를 수식으로 표현하면 다음과 같다.

개발이익(mini.p) 〉 개발비용(dc) +환경의 금전적 가치(ev)

이 경우에는 대부분의 결정이 습지등 자연 환경보전보다는 개발을 옹호하는 쪽으로 기울기 쉬우며, 자연환경보전이라는 헌법상의 가치를 무력화시키고 있다는 점에서 취할 바는 아니라고 본다. 그럼에도 "새만금간척종합개발사업과 관련된 정부조치계획취소등 사건"에서 대법원은 이러한 입장에서 상고를 기각한 바 있으며,[24] 이는 재고되어야 한다고 본다.

(2) 환경우위적 조화(제2안)

개발로 인한 이득은 경제적 가치로 환산하여 평가하기가 용이한 반면, 자연환경보전의 가치에는 ⓐ 생물종의 다양성, 생태적 안정성의 유지 등과 같이 경제적인 가치로 평가하기 어려운 가치도 있고, ⓑ 장래에 이용될 가능성은 있으나 현재로는 이용되지 않고 있는 가치나 ⓒ 현재의 환경에 대한 지식으로는 제대로 알 수 없는 가치와 같이 평가의 대상 자체에 포함시키기 어려운 가치도 있으므로, 자연환경의 가치를 충분히 고려하기 위해서는, 개발사업의 국민경제적인 이득이 당해 사업에 소요되는 비용과 이로 인하여 훼손되는 자연환경 가치의 경제적 평가액 등의 손실을 합한 것보다 상당한 정도로 우월한 경우에 비로소 개발사업을 추진할 수 있는 당위성이 인정될 수 있다.[25] 이 경우의 개발이익은 가능한 최대의 이익을 의미한다고 보고, 이를 수식으로 표현하면 다음과 같다.

24) 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(다수의견).
25) 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(소수의견).

개발이익(max.p) 》 개발비용(dc) +환경의 금전적 가치(ev) +α(ⓐ+ⓑ+ⓒ)

이러한 입장은 원칙적으로 개발이익 보다는 환경보전의 가치를 우위에 두는 방안으로서 현실적으로 개발사업의 추진을 불가능하게 할 수 있다. 물론 이와 같은 가치판단은 장기적으로는 환경가치에 대한 국가와 국민의 인식을 전제로 한 경우에는 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 입장은 현실적으로 습지에 대한 개발압력이 증대되어 있는 상황에서 그 압력을 효과적으로 방어할 수 있는 방안은 아니라고 판단된다. 또한 자연환경을 보전할 필요성 못지 않게 국민경제의 균형있는 발전을 위하여 개발사업을 추진할 필요성 또한 부인할 수 없다는 점에서 문제가 있다.

(3) 상호대등적 조화(제3안)

위 제1안과 제2안의 각각의 주장에는 자연환경보전과 개발사업추진이라는 대립적 가치에 관해서 어느 쪽을 더 우선적으로 볼 것인지의 가치판단이 전제되어 있는 것으로 생각된다. 환경과 개발이라는 전통적인 문제와 관련하여 헌법해석상 양자는 대립적 우열관계가 아닌 상호조화적 대등관계라고 보아야 한다. 우리 헌법도 제35조 제1항에서 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."라고 규정하여 환경권을 헌법상 권리로 보장하고 국가의 환경보전의무를 규정하고 있고, 제120조 제2항에서는 "국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다."라고 규정하여, 국토와 자원을 보호하되 개발과 이용은 균형을 유지하여야 하고 이를 위하여 적절히 계획을 수립하여 시행하도록 규정하고 있다. 헌법의 위 규정에서 말하는 개발에 있어서의 균형 속에는 자연환경과 인간의 편익 사이의 균형도 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.[26] 그렇다고 하여 자연환경 보전의 가치가 개발에 따른 가치보다 우선적으로 보호되어야 할 가치라고 해석할 근거는 없으며, 그 반대도 마찬가지다.

26) 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결(소수의견) 참조.

그렇다면 개발이익과 환경보전가치라는 양자간의 조화를 이루기 위한 적정한 지속가능한 개발이익(s.p)은 제1안의 최소개발이익(mini.p)보다는 크고 제2안의 최대개발이익(max.p)보다는 작을 수 있으며 이를 수식으로 정의 하면 다음과 같다.

mini.p 〈 s.p 〈 max.p

이것이 의미하는 바는 다음과 같다.

첫째, 환경보전을 훼손하는 개발이더라도 개발로 인한 이익이 max.p인 경우에는 항시 허용된다.

둘째, 환경보전을 훼손하는 개발인 경우 그 개발로 인한 이익이 mini.p보다 작은 경우에는 항시 허용될 수 없다.

셋째, 환경보전을 훼손하는 개발인 경우 그 개발로 인한 이익이 mini.p 이상인 경우라고 하더라도 항시 허용되는 것은 아니다.

넷째, 환경보전을 훼손하는 개발이더라도 개발로 인한 이익이 max.p 미만이더라도 허용될 수 있다.

여기서 문제는 셋째와 넷째인 경우이다. 즉 개발로 인한 이익이 mini.p 이상, max.p 미만인 경우에 환경훼손을 수반하는 개발행위를 판단할 수 있는 기준이 무엇인지 문제이다. 이것은 구체적 사례마다 개별적으로 판단되어져야 한다. 즉 당해 개발사업의 규모와 성격이나 훼손되는 환경의 기능이나 가치 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 하며, 요구되는 개발이익도 그에 따라 max.p쪽으로 또는 그 반대로 mini.p쪽으로 좌표를 설정한 다음 그에 맞추어 구체적인 개발이익의 정도를 판단하여야 한다.

개발에 소요되는 비용을 상수로 고정한다면, 환경이 갖는 가치에 따라서 개발이익의 요구정도가 정해진다고 볼 수 있다. 즉 개발로 인해 훼손되는 환경이 갖는 가치가 큰 경우에는 요구되는 개발이익은 max.p쪽으로 좌표를 설정하고, 그 반대인 경우에는 mini.p쪽으로 좌표를 설정하게 될 것이다. 이를 위해서는 제2안에서 제시하고 있는 평가대상 자체에 포함시키기 어려운 가치에 관한 계량화가 필요하다. 즉 ⓐ 생물

종의 다양성, 생태적 안정성의 유지 등과 같이 경제적인 가치로 평가하기 어려운 가치, ⓑ 장래에 이용될 가능성은 있으나 현재로는 이용되지 않고 있는 가치, ⓒ 현재의 환경에 대한 지식으로는 제대로 알 수 없는 가치 등도 개발여부를 결정을 위한 가치형량시 고려되어야 한다. 가치는 존재하지만 경제적 가치로 정량화하기 어렵다는 이유에서 제외하는 것은 타당하지 않고, 더 나아가 소송에서 어느 일방에게 전적으로 입증책임을 부담시키는 것도 옳지 않다고 본다.

이와 같이 계량화가 어려운 환경의 비시장적 가치에 관한 계량화를 위해서는 어떠한 방법을 사용하느냐에 따른 그 편차가 매우 큰 것으로 나타나고 있으며, 그나마 국내에서의 가치추정에 관한 본격적인 연구는 약 10년전부터 시작되어, 그 연구결과에 대한 법적 신뢰성을 부여하기에는 아직 시기상조라고 보여진다.[27] 그럼에도 불구하고 법원에서 수용가능한 계량방법은 적어도 현재 시점에서 사용되고 있는 방법중 가능한 최대한의 객관성과 공정성을 충족하고 있는 방법을 채택하는 것이 옳다고 본다. 대법원도 이와 관련하여 "어떠한 항목을 편익이나 비용항목에 넣을 수 있는지 여부와 그러한 항목에 대한 평가방법이나 기법에 관하여 확립된 원칙이나 정설이 존재하지 아니한 경우에는, 경제성 내지 사업성 평가 당시의 공공사업의 투자분석이론이나 재정학 또는 경제학 이론 등에 따라 그 분야의 전문가들에 의하여 가능한 한 가장 객관적이고 공정한 방법을 사용하여 편익과 비용을 분석한 후 공공사업에 경제성 내지 사업성이 있는지 여부를 평가하는 것이 바람직하다고 할 것이다."라고 판시한 바 있다.[28] 이에 대해서는 좀 더 구체적인 연구가 법학계에서도 진행될 필요성이 있다고 본다.

---

27) 국내에서 자연환경을 포함한 비시장재화에 대한 가치추정연구는 1980년대 초반부터 시작되었으며, 1990년대 초반에는 주로 대기질, 수질, 생태계 등에 대한 가치추정이 헤도닉가격법, 여행비용법, 회피행동분석법 등이, 그리고 1990년대 중반 이후 조건부가치측정법이 광범위하게 사용되면서 가치추정연구가 본격화되었다. 환경가치추정방법론에 관해서는 곽승준, 유승훈, 이충기, 2002."조건부가치측정법을 이용한 우포늪의 보존가치 추정." 「국제경제연구」 8(3): pp.203-225; 김일중 외, 환경정책의 비용/편익분석 지침서, 환경부, 2003; 박정근. 2000.「새만금 갯벌의 수산물 생산가치 추정」 새만금사업 환경영향공동조사 결과보고서(경제성 분야)의 일부. 새만금사업 환경영향 공동조사단. pp.231-246; 신영철, 비시장재화 가치 평가의 이론과 실제, 연구보고서, 국회예산정책처, 한국환경정책·평가연구원, 2007 참조.

28) 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결【정부조치계획취소등】[공2006.4.15.(248),634].

(4) 소결론

자연환경을 보전할 필요성 못지않게 국민경제의 균형있는 발전을 위하여 개발사업을 추진할 필요성 또한 부인할 수 없다는 점에서 습지의 완벽한 보전은 실질적으로 불가능하다. 그렇다면 습지보전과 개발과의 조화를 위한 제도적 개선방안으로서 습지의 손실과 훼손을 최소화하면서 어느 정도 습지에 대한 개발요구를 수용할 수 있는 법적·제도적 장치의 마련이 시급하다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 ⅰ. 습지보호지역으로 지정된 습지에 한하여 보전에 치중하고 있는 습지보전법을 개선하여 습지보호구역 외의 습지의 손실 및 훼손 방지를 위한 습지보전지역의 지정 확대와 대체습지조성 이행수단을 확보하는 것이 필요하다. ⅱ. 개발사업 계획시 습지훼손을 방지하기 위하여 사전환경성검토 협의 및 환경영향평가가 강화되어야 한다. ⅲ. 습지의 손실을 최소화 할 수 있으며 습지의 양과 질을 합리적으로 보전할 수 있는 습지총량제도의 도입을 고려할 필요성이 있다. 이를 위해서는 습지은행제도 및 대체납부금제도의 도입을 검토해 볼 필요가 있다. 즉, 논 습지 생태계의 종합관리를 위한 법·제도적 장치의 마련을 위해서는 습지제공을 위하여 규제되는 농지에 대해서는 습지은행을 통한 거래나 습지직불제의 실시를 통해 농지 소유자에게 보상해주는 제도가 마련될 필요성이 있다. ⅳ. 습지보전지역의 주민에 대한 지원사업을 시행하기 위한 법적근거를 마련할 필요성이 있다. 이 가운데 아래에서는 습지보전과 습지이용의 욕구를 적절히 조절할 수 있는 제도적 방안으로서 아직 우리에게 생소한 ⅲ. 습지총량제 및 이를 구현하는 방안으로서 대체습지제와 습지은행제, 그리고 ⅳ. 보상 및 주민지원사업에 대한 내용을 중심으로 항을 바꾸어 간략히 기술하고자 한다.

3. 습지총량제 도입 검토

(1) 습지총량제의 의의 및 원칙

습지총량제라 함은 습지개발의 필요성을 인정하면서도 습지의 감소를 최소화하는 방법으로서 개발사업이 습지를 훼손하여 개발하는 경우에 개발면적에 상응하는 새로

운 습지를 조성하여 습지의 총면적을 유지하는 정책을 말한다.[29] 우리나라보다 산업화를 먼저 경험한 선진국 가운데 특히 미국, 캐나다, 네덜란드, EU, 독일 등에서는 습지총량제를 도입하여 시행하고 있으며 그 정책실현 수단으로 대체습지제도와 습지은행제도를 주로 활용하고 있다.. 미국은 1980년대 후반부터 "No Net Loss of Wetlands" 제도가 실시되었으며 이를 위한 습지훼손에 대한 보상·완화조치(Compensatory Mitigation)가 습지관련법[30]에 의해 법제화되어 있다.

일반적으로 습지총량제는 정책적 시행을 위한 기본원칙으로서 보상·완화조치(Compensatory Mitigation)가 요구된다.[31] 즉 회피(Avoid)-최소화(Minimize)-수정(Rectify)-감소(Reduce) 또는 제거(Eliminate)가 단계순으로 이루어진다. 이를 구체적으로 살펴보면 ⅰ) 인간의 행위에 의한 습지의 상실 또는 훼손 시에는 그에 따른 영향을 회피(Avoid)하도록 하여 특정의 습지상실 또는 훼손시키는 행위를 규제한다. ⅱ) 불가피한 습지의 상실 또는 훼손 시에는 그에 따른 영향을 최소화(Minimize)하도록 하여 습지훼손 행위의 정도 및 규모를 제한하도록 한다. ⅲ) 불가피한 습지의 상실 또는 훼손 시에 영향 받은 환경을 수리하거나, 회복시키거나 복원함으로써 그 행위에 따른 영향을 수정(Rectify)하도록 한다. ⅳ) 습지훼손 행위가 있는 경우에 습지보전을 위한 관리 작업을 일정기간 시행함으로써 그 영향을 감소(Reduce) 또는 제거(Eliminate)하도록 한다.

(2) 대체습지조성

습지총량제의 기본원칙상 4가지 단계별 조치로도 습지가 상실될 수밖에 없는 경우에는 최후의 수단으로 대체습지를 조성하도록 하여 습지의 상실에 대신하도록 하고 있다. 즉 대체습지란 개발로 인하여 훼손된 습지의 가치를 습지총량제도의 개념

29) 습지총량제는 영어식 표기로 "No Net Loss of Wetlands"라고 표기하는 것이 일반적이다.

30) 미국은 단일법에 의해서 습지를 관리하지 않으며 Clean Water Act(section 308, 309, 401-404, 502), National Environmental Policy Act, Rivers & Harbors Appropriation Act of 1899, Federal Agriculture Improvement & Reform Act of 1996, Endangered Species Act, Costal Wetlands Planning Protection & Restoration Act 등에 산재되어 있으며, 이를 총칭해서 Wetlands laws 또는 Wetlands mitigation laws라고 표기한다. US EPA, Wetlands. laws. Available Internet: http://www.epa.gov/owow/Wetlands/laws/ 참조.

31) 미국의 mitigation과 관련된 자세한 내용은 http://www.mitigationactionplan.gov/참조

으로 보정하는 습지를 말한다. 여기서 '보정'의 의미는 습지의 새로운 조성(creation)뿐만 아니라 이미 훼손된 습지의 복원(restoration)과 향상(enhancement)을 포함한다.[32] 습지 상실에 따른 완화조치로 대체습지를 조성할 경우에는 다른 지역에 소재하는 습지보다는 동일 지역 내의 습지로, 이종의 습지 보다는 동종의 습지로 완화조치 하는 것을 우선시 하며, 대체습지를 새로이 조성하거나 보존하는 것보다는 대체습지를 원래의 상태로 복원하는 것을 더욱 우선시한다.[33]

현행 한국의 습지보호법령에는 '일정규모의 습지존치제도'가 규정되어 대체습지제도를 수용하고 있다. 즉 국가·지방자치단체 또는 사업자가 습지보호지역 또는 습지개선지역 중 4분의 1 이상에 해당하는 면적의 습지를 훼손하게 되는 경우에는 당해 습지보호지역 또는 습지개선지역 중 지정 당시의 습지보호지역 또는 습지개선지역 면적의 2분의 1이상에 해당하는 면적의 습지가 존치되도록 하고 있다(동법 제17조, 시행령 제14조, 시행규칙 제10조 제1항). 그러나 이와 같은 대체습지에 관한 규정에는 그 조성에 대한 세부적인 의무사항이나 벌칙 또는 과태료에 관한 조항 등이 없어 그 실효성이 없다. 그리고 사업사가 자발적으로 대체습지를 조성만 하면 습지훼손에 대한 정당성을 제공할 수 있는 빌미를 준다는 점에서 대체습지제도는 오히려 습지보전보다 개발을 부추기는 측면도 있다. 보다 근본적인 문제는, 대체습지규정은 보전지역으로 지정된 습지에 한정되므로, 습지보호지역으로 지정되지 않은 습지는 대체습지 규정 자체가 적용되지 않는다는 데 있다.

이와 달리 2008년 2월 정부는 습지보전법을 개정하여 인공습지의 조성규정을 새로이 신설하였다. 즉 환경부장관·국토해양부장관은 생태계보전·습지환경개선 등을 위하여 관계중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장으로 하여금 인공적인 습지를 조성하도록 권장하고, 훼손된 습지의 주변에 해류·사구 등의 변화로 인하여 자연적으로 조성되는 습지를 가능한 한 유지 또는 보전하도록 하고 있다(동법 제18조). 그러나 이와 같은 인공습지의 조성도 대체습지조항과 마찬가지로 권장규정으로서 의무사항이나 벌칙조항의 미비로 그 실효성이 의심된다.

---

32) 한국해양연구원, 대체습지조성 중장기 계획 수립용역(Ⅰ), 해양수산부, 2003, 참조; 방상원외, 습지보전을 위한 정책방안 연구-습지은행제도(Wetland Banking)을 중심으로-, 한국환경정책평가연구원, 2006, 55쪽.

33) Environmental Law Institute, Banks and Fees-The Status of Off-Site Wetland Mitigation in the United States, 2002 참조; 방상원외, Ibid., 59쪽.

결론적으로 습지보전과 개발의 양립이 가능하도록 하기 위해서는 첫째, 습지총량제는 회피(Avoid)-최소화(Minimize)-수정(Rectify)-감소(Reduce) 또는 제거(Eliminate)라는 4가지 단계별 원칙을 습지보전법상 명시할 필요성이 있으며, 둘째, 대체습지제가 적용되어야 하는 경우에는 습지보전법상의 습지보전지역은 물론, 습지보전지역이 아니더라도 일정한 경우에는 대체습지 조성·복원·향상의 의무화 및 의무위반시 행정제재 방안을 개선안으로서 검토할 필요성이 있다. 셋째, 습지개발사업자에게 생태계보전협력금과 같은 부담금을 납부하도록 하는 방안도 마련될 필요가 있다.[34]

다만 대체습지제도는 습지개발사업자가 습지의 보상·완화조치를 완료하기 위하여 자체적으로 습지의 조성·복원·향상의 기술을 보유하고 있어야 하지만 대부분의 사업자는 이에 관한 전문지식이 부족하며, 설령 대체습지 조성 등을 할 수 있는 능력을 보유하고 있다고 하더라도 과도한 비용부담과 기간이 소요된다는 문제점을 지니고 있다.

(3) 습지은행제도의 도입방안

습지은행(Wetland Mitigation Bank)제도는 습지개발로 인한 습지의 훼손이 발생하기 이전에 습지전문가로 구성된 집단에서 적정한 규모의 습지를 타지역에 사전에 보유하고 있다가 습지개발허가를 받은 사업자가 대체습지를 필요로 하는 경우에 사전에 보유한 습지권을 판매하여 사업주체의 대체습지 조성 등의 부담을 종료시켜주는 제도이다. 여기서 습지권(Credit)이라 함은 소실되는 습지의 보상완화조치를 위하여 일정지역의 대체습지를 복원·향상·조성·보존하여 창출되는 대체습지의 면적 또는 기능의 총량을 정량화하여 계측할 수 있는 기본단위로서 습지 1에이커를 1credit의 단위로 적용한다.[35]

이와 같은 습지은행제도는 대체습지제도의 문제점들을 해결하기 위한 정책적 방

34) 현행 「자연환경보전법」 제46조 제1항은 생태계보전을 위한 재원확보를 위해 자연환경을 체계적으로 보전하고 자연자산을 관리·활용하기 위하여 자연환경 또는 생태계에 미치는 영향이 현저하거나 생물다양성의 감소를 초래하는 사업을 하는 사업자에 대하여 생태계보전협력금을 부과·징수하도록 하고 있다.

35) 방상원외, 습지보전을 위한 정책방안 연구-습지은행제도(Wetland Banking)을 중심으로-, 한국환경정책평가연구원, 2006, 59쪽, 주63) 참조.

안으로써 미국과 유럽 등에서 시행되고 있다. 이 제도는 생태적·유기적으로 연계된 광범위한 지역의 습지를 장기간에 걸쳐 습지전문가들에 의하여 관리하게 함으로써 습지의 기능과 가치를 적절하게 유지시킬 수 있고, 습지은행이 미리 대체습지를 조성하여 필요한 습지권을 확보하여 언제든 판매가 가능하기 때문에 습지개발자에게는 보상·완화조치를 완료하기 위한 기간을 단축시킬 수 있다는 점에서 동일지역 내의 습지만을 다루는 대체습지제도보다 효과적이다. 즉 습지은행제도는 습지복원·조성·향상·유지를 전문으로 하는 전문가 그룹이 미리 양질의 습지를 조성한 후, 이를 습지건설이 필요한 사람에게 판매할 수 있게 하는 일종의 습지훼손 허가권 거래제도로서 습지가 훼손되기 전에 미리 조성하였다가, 필요한 경우에 판매함으로서 습지의 조성을 활성화하고, 미리 적당한 지역을 선정하여 장기적인 투자가 이루어질 수 있다는 장점이 있다.

습지은행제도의 도입을 위한 구체적 방안으로서 습지은행제도의 운영을 위한 각종의 계획, 지침 및 절차를 마련할 필요성이 있다. 좀 더 구체적으로 살펴보면 국가습지완화이행계획, 습지은행의 설립 허가 절차, 습지은행부지의 선정 지침, 습지권 가치의 결정, 습지권의 구매 및 판매 절차, 습지권 평가 지침, 습지은행부지의 능력검증 및 모니터링 절차가 이에 해당한다.[36]

4. 보상 및 주민지원사업의 법적 근거 마련

(1) 습지보전지역 지정에 따른 보상의 정당성 여부

현행 습지보전법은 '습지조사'를 위한 일정한 경우에 한정하여 보상규정을 두고 있지만, 습지보전지역의 '지정'에 따른 행위규제에 대하여는 보상 규정을 두고 있지 않다.[37] 이와 같은 보상규정의 미비에 대하여 헌법 제23조의 재산권보장 규정에 위배

36) 습지총량제 도입을 위한 기반구축사항에 관해서는 Ibid., 120쪽 참조.

37) 현행 습지보전법상 습지조사를 실시하기 위해 관계공무원 또는 습지조사원이 토지소유자에게 사전에 통지하고 습지조사를 실시할 수 있도록 하고 있으며, 이 경우 지상의 입목·토석 기타 장애물을 변경 또는 제거하게 할 수 있고(동법 제7조 제1항), 국가는 습지조사로 인하여 손실을 입은 자에 대하여 그 손실을 보상하여야 한다(동법 제20조 제1항).

된다는 주장이 제기될 수 있지만 습지보전지역 지정에 따른 재산권 제한은 현행 법체계 및 판례이론상 헌법 제23조 제2항의 재산권의 사회적 기속의 한계를 일탈하는 것이 아니므로 현행 헙법해석상 보상을 요하는 경우는 아니다.

헌법재판소도 개발제한구역의 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 보아, 구역지정 당시의 상태대로 토지를 사용·수익·처분할 수 있는 이상, 구역지정에 따른 단순한 토지이용의 제한은 원칙적으로 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘지 않는다고 본다.[38] 그러나 그 지정으로 말미암아 "토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다."고 판시하고, 이 경우에는 보상을 하여야 한다고 보았다.[39] 따라서 헌재판례에 따르면 습지보전지역의 지정으로 인하여 토지 소유자가 종래의 토지목적대로 이용가능성이 없는 경우, 또는 지정이후 주위상황의 변화로 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없다면 보상을 하여야 하며, 이 경우까지 보상을 하지 아니하는 것은 재산권 침해라고 볼 수밖에 없다.

여하튼 습지보호지역 지정에 따라 현행 법체계상 보상을 요하는 경우는 물론 요하지 않는 경우에도 현실적으로 재산권 제한의 결과를 초래하며 이로 인하여 해당지역 주민들의 습지보호지역의 지정에 대한 반발은 증가추세에 있다. 이것은 습지보호지역 지정뿐만 아니라 사후적으로 습지의 효율적인 관리도 어렵게 하는 요인이 되고 있다.

(2) 습지총량제 도입에 따른 습지매입 및 보상의 필요성

습지총량제도의 도입과 관련하여 현재 국내 대다수의 내륙습지는 사유지이므로 습지총량제를 도입하게 되면 국가 등이 습지를 매입하여야 하는 경우에는 당해 토지

38) 헌재 1999. 10. 21 선고 97헌바26 결정; 헌재 1998. 12. 24 선고 89헌마214 결정.
39) Ibid.

소유자에게 정당한 보상을 해야 한다. 중요한 것은 그 대상범위를 습지보호지역에 한정할 것인지 여부이다. 더 나아가 습지보호지역이외의 습지도 포함되는 경우에는 모든 습지를 보호할 것인지, 아니면 일정 범위의 습지만을 포함할 것인지, 그 선정기준과 절차가 필요하다. 생각건대 원칙적으로 습지보전법의 개정을 통하여 습지총량제 및 대체습지제, 그리고 습지은행제도가 마련된다는 전제하에서 대상 습지는 습지보전법상의 습지에 국한될 수밖에 없다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 남한의 습지총면적은 총 7,626㎢로서 이 가운데 보호대상이 되고 있는 습지보호지역은 약 280㎢(내륙습지 107㎢, 연안습지 173㎢)로 전체 습지면적 대비 약3.6%(내륙습지는 약 2.1%, 연안습지는 약 6.1% 임) 불과한 실정을 감안하면, 보전지역으로서의 습지는 더욱 확대되어야 한다. 이를 위해서는 현재 추진하고 있는 '전국습지 생태계조사(1999-2010)'의 결과 등을 바탕으로 우리나라 실정에 맞는 습지 가치평가 지표 및 기준을 마련하고, 국내 습지에 대한 가치 평가 및 등급화를 실시하여 등급화에 따른 보전·관리방안을 마련할 필요성이 있다.

(3) 습지보전지역 주민지원사업의 필요성

대부분의 내륙습지는 연안습지와 달리 사유지로서 위에서 살펴본 바와 같이 그 행위제한에 따른 보상규정을 두지 않음으로서 재산권 침해의 논란이 있을 수 있다. 이와 관련하여 현행 습지보전법은 토지 등 소유자에게 매수청구권을 인정하고 있다(동법 제20조의2). 즉 소유자가 토지등을 매도하고자 하는 경우 환경부장관·국토해양부장관이 매수를 할 수 있도록 규정하고 있지만, 이것은 의무규정이 아니라는 점에서 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 이와 같이 매수청구권을 의무규정화 하고 있지 않는 것은 자연공원법상 토지소유자 등의 매수청구권 행사시 일정한 경우에 해당되는 경우에는 반드시 이를 매수하도록 하고 있는 의무규정(동법 제77조 제3항 참조)과 비교된다. 양법의 제도적 취지를 고려할 때 습지소유자는 부당한 차별로 인한 불이익을 받는다는 형평성에 관한 문제제기가 있을 수 있다. 물론 이와 같이 보상 및 매수청구권을 의무적으로 인정하고 있지 않더라도 그 자체가 곧 바로 위헌은 아니라고 하더라도, 지정이후의 습지 관리를 함에 있어서 토지소유자의 반발로 인하여 효율적

관리가 어렵다는 심각한 문제가 제기되어 있다. 이에 따라 습지보전지역내의 토지에 대하여 국가예산이 허용되는 범위이내에서 국가가 연차적으로 매입을 하고 있지만,[40] 천문학적 비용에 따른 매입의 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 습지총량제를 도입하는 경우에는 현행법제와는 달리 습지조성을 위한 토지매입 및 보상, 그리고 강행규정으로서 매수청구권이 인정되어야 한다.

여하튼 현행법상 습지보전지역 지정에 따른 보상 및 매수청구권을 인정하고 있지 않다는 점에서 습지보전법의 목적을 달성하기 위해서는 주민의 협력이 필수적이라는 점에서 각종 재정적 지원제도가 강구될 필요성이 있다. 예를 들면 4대강 수계법에 근거하여 시행되고 있는 상수원보호구역 주민지원사업과 같이 습지보전지역 주민들에게도 동일한 혜택이 제공되어야 한다고 본다. 이를 위해서는 습지보전법상 주민지원사업에 관한 법적 근거를 신설할 필요가 있다. 즉 이 프로그램은 토지소유자가 해당 사유지 습지를 보전하는 대가로 일정부분의 정부 지원 인센티브 또는 지원금을 제공하는 것은 물론 토지소유자에 대한 각종 조세혜택도 제공할 필요성이 있다. 그러나 현행 습지보전법은 습지에 대한 조사는 물론 습지의 지속가능한 관리를 위해 필요한 비용이나 법 제20조의 습지조사에 따른 손실보상, 동법 제19조가 규정하고 있는 포상금 지급 등과 관련하여 자체적인 재원마련에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이와 같은 재정적인 기반이 마련되지 않은 상태에서는 습지조사와 관리의 내실화를 기하기 어렵고, 습지의 보전과 관리를 위한 동법의 실효성 제고의 측면에서 시급히 재원을 지원할 수 있는 방안을 수립해야 할 것이다.

Ⅴ. 결론 및 향후 전망

지난 100여년간 한국뿐만 아니라 전 세계적으로 습지는 못쓰는 땅(wasteland)으로 인식되어 미국, 오스트레일리아, 중국 등 각국의 전체습지 면적이 약 50%이상 감소

40) 우포습지보전지역의 경우 국가가 1995년 이래 꾸준히 토지매입을 하고 있다. 향후 보전가치가 높은 지역을 민간 차원에서 매입·관리토록 하는 내셔널트러스트 운동의 활성화 등 습지에 대한 민간투자 확대가 요구된다.

되었다고 한다. 이와 같은 습지의 감소는 사막화현상, 온난화현상, 생물다양성 감소 등 다양한 환경문제를 야기시키고 있어 습지관련 환경문제가 외교무대에서 중요한 현안으로 등장하고 있으며, 향후 습지에 대한 국제적 관심과 압력이 날로 증대되리라고 전망된다. 다행히 현재에는 습지를 야생동물 서식처 제공, 재화 서비스의 생산가치 등으로 새롭게 인식하는 경향이 높아짐에 따라, 람사르협약 등 국제적 습지관련 협약에 의한 습지보호·규제가 지속적으로 강화되고 있는 추세이며, 한국에서도 습지에 대한 체계적·합리적인 보전·관리·이용에 대한 요구가 증대되고 있다.

현행 한국의 법제도 아래에서 습지보전과 습지개발이라는 가치의 갈등은 심각한 수준에 있으며, 이것은 특히 습지보전이라는 관점에서 합리적으로 시급히 해소되어야 할 문제라고 본다. 이와 같은 양자의 갈등은 일반적으로는 희생되는 습지의 가치를 포함한 손실과 개발이익을 비교하여 개발의 정당성 여부를 결정하는 형식을 취하고 있다. 문제는 양자의 이익을 형량하여 그 가치를 산정함에 있어서는 당시까지 밝혀진 습지의 기능과 효용 중 금전으로 환산할 수 있는 가치만을 평가하여 만일 그 손실보다 이득이 큰 경우에는 일반적으로 개발의 정당성을 부여하고 있다는 점이다. 이것은 습지등 대규모 환경훼손이 수반하는 개발에 대한 면죄부를 별다른 고민없이 부여하는 것과 같다.

중·장기적으로는 환경우위적 조화를 추구하는 것이 세계적 추세에 부응하고, 환경국가를 앞당길 수 있다는 점에서 바람직하다고 본다. 그러나 환경에 관한 인식이 정책적으로 아직 성숙한 단계에 이르지 못한 현실을 고려할 때, 환경우위적 조화 보다는 상호대등적 조화관계를 추구하는 것이 잠정적 차선책으로 옳다고 본다. 즉 자연환경보전과 개발사업추진이라는 일응의 대립적 가치의 관계는 본질적으로 대립적 우열관계가 아닌 상호조화적 대등관계라고 보아야 한다. 그 이유는 자연환경 보전의 가치가 개발에 따른 가치보다 우선적으로 보호되어야 할 가치라고 해석할 근거는 없으며, 그 반대도 마찬가지라고 보아야 한다.

그렇다면 개발이익과 환경보전가치라는 양자간의 조화를 이루기 위한 적정한 지속가능한 개발이익(s.p)은 제1안의 최소개발이익(mini.p)보다는 크고, 제2안의 최대개발이익(max.p)보다는 작을 수 있다(mini.p 〈 s.p 〈 max.p). 이 범위안에 들어가는 경우에는 당해 개발사업의 규모와 성격이나 훼손되는 환경의 기능이나 가치 등을 종

합적으로 고려하여 개발여부가 판단되어야 한다. 핵심적으로는 개발대상이 갖는 환경의 경제적 가치 등 가치에 따라서 개발이익의 요구정도가 정해진다. 즉 개발로 인해 훼손되는 환경이 갖는 가치가 큰 경우에는 요구되는 개발이익은 max.p쪽으로 좌표를 설정하여, 보다 커다란 이익을 충족시켜야 한다는 점에서 개발이 용이하지 아니할 수 있고, 그 반대인 경우에는 mini.p쪽으로 좌표를 설정하게 될 것이고, 상대적으로 개발이 용이할 수 있다.

이와 같은 관점은 자연환경을 보전할 필요성 못지않게 국민경제의 균형있는 발전을 위하여 개발사업을 추진할 필요성 또한 부인할 수 없으므로 습지의 완벽한 보전은 실질적으로 불가능하다는 점을 수용한고 있음을 의미한다. 그렇다면 습지보전과 개발과의 조화를 위한 제도적 개선방안으로서 습지의 손실과 훼손을 최소화하면서 어느 정도 습지에 대한 개발요구를 수용할 수 있는 법적·제도적 장치로서 마련될 필요성이 있으며, 이에 부응하는 제도로서 습지총량제도의 도입을 고려할 필요성이 있다. 이를 위해서는 방법적 대안으로서 대체습지제도 및 습지은행제도의 도입검토가 수반되어야 한다. 또한 현실적으로 습지보전의 관건이 되는 주민 협력을 유도하기 위한 습지보전지역의 주민에 대한 지원사업을 시행하기 위한 법적근거를 마련할 필요성이 있다.

환경부는 최근인 2008년 10월 '습지보전기본계획'을 발표한 바 있으며 이에 따르면 현행 습지보전법은 습지를 훼손하는 개발사업을 억제하는 제도적 수단이 미흡하다는 점을 인식하고 있으며, 향후 개발사업 추진시 대체습지 조성의무 및 '습지총량제' 도입을 위한 사전준비 등을 강구하고 있음을 볼 때 습지보전과 개발의 조화를 꾀하기 위한 법적·제도적 개선이 있으리라고 전망된다. 그렇지만 소위 연안발전특별법 등 연안개발의 국가적·지방자치단체별 개발욕구 및 지원을 염두에 둔다면 습지보전과제는 지속적으로 심각한 도전에 직면하리라고 전망되며, 이를 극복하기 위해서는 각계 전문가 및 국민일반의 습지보전의 필요성에 대한 인식이 절대적으로 요구된다고 하겠다.

참고문헌

경남발전연구원, 경상남도지역 습지조사 보고서, 2006.

곽승준, 유승훈, 이충기.“조건부가치측정법을 이용한 우포늪의 보존가치 추정.” 「국제경제연구」 8(3), 2002.

국토해양부, 2008년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서, 2008.

김일중 외, 환경정책의 비용/편익분석 지침서, 환경부, 2003.

김홍균, 갯벌의 보전 및 관리-습지보전법의 한계와 개선방향, 저스티스 통권 제69호, 2002.

낙동강유역환경청, 낙동강유역 습지조사 보고서, 2006.

남정호, OECD 환경성 평가 권고안 이행 방안 - 연안·해양 자연환경 및 생물다양성 보전 분야 -, 월간해양수산 통권 제268호, 2007/1.

박균성·함태성, 환경법, 박영사(제3판), 2008.

박정근. 「새만금 갯벌의 수산물 생산가치 추정」 새만금사업 환경영향공동조사 결과보고서(경제성 분야)의 일부. 새만금사업 환경영향 공동조사단, 2000.

방상원외, 습지보전을 위한 정책방안 연구-습지은행제도(Wetland Banking)을 중심으로-, 한국환경정책·평가연구원, 2006.

_____, 습지환경포럼, 한국환경정책·평가연구원/UNDP, GEF, 국가습지보전사업관리단, 2006.

신영철, 비시장재화 가치 평가의 이론과 실제, 연구보고서, 국회예산정책처, 한국환경정책·평가연구원, 2007.

이규천 외, 생물다양성 관리계약 시행체계에 대한 연구, 한국농촌경제연구원, 2001.

전병성, 환경보전을 위한 토지이용규제제도의 현황과 개선방향, 저스티스 통권 제74호, 2003.

조승현외, 생물다양성 보전을 위한 유인제도 활성화 방안, 한국환경정책·평가연구원, 1999.

한국해양연구원, 대체습지조성 중장기 계획 수립용역(Ⅰ), 해양수산부, 2003.

환경부, UNDP, GEF, 국가습지보전기본계획 수립, 2007.

환경부, UNDP, GEF국가습지보전사업단, 습지총량제 도입 방안 구축사업, 2007.
_____, 국가습지 유형분류 체계구축, 2005.
_____, 2006 전국내륙습지 정밀조사-산들늪·화포늪·장척지·금강호, 2007.
환경부, 습지보호지역 보전계획, 2003.
환경운동연합/주한 영국대사관, 습지보전의 경험과 전략, 2000.
홍준형, 환경법, 박영사, 2005.

Dugan, Patrick, Wetlands in Danger, World Conservation Atlas Series, 1993.
Environmental Law Institute, Banks and Fees-The Status of Off-Site Wetland Mitigation in the United States, 2002.
Jessica Wilkinson and Jared Thompson, 2005 status Report on Compensatory Mitigation in the U.S., Environmental Law Institute, 2006.
John Kusler/Teresa Opheim, Our national wetland heritage-A protection guide(2nd ed.), Environmental Law Institute, 1996.
Mitsch, William J./James G. Gosselink, Wetlands, 4th ed., New York: John Wiley & Sons, 2007.
Nancy K. Kubasek/Gary S. Silverman, Environmental law, Pearson/Prentice Hall(6th ed.), 2008.
Richared L. Revesz et al., Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2000.
US EPA & Environmental Law Institute, Measuring Mitigation - A Review of the Science for Compensatory Mitigation Performance Standards, 2004.

<참고 SITE)
US EPA, Wetlands. laws. http://www.epa.gov/owow/Wetlands/laws/
http://me.korea.kr/me/jsp/me1_branch.jsp?_action=news_view&_property=p_sec_1&_id=155318319&.

http://www.fws.gov/nwi/PubsReports/SandT/trends_2005_report.pdf

<참고 판례>

헌재 1999. 10. 21 선고 97헌바26 결정; 헌재 1998. 12. 24 선고 89헌마214 결정.

대법원 2006.6.2. 자 2004마1148,1149 결정 참조.

서울행법 2005. 2. 4. 선고 2001구합33563 판결; 서울고법 2005.12.21. 선고 2005누4412 판결; 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체 판결.

<Abstract>

The Harmony of Wetlands Conservation and Laws Related Exploitation

Han, Sang Woon

The conservation and perpetual exploitation and utilization of wetlands have become a problem winning far and wide international attention. We are undeniable necessity to proceed with exploitation business for balanced developments of national economy like necessity to keep the natural environment. Therefore, substantially a perfect conservation of wetlands is impossible.

If so, there is the necessity of the laws which can accept demand of exploitation of wetlands as a systematic improvement plan for harmony with wetlands conservation and exploitation while minimizing loss and damage of wetlands. There is necessity to take introduction of 'No Net Loss of Wetlands' is duty into consideration as systems to satisfy to this. To date, 'No Net Loss of Wetlands' has been interpreted to mean wetlands should be conserved wherever possible, and that acres of wetlands converted to other uses must be offset through restoration and creation of other wetlands, maintaining or increasing the total wetland resource base. In other words, 'No Net Loss of Wetlands' by itself implies the continued loss of habitat. 'No Net Loss of Wetlands' can be realized by wetlands mitigation banking system. A wetlands mitigation banking system is defined as an area designated for the restoration, creation, enhancement and, in exceptional circumstances, preservation of wetlands and other aquatic resources expressly for the purpose of providing compensatory mitigation in advance of authorized impacts to similar resources. The objective of the bank is to contribute to the goal of 'No Net Loss of Wetlands' by maintaining and enhancing the physical, biological and chemical functions lost from authorized impacts to wetlands. In this study, I try to present the comparative analysis of recent wetland legislations and policies of Korea regarding wetlands conservation. In order to develop all-around wetlands conservation management of Korea, it is suggested that we learn advanced management

models and experiences from foreign developed countries, establish a management system led by government.

주 제 어 습지, 습지보전, 습지총량제, 습지은행제, 습지보전과 개발의 조화
Key Words Wetlands, Wetlands Conservation, 'No Net Loss of Wetlands', Wetlands mitigation banking system, Harmony with wetlands conservation and exploitation

연구논문

眺望利益侵害의 違法性*

金 明 龍**·尹 大 成***

차 례

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 조망이익의 법적보호에 관한 법리구성
Ⅲ. 조망이익의 침해에 관한 구제방안
Ⅳ. 결어

Ⅰ. 서설

인간은 쾌적한 환경에서 생활하기를 원한다.[1] 그러나 오늘날 도시의 밀집화에 따라서 이웃 건물 사이에 일조 침해 또는 조망 침해 등으로 쾌적한 생활환경이 침해되고 있다. 이와 같은 생활환경의 침해로 인한 분쟁이 이웃 사이에 날로 증가하고 있다.

우리 법제에 있어서 이와 같은 생활환경의 침해 가운데 일조침해에 관하여는 건축법시행령에 의하여 그 기준을 제시하고 이를 위반하면 위법성이 인정되지만, 조망침해에 관하여는 아무런 기준을 제시하고 있지 않음으로써 법적 해결에 있어서 위법성의 인정이 문제된다.

그러므로 이 연구는 조망이익이 침해되었을 때에 어떻게 위법성을 인정할 것인가를 중심으로, 조망이익의 침해에 관한 법적구성에 관한 것을 목적으로 한다.

* 이 논문은 2007년도 창원대학교 연구비에 의하여 연구되었음.
** 창원대학교 법학과 부교수, 법학박사
*** 창원대학교 법학과 명예교수, 법학박사
1) 헌법 제35조에 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다"고 규정하였으며, "국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다"고 규정함으로써, 인간의 쾌적한 생활을 보장하고 있다.

이와 같은 조망이익의 침해에 대한 위법성에 관한 법적구성을 통하여 새롭게 제기되고 있는 조망이익을 중심으로 한 생활환경침해에 의한 분쟁해결의 기준을 제시함에 그 연구의 필요성이 있다.

이 연구는 조망이익의 침해에 관한 사례를 분석하여 조망이익을 어떻게 보호할 것인가를 중심으로, 조망이익의 법적보호에 관한 법리구성, 조망이익의 침해에 관한 구제방안 등을 체계화 하는 것을 내용으로 한다.

따라서 이 연구는, Ⅰ. 서설에서, 문제의 제기, 연구목적, 연구동향, 연구방법 등을 서술하고, Ⅱ. 조망이익의 법적보호에 관한 법리구성, 특히 조망이익과 경관이익의 분리를 중심으로 조망이익의 법적보호와 그 침해에 대한 위법성의 인정문제를 다루고, Ⅲ. 조망이익침해에 관한 구제방안, 특히 사전적 구제와 사후적 구제를 판례와 학설을 분석 검토하며, Ⅳ. 결어로 구성하고자 한다.

이 연구는 조망이익침해에 관한 기존연구 및 판례 등을 수집하여 분석하고 검토하는 문헌조사방법에 의한다.

이 연구의 주제인 조망이익의 침해에 관한 연구의 동향을 분석하면 다음과 같다. 먼저 국내의 동향을 보면, 대법원 판례[2]가 현재 겨우 10여건에 불과하고 연구논문[3]

2) 대법원 2007.6.28. 선고 2004다54282 판결[손해배상(기)]; 대법원 2007.6.14. 선고 2005다72058 판결[손해배상(기)]; 대법원 2004.9.13. 선고 2004다24212 판결[손해배상(기)]; 대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결[손해배상(기)]; 대법원 2000.2.8. 선고 97누13337 판결[도시계획용도지구변결결정처분무효확인등] 등.

3) 곽은희, "조망권에 관한 연구", 석사학위논문, 동아대학교 대학원, 2005; 구자훈, "외국도시의 조망권 확보 사례", 도시문제, 제36권 제395호, 대한지방행정공제회, 2001; 김재훈, "조망권 침해현황과 분쟁사례", 도시문제, 제36권 395호, 대한지방행정공제회, 2001; 김현, "일조권과 조망권 : 대법원 2004.9.13. 선고 2004다24212 판결 손해배상", 법률·특허분쟁사례, 제53권 제10호, 대한토목학회, 2005.10; 김남욱, "조망권의 법리", 환경법연구, 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005; 김세규, "우리 판례상에 나타난 조망, 경관권에 관한 고찰", 환경법연구, 제27권 제3호, 한국환경법학회, 2005.12; 김종년, "조망권의 침해의 사법적 구제에 관한 연구", 석사학위논문, 창원대학교 대학원, 2004; 김종률, "조망권의 법적 구성론", 법조, 제559호, 법조협회, 2003.4; 김지석, "조망권에 관한 민사법적 고찰", 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 2005; 류창호, "조망권에 관한 연구 : 민법 제217조의 적용가능성을 중심으로", 법제연구, 제29호, 한국법제연구원, 2005; 이상욱/배성호, "경관이익의 법적 보호에 관한 연구 : 일본에서의 학설과 판례를 참조하여", 배교사법, 통권 제35호, 한국비교사법학회, 2006.12; 송오식, "조망방해와 사법적 구제", 비교사법, 제14권 제2호, 한국비교사법학회, 2007.6; 안경희, "조망권에 대한 소고", 재산법연구, 제23권 제2호, 한국재산법학회, 2006.10; 이동원, "조망권 침해에 관한 판례의 동향", 법조, 제54권 제10호, 법조협회, 2005.10; 전경운, "조망권의 성립여부", 비교

은 몇몇 연구자에 의하여 다루어지고 있을 뿐이었으나, 최근에 한국민사법학회가 대법원과 공동으로 개최한 학술대회(2004. 12. 21)에서 특수불법행위에 관한 주제로서 일조·조망의 침해에 의한 법적 문제[4]를 다룬 바가 있었다. 우리나라에서는 지금까지 특히 조망의 침해를 일조의 침해 또는 경관의 침해와 함께 논의하는 경향이 있었다. 그러나 조망이익의 침해는 일조권 내지 경관권의 침해와 관련이 있더라도 이를 구별하여 다루어야 할 것이다.

그러나 외국의 동향을 보면, 특히 일본에서 일조권과 더불어 조망권의 침해를 둘러싸고 제기되는 환경소송과 함께 많은 연구[5]가 진행되고 이미 경관법[6]이 제정되어 시행되고 있지만 조망을 경관과 함께 다루는 경향이 있다.

이 연구결과는 앞으로 우리나라에서 조망이익의 침해에 따른 환경소송에 있어서 위법성의 판단기준을 제시함으로써 조망이익의 침해에 대한 공법적 구제 및 사법적 구제에 기여할 것이다.

Ⅱ. 조망이익의 법적보호에 관한 법리구성

1. 조망분쟁과 그 배경

공사금지가처분사건[7]에서 "조망"은 주거환경을 좌우하는 영향요소로서 기능한다고 전제하고, 해운대가 풍부한 자연환경자원이 분포되어 있는 지역임은 공지의 사실이다 하였다. 그리고 원심 법원의 현장검증 결과에 변론의 전취지를 종합하면, 이 사

사법, 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005.6; 조은래, "조망권의 민사법적 보호에 관한 연구", 환경법연구, 제26권 제1호, 한국환경법학회, 2004; 조종현, "조망권", 환경보전, 제26권, 환경보전협회, 2004.11; 윤의섭, "조망권에 관한 재검토", 성균관법학, 제19권 제3호별권, 성균관대학교 비교법연구소, 2007. 12. 등.

4) 이동원, "일조권 및 조망권 침해에 관한 판례의 동향", 학술대회자료집, 한국민사법학회, 2005.12.21.

5) 加藤一郎 編, 公害法の生成と展開, 東京: 岩波書店, 1968; 好美清光 外 2人, 日照・眺望・騒音の法律紛争, 東京: 有斐閣, 1999; 牛山積(編輯代表), 大系環境・公害判例 第7卷(自然保護, 埋立, 景觀, 文化財), (東京: 旬報社, 2001), 161~250頁 등.

6) 일본의 경관법은 2004. 6. 18. 공포되어 2005. 12. 22.부터 시행되고 있음.

7) 대법원 1999.4.29. 선고 98나10656 판결 : 상고기각[공사금지가처분]

건 건물이 건립될 경우 신청인등이 누리던 조망의 상당 부분이 침해되리라는 것을 부정할 수는 없다고 하였다. 여기에서 법원은 조망을 경관과 구별되어 사용되지 않고 있음을 알 수 있다.

그러나 경관이라 함은 풍경 외관 또는 그와 같은 아름다움이 자연과 인간계에 들어있는 현실 같은 것이지만, 조망이라 함은 멀리 내다보는 것과 같이 "내다보는 것"이다.[8] 경관에 대하여 통일적인 정의는 없지만 일반적으로 풍경, 경치, 외부에 보이는 총체 또는 그 아름다움으로 이해되는 것이 많다.[9] "조망경관"이라는 표현과 같이 보통 조망과 경관은 명확하게 구분되지 않고 사용되는 것이 많은 것 같다.[10]

그러나 법학이나 환경법에서는 조망 경관에 관한 분쟁문제의 소재를 탐구하여 조망 내지 경관이라는 환경이익을 어떻게 법적으로 보호할 수 있는가의 문제를 그 법률제도의 정비까지를 염두에 둘 때에 조망과 경관은 구분되는 것이 편리하다 할 것이다.[11] 비록 그 구분이 용이하지 않더라도 법적으로 보호될 실체가 다를 수 밖에 없다 할 것이다.[12]

역사적으로 보면, 판례에서 먼저 나타난 것은 조망침해의 사례이었던 것이다. 조망침해분쟁은 일조·통풍의 방해분쟁 등과 함께 상린관계법에 의한 사적 분쟁 내지 민사분쟁으로 나타났던 것이다.[13] 여관이나 호텔업자에 의한 조망이익과 개인의 주거에 의한 조망이익에 공통된 것은 무엇보다도 사적인 관점으로 객실, 욕실 등에서 내다보는 것이 좋아야 하는 것이다. 이것은 시각의 대상으로서 존재하는 경관을 차단하는 건축물에 의하여 잃게 되거나 어느 경우에는 토지소유권이나 토지이용권의

8) 新村出 編, 「廣辭苑」 제5판, (東京: 岩波書店, 1998) 참조.

9) 俵浩三, "景觀", 環境敎育事典編纂委員會 編, 「新版環境敎育事典」, (東京: 旬報社, 1999), 108頁.

10) 앞에 인용된 판례(대법원 1999.4.29. 선고 98나10656 판결 : 상고기각[공사금지가처분])도 그렇다고 할 것이다.

11) 우리나라에서 조망(이익)과 경관(이익)의 구별에 대하여, 안경희, 전게논문, 167면; 송오식, 전게논문, 190~192면; 조은래, 전게논문, 252면 이하; 최환용, 일본의 경관보호법제, (한국법제연구원, 2005), 30면 이하 등 참조.

12) 大阪彌護士會環境權硏究會 編, 「環境權」(東京: 日本評論社, 1973), 83~84頁; 澤井裕, "京都岡崎有樂莊事件評釋", 谷口知平 編集代表, 「判例公害法」(東京: 新日本法規, 1971), 8257頁; 淡路剛久, 「環境權の法理と裁判」(東京: 有斐閣, 1980), 110頁 등 참조.

13) 부산고법 1999. 4. 29. 선고 98나10656 판결 : 상고기각 【공사금지가처분】[하집1999-1, 63]; 서울남부지법 2004. 4. 2. 선고 2002가합16690 판결 【건축공사금지】 항소 [각공2004.6.10.(10),745] 등.

침해를 입게 된다. 또한 여관업자로서는 영업권이라는 재산권의 침해, 일반사인에게는 인격권의 침해 등을 입게 된다.[14] 그러나 주의할 것은 어느 사건이 역사적 경관을 파괴하는 동시에 특정인 또는 특정한 관광사업자의 조망이익을 침해할 수 있다는 점이다. 이 경우에는 일반공중의 공공이익과 특정인이나 사업자의 사적 이익 양쪽을 침해하게 된다. 각각 법적 구제수단이 다르기 때문에 일률적으로 말하기 어렵다는 문제가 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라에는 조망이익을 직접 보호하는 법률이 없다.[15] 그러나 우리나라에서도 경관법(2007. 5. 17. 법률 제8478호)이 제정되어 2007년 11월 18일부터 시행됨에 따라서 조망과 경관은 법적으로 구별되어야 할 것이다. 이 법은 조망과 달리 '경관'은 "자연, 인공요소 및 주민의 생활상 등으로 이루어진 일단의 지역 환경적 특징을 나타내는 것"이라고 정의하고 있기 때문이다.[16] 따라서 지금까지 조망권의 침해라든지 조망경관권의 침해라고 하면서 이를 논의하여왔음에 대하여 새로운 국면을 맞았다 할 것이다.

2. 조망소송에 관한 판례의 변천

(1) 아파트 건축 등의 사례

서울남부지법 2004. 4. 2. 선고 2002가합16690 판결 【건축공사금지】 항소사건[17]에서,

원고들은, "이 사건 건물이 20층 이상으로 건축될 경우 피해 아파트에 거주하는 원고들의 일조권, 조망권, 주거환경의 이익이 사회통념상 수인한도를 넘을 정도로 침해될 것이므로 그 침해를 예방하기 위하여 피고들은 신축예정인 이 사건 건물 중 20

14) 牛山積(編輯代表), 前揭書, 162~163頁.

15) 그러나 일본에서도 지방공공단체가 제정한 '경관보호조례'가 있을 뿐 경관보호법과 같은 법률이 없던 가운데 경관법이 제정되어서 시행되고 있다. 다만 경관보호와 관련된 법률로서 자연보호·환경보호관계법, 문화재보호법, 도시경관관련법 등에 규정하고 있던 것이 경관법에 포함되게 되었다. 牛山積(編輯代表), 前揭書, 165~168頁 참조.

16) 윤의섭, 전게논문, 586면.

17) 각공2004.6.10.(10),745.

층을 초과하는 건축공사를 하여서는 아니된다."고 주장하였다. 이에 대하여 피고들은, "이 사건 공사는 적법하게 건축허가를 받아 시행한 것으로서 정당한 소유권의 행사이고, 원고들의 생활이익이 침해되지 않을 뿐만 아니라 설령 침해된다 하더라도 사회통념상 수인할 정도에 불과하며, 만약 허가받은 층수보다 낮은 층수로 건축하게 될 경우에는 피고들이 막대한 손실을 입게 될 것이므로 원고들의 주장은 부당하다."고 주장하였다. 원고나 피고는 모두 조망권의 침해를 수인한도론에 의하여 사회통념상 수인한도를 넘었느냐 아니냐를 다투고 있는 것이다.

이 사건에서, 조망권 침해에 관한 법원의 판단을 보면, "(1) 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망의 이익이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 조망권은 법적 보호의 대상이 될 수 있다(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결 참조). 먼저, 원고들에게 위와 같은 법적 보호의 대상이 되는 조망권이 인정되는지의 여부에 관하여 살피건대, 앞서 본 바와 같이 피해 아파트는 공동주택과 상가건물이 밀집되어 있는 지역에 위치하고 있는데, 피해 아파트와 마주보고 있는 이 사건 건축부지에는 이전에 원고들이 거주하고 있던 피해 아파트와 높이가 거의 비슷한 2개동, 각 12층의 미주아파트가 건립되어 있었으므로 원고들은 단지 피해 아파트의 남쪽에 높이가 거의 비슷한 미주아파트가 건축되어 있음에 따라 미주아파트의 상공 부분에 더 이상의 차단물이 없어 시야에 방해를 받지 않고 그 상공 부분을 조망할 수 있는 정도에 불과하였고, 특별히 그 상공 부분 등을 통하여 조망할 수 있는 경관이 있다고 볼 만한 아무런 사정이 없으므로 원고들이 갖는 조망의 이익은 생활이익으로서 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정할 만한 정도에 이르지 못하였다고 할 것이고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 그렇다면 원고들에게 앞서 본 바와 같이 법적 보호의 대상이 되는 조망권이 인정되지 않는다고 할 것이므로 원고들의 주장은 이유 없다. (2) 설령 원고들에게 원고들 주장과 같은 조망권이 인정된다고 하더라도 조망권 침해를 이유로 한 원고들의 이 사건 청구는 아래와 같은 이유로 받아들이기 어렵다. 인접 대지 위에 건물이 건축됨에 따라 조망권이 침해되더라도 그로 인한 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에 한하여 인접 대지상의 건축공사의 금지를 청구할 수 있다고 할 것인바, 그 수인한도 역시 피해의 성질 및 정도, 가해행위의 태양 및 공공성, 가해건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선

후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 그런데 이 법원의 현장검증 결과와 감정인 이호일의 감정 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피해 아파트의 에이(A)동 전체 132세대, 디(D)동 48세대, 이(E)동 24세대, 에프(F)동 24세대, 지(G)동 12세대, 총 240세대에 대하여 거실 발코니에서의 천공도에 의한 조망침해율을 분석한 결과 이 사건 건물이 예정대로 완공될 경우 별지 세대별조망침해율표 기재와 같이 에이(A)동 105호, 에프(F)동 102호, 202호, 302호를 제외한 각 세대에 대하여 기존보다 조망침해가 증가하지만, 그 조망침해증가율은 별지 세대별조망침해율표 기재와 같이 약 1%에서 8% 정도에 불과한 사실을 인정할 수 있고, 피해 아파트와 이 사건 건물이 위치한 지역은 대도시인 서울특별시의 주택난을 해소하고 불량 노후 주거지역을 보다 쾌적한 환경으로 개발하기 위해 토지의 효율적 이용 및 토지 이용의 극대화가 요구됨에 따라 공동주택의 고층화가 일반화되어 있는 곳이고, 피해 아파트는 도시계획법상 주거전용지역에 위치하고 있으나 폭 35m의 도로를 사이에 두고 일반상업지역에 인접하여 있음은 앞서 본 바이다. 그렇다면 이 사건 건물의 신축공사로 인한 원고들의 조망권 침해의 정도가 비교적 경미하다고 할 것인바, 그와 같은 사정에다 위에서 본 바와 같은 피해 아파트의 위치, 주변 환경 등을 감안하여 볼 때 이 사건 공사로 인하여 원고들에게 조망권 침해가 발생한다고 하더라도 그 침해의 정도가 이 사건 공사를 중지시켜야 할 정도로 현저하여 사회통념상 수인할 수 없는 정도에 이른다고는 볼 수 없다. (3) 따라서 조망권 침해를 이유로 한 원고들의 이 사건 청구는 이유 없다."고 판단하였다.

(2) 고층 주상복합건물 건축 등의 사례

부산고법 1999. 4. 29. 선고 98나10656 판결 : 상고기각 【공사금지가처분】 사건[18]에서, 신청인들은, 이 사건 토지 위에 이 사건 건물과 같은 규모, 용도의 건물이 건립될 경우 아래 (2)(가)항 판시와 같은 이익 내지는 권리를 침해당하게 될 것이므로, 아래 (2)(나)항 판시와 같은 권리에 기하여 피신청인들의 이 사건 건물의 건축행위를 저지할 수 있다면서, 피신청인들을 상대로, 이 사건 건물의 신축공사 중 20층

18) 하집1999-1, 63.

이상의 건축행위에 대한 금지를 구하는 이 사건 가처분신청을 하고 있다. 즉, 신청인들이 내세우는 이 사건 가처분의 근거에 관한 주장은, (가) 피침해이익에 관한 주장으로, ① 초고층의 이 사건 건물이 신축되면, 피해 아파트의 입주자인 신청인들은 그들이 종래 누려오던 일조권(일조권)과 천혜의 경승지인 해운대해수욕장, 동백섬 및 푸른 바다에 대한 조망권(조망권) 등을 침해당하는 피해를 입게 되고, ② 공사기간 동안, 신청인들은 그 과정에서 발생하는 소음, 진동, 분진 등 각종 공해에 시달리게 되고, 지하 5층까지 깊이 지하를 굴착할 경우 그로 인하여 피해 아파트의 안전도 위협받게 되며, ③ ㉮ 이 사건 건물의 완공 후에는 과다한 교통량이 유발되어 그로 말미암아 그 일대가 극심한 교통체증, 소음, 매연 등에 노출될 것이고, ㉯ 이 사건 건물의 구조나 용도, 높이 등에 비추어 주변 건물과의 사이에 부조화가 생기고, 그 결과 도시미관을 해치게 되며, 여기다가 위 ㉮항 판시와 같은 환경 피해 등으로 인하여 종국적으로는 해운대해수욕장이 천혜의 경승지로서 갖는 가치 내지는 이 지역의 장기적인 환경가치나 이익이 심하게 훼손 당하게 되는데, 이러한 피해들은 모두 금전배상만으로는 그 권리구제의 목적을 달성할 수 없을 정도로 수인(수인)의 한도를 넘는다는 취지이고, (나) 피보전권리에 관한 주장으로, ① 신청인들이 침해당하게 되는 위와 같은 각종 권리, 이익 등은, 신청인들의 거주지에 대한 소유권의 한 내용이라고 볼 수 있고, ② 그렇지 않다고 하더라도 헌법 제35조 소정의 환경권의 한 내용으로서의 이른바 주거환경권 또는 헌법 제10조 소정의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거한 인격권의 한 내용으로서 법적 보호의 대상이 된다는 취지이다. 즉 신청인은 수인한도론에 의하여 그들이 종래 누려오던 일조권(일조권)과 천혜의 경승지인 해운대해수욕장, 동백섬 및 푸른 바다에 대한 조망권(조망권) 등을 침해당하는 피해를 입게 되고, 신청인들의 거주지에 대한 소유권의 한 내용이라고 볼 수 있고, 그렇지 않다고 하더라도 헌법 제35조 소정의 환경권의 한 내용으로서의 이른바 주거환경권 또는 헌법 제10조 소정의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거한 인격권의 한 내용으로서 법적 보호의 대상이 된다는 취지의 주장이다.

이 사건에서 조망권 침해에 대한 법원의 판단은, 조망권 침해에 관하여 "(가) 조망은 주거환경을 좌우하는 영향요소로서 기능하고, 해운대가 풍부한 자연환경자원이 분포되어 있는 지역임은 공지의 사실이며, 원심 법원의 현장검증 결과에 변론의 전취

지를 종합하면, 이 사건 건물이 건립될 경우 신청인들이 누리던 조망의 상당 부분이 침해되리라는 것을 부정할 수는 없다. (나) 그러나 과연 신청인들에게 그들이 주장하는 바와 같은 조망권이 인정되는지도 문제(왜냐하면, 보통의 지역에 인공적으로 특별한 시설 즉, 경관이 조망되지 않는 평지에 고층건물을 축조하여 너른 지역을 조망할 수 있게 된 경우 등에는 다른 고층건물의 건축에 의하여 조망방해를 받더라도 조망권을 주장할 수 없을 것이다)거니와 설사 그러한 조망권이 인정된다 하더라도, 위 (가)항 판시의 소명자료에 의하면, 피해 아파트에서 바라볼 수 있는 해운대의 경관 중 이 사건 건물에 가려 그 조망에 방해를 받으리라고 보이는 것은 동백섬과 솔밭유원지의 일부 및 해운대 앞 바다의 일부에 불과하고, 이 사건 건물로 해운대해수욕장 자체에 대한 조망이 침해당한다고 보기에 충분한 소명자료는 없으며, 오히려, 위 소명자료에 의하면, 이 사건 건물이 아니더라도 피해 아파트에서는, 인근에 있는 기존의 다른 건물들(특히 오션타워 및 그랜드호텔) 때문에 모래사장을 비롯한 해운대해수욕장의 전경이 보이지 않는 사실이 소명되는바, 이러한 사정에다가 위 (1)(나) ② 항 판시의, 이 사건 토지가 영구히 나대지로 방치될 곳이 아니라 상업지역으로서 고층건물이 들어설 곳으로 예정되어 있었고, 그러한 사정을 신청인들이 벌써 알고 있었던 점을 종합하여, 위에서 인정한 조망피해의 정도를 판단하면, 위와 같은 내용 또는 정도의 조망제한으로 인한 신청인들의 피해는 수인한도를 현저히 넘는 피해라고 보기도 어렵고, 달리 그렇게 보기에 충분한 소명자료가 없으므로, 조망권을 근거로 한 신청인들의 주장은 받아들일 수 없다."고 판단하였다.

한편 공공 또는 일반공중의 이익에 관하여, "(가) 신청인들의 주장을 살펴보면, 그 주장 중에는, 해운대 일대의 다른 지점으로부터 해운대해수욕장을 바라보는, 일반인들의 조망권이 침해된다거나{위 (2)항 관련}, (중략) 이 사건 건물의 건립으로 해운대해수욕장이 천혜의 경승지로서 갖는 가치를 심하게 훼손당하는 등 해운대 일대에 환경파괴가 초래될 것이라면서, 이러한 공공 또는 일반공중의 이익을 바로 이 사건 가처분의 근거로 삼거나 적어도 그 가처분의 당부를 판단함에 있어서 충분히 반영하여야 한다는 취지의 주장도 포함되어 있는 것으로 보인다. (나) 살피건대, 이 사건 건물이 건립되면, 그 위치, 규모, 용도, 높이 등으로 보아 해운대해수욕장 등에 대한 일반인의 조망이 더러 방해를 받게 되고, 교통혼잡으로 인한 피해가 발생하는 일이 생길

수 있으며, 이 사건 건물에 대한 건축허가는 1995. 2.에 마련한 해운대구청의 관광종합개발계획의 개발방향에도 맞지 아니하며(왜냐하면, 수영만 매립지 내 도시설계지구에는 최고의 대규모 인공위락·유희·문화복지·유통·전문숙박시설이 들어서도록 하고, 완충녹지공간을 확보하여 해양을 배경으로 한 독특한 유희공간을 창출하는 것으로 계획되어 있다), 상업지역인 관광지에 주상복합건물의 형식을 빌려 최고급의 공동주택을 신축하는 점 및 해운대가 관광지로서 차지하는 비중, 이 사건 건물의 건축허가 과정에서 그 건물의 위치, 구조, 규모, 용도 등에 비추어 허가 관청 및 시공 당사자와 시민 내지 적어도 인근 주민들과의 사이에 의견교환이 충분치 못했던 게 아닌가 하는 의문이 드는 점 등을 감안하면, 일반공중의 입장에서, 공공의 이익을 내세울 경우 이 사건 건물에 대한 건축허가의 상당성에 상당한 의문을 제기할 수 있을 법도 하다. 그러나 개인의 사권의 보호를 중심으로 하는 민사상의 가처분재판에 있어서 특별한 사정이 없는 한, 그러한 공공 내지 일반인의 이익이나 환경적 이익 등 공중 또는 제3자의 이익은 그 성질상 이를 다른 개인이 그 가처분의 근거로 되는 피보전권리로 삼을 수 없고(이러한 일반인 또는 시민 내지 주민들의 이익 즉, 공공성에 대한 배려는, 일차적으로는 공공의 이익을 위하여 봉사하는 것을 임무로 하는 공무원들의 공무집행, 가령 이 사건의 경우 도시설계심의, 교통영향평가심의 및 건축허가심의 등의 과정에서 고려될 것이고, 2차적으로는 행정법원에서 그 당부를 판단함에 있어서 고려할 사항이지, 민사소송에서 가릴 성질의 것이라고 보기는 어렵다), 물론, 건물 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 타인에 대한 위법한 가해행위에 해당하는지를 평가함에 있어서, 피해이익의 공공성도 판단하여야 한다고 하지만 이 때의 공공성이라는 것은, 예컨대, 피해 건물이 학교·병원이라는 경우와 같이 그 자체의 용도의 공공성과 같은 구체적인 것이지 제3자인 일반인들에 대한 공공성을 가리키는 것이 아니라고 할 것이다. (다) 따라서 공공의 이익 등을 근거로 내세운 신청인들의 주장은 받아들이지 아니한다."고 판단하였다.

(3) 재래시장 재개발・재건축 등의 사례

인천지법 2007.6.28. 선고 2005가합13116 판결 【건물등철거】: 항소사건[19]에서,

원고는, 이 사건 차양시설이 재래시장 육성을 위한 특별법 등 관련 법령을 위반하여 건축된 불법 건축물이고, 이로 인하여 사회통념상 일반적인 수인한도를 넘어 원고 건물 소유자인 원고의 일조권 및 조망권이 침해당하였으므로, 주위적으로 피고들은 원고에게 이 사건 차양시설을 철거할 의무가 있으며, 예비적으로 피고들은 연대하여 원고에게 이러한 일조권 및 조망권 침해로 인한 원고 건물의 시가 하락 등의 재산상 손해와 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다. 이에 대하여 피고들은, (1) 피고 상인번영회, 피고 3은, 이 사건 차양시설 설치 공사는 관련 법령을 준수하여 진행한 적법한 공사이고, 원고도 십정시장의 현대화사업에 동의 또는 추인하였으므로, 이 사건 차양시설 설치로 인하여 원고의 일조권 및 조망권이 침해되었다고 할 수 없고, 가사 침해되었더라도 이는 사회통념상 일반적으로 수인될 수 있는 경우이고, 피고 3은 이 사건 차양시설 설치 공사를 도급받아 공사를 하였을 뿐이므로, 위 피고들은 원고에게 이 사건 차양시설의 철거의무나 손해배상책임이 없다고 주장하고, (2) 피고 부평구는, 먼저 본안전 항변으로 같은 피고는 피고 상인번영회에 보조금을 지급하였을 뿐이므로 피고 적격이 없다고 항변하고, 가사 피고 적격이 있다 하더라도 이 사건 현대화사업에 원고가 동의 또는 추인하였으며, 이 사건 현대화사업은 이 사건 특별조치법 등 관련 법령과 절차에 따라 적법하게 추진된 사업이고 이 사건 차양시설 역시 적법한 시설이므로 원고의 일조권 및 조망권이 침해되었다고 할 수 없고, 가사 침해되었더라도 이는 사회통념상 일반적으로 수인될 수 있는 경우이므로 원고에게 이 사건 차양시설의 철거의무나 손해배상책임이 없다고 주장하였다. 이 사건에서도 원고나 피고는 수인한도론에 의하여 각각 주장을 하고 있다.

이 사건에서 조망권 침해에 관하여 법원의 판단은, 원고의 예비적 청구로서의 조망권 침해에 대하여 "원고는 예비적으로, 피고들은 연대하여 이 사건 차양시설 설치로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 차양시설 설치에 원고가 주장하는 위법성이 인정되지 아니하고, 이 사건 현대화사업구역 내에 토지와 건물을 소유한 원고로서는 비록 위 사업에 동의하지 않았다 하더라도 위 사업으로 인하여 위 사업구역에 속한 다른 건물 등에 비하여 수인할 수 없는 현저한 손해를 입게 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한

19) 각공2007.10.10.(50),2089.

집단적 의사결정방식에 따라 결정된 위 사업을 수용하여야 할 것인바, 감정인 소외 3의 감정 결과에 의하면, 이 사건 차양시설 설치로 인한 일조권 및 조망권 침해로 인한 원고 건물의 시가하락액은 10,211,000원인 사실이 인정되는 한편, 을나26호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 이 사건 차양시설 외에 전기시설 정비, 하수도교체, 도로포장, 공동화장실 설치 등을 포함하여 종합적으로 이루어진 이 사건 현대화사업 전인 2004년에는 그 부지를 포함한 원고 건물의 과세표준액이 94,951,131원이었다가 위 사업 후인 2006년에는 123,399,071원으로 상승한 사실 또한 인정되므로, 이러한 사정을 종합하여 보면 원고가 이 사건 현대화사업으로 인하여 다소 일조권 및 조망권이 침해되는 불이익을 입은 반면 이로 인하여 원고 건물의 경제적 가치가 상승하는 이익도 얻었다고 봄이 상당하고, 또한 원고가 입었다는 일조권이나 조망권의 침해 정도가 위 사업구역에 속한 다른 건물에 비하여 일반적으로 수인할 수 없을 정도로 현저하다고 볼 수도 없으므로 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다."고 판단하였다. 이 사건에서 법원은 수인한도론에 의하여 판단하고 있다.

3. 조망이익의 법적인 보호요건 : 대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결 [손해배상(기)]을 중심으로

(1) 조망이익의 법익으로서의 요건 : 조망이익과 경관보호와의 구별

대법원[20]은, 이 판결에서 조망이익이 법적인 보호의 대상이 되기 위한 요건에 대하여, "어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것인바, 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자

20) 공2007.8.1.(279), 1136.; 이 판결의 평석은, 윤의섭, 전게논문, 581면 이하.

의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정된 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이고, 그와 같은 정도에 이르지 못하는 조망이익의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법적인 보호의 대상이 될 수 없다"[21]고 판시하였다. 이 판결이 나오기 전에도 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결[손해배상(기)][22]은 "어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것인바, 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라 할 것이고, … "[23]라고 판시한 바가 있었다.

이와 같이 대법원은 조망이익이 법적인 보호의 대상이 되기 위한 요건으로서, 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것이라 하면서, 이와 같은 조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라 할 것이라는 일관된 입장을 취하고 있다. 따라서 조망이익도 법적인 보호를 받는 생활이익으로서 객관적으로 인정되는 경우에 법적인 보호의 대상이 된다는 것이다. 즉 조망이익은 제한적으로 법적인 보호이익이 되는 것이다. 그리고 판례는 조망이익을 경관보호와 구별하지 않고 있는 것이 그 특색이라 할 것이다.[24] 그

21) 동지, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다72058 판결[손해배상(기)]
22) 공2004.10.15.(212), 1661.
23) 동지, 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결[손해배상(기)]
24) 일본에서 환경권의 제창자들은 조망이익과 경관보호를 구별하고 있다. 즉 조망에서는 특정한 사람의 피해가 문제되는 데 대하여 경관에서는 모든 사람의 이익이 문제되는 점에서 이를 구별하였다. 牛山積(編輯代

럼에도 불구하고 조망은 좋은 경치를 향수하는 개인적 이익의 측면을 의미하지만, 경관은 그것에 의하여 객관적이고 광역화된 가치 있는 자연상태(자연적, 역사적, 문화적 경관)를 형성하고 있는 경우를 의미한다. 따라서 경관의 파괴는 조망의 침해로서 개인적 생활이익의 침해가 되는 것이지만 그 자체로서 보호되어야 할 객관적 가치의 파괴인 것이다. 이와 같은 경관을 향수하는 이익은 이른바 환경권의 하나로서 관념될 수 있지만 재판상 이것을 자기의 권리침해로서 다툴 수 있는가는 문제이다.[25] 여기에서 조망이익과 경관보호의 구별이 분명하게 된다.

(2) 조망이익침해의 위법성 요건 및 그 판단기준

1) 위법성의 요건

조망이익의 침해행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위한 요건에 대하여, 대법원은, 이 판결[26]에서 "조망이익이 법적인 보호의 대상이 되는 경우에 이를 침해하는 행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 조망이익의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용되는 수인한도를 넘어야 하고, … "라 판시하였다.[27]

조망이익에 대하여[28] 본래 "자연의 은혜에 지나지 않는다"[29]라든가, "다분히 은혜적인 이익이다"[30]라든가, 나아가서 "조망이익은 건물의 소유자 내지 점유자가 배타적·독점적으로 향수할 수 있는 이익이 아니라 오로지 조망의 대상과의 사이에 차폐물로서 건물이 존재하지 않았더라면 이라는 우연의 사정에 의하여 사실상 향수할 수 있는 일종의 반사적 이익이다"[31] 등이 강하게 깔려 있다. 따라서 대기오염, 소음, 악취 등의 '침입'에 의한 "적극적 침해"에 대하여 일조방해, 조망침해는 '침입'이 없는

表), 大系環境·公害判例 第7卷(自然保護, 埋立, 景觀, 文化財),(2001), 177頁.

25) 淡路剛久, 「環境權の法理と裁判」(1980), 110頁,

26) 공2007.8.1.(279), 1135.

27) 동지, 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결[손해배상(기)]

28) 淡路剛久, 「環境權の法理と裁判」(東京: 有斐閣, 1980), 177~178頁.

29) 玉田勝也, "眺望, 展望阻害事件", 中川善之助 外 監修, 實務法律大系 제6권 公害, (東京: 青林書院新社, 1974), 530頁 이하.

30) 新關輝夫, "松島海岸眺望事件", 人間環境問題硏究會 編, 環境法硏究, 제18호, 183頁.

31) 志田洋, "眺望妨害と不法行爲責任", 山口和雄 編, 裁判實務大系 제16권, (東京: 青林書院, 1987), 120頁.

"소극적 침해"가 되어서 이를 한 단계 낮게 취급하는 경향이 보였다. 이와 같은 경향은 조망이익의 침해를 일조이익의 침해에 비하여 "생활상 절실하지 않은 것"으로 보려는 것도 사실이다. 그러나 이러한 경향에 대하여 "지역환경권"을 주장하는 학설에 의하여 비판을 받고 있다. 즉, 조망가치라는 것은 자연적·인공적 경관이 사람들의 마음에 평온을 준다는 점에 그 본질적 가치가 있는 것이라고 한다.[32] 그러나 대법원은 조망이익의 침해가 위법성을 갖기 위하여 "조망이익의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용되는 수인한도를 넘어야" 한다고 하였다.

2) 위법성의 판단기준

조망이익의 침해행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되는 경우에 그 침해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부에 관한 판단기준에 대하여, 대법원은 이 판결[33]에서, "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 판시하였다.[34]

이와 같이 조망이익에 요건이 충족된 때에 손해배상 내지 유지를 인정할 것인가 아닌가의 판단기준으로서, 권리남용론과 불법행위론 내지 수인한도론이 주장되고 있다. 권리남용의 법리를 적용함에 있어서 그 권리행사가 위법성을 갖고 권리남용이 되는 경우에는 바로 피해의 발생에 대한 불법행위의 성립을 인정하는 것이다. 특히 조망이익의 침해에 관한 사례에 있어서 권리남용을 인정하는 판례에서는 가해자의

32) 篠塚昭次, "眺望阻害と權利濫用: 三浦海岸事件を契機として", 判例タイムズ, 385호, 31頁 이하.
33) 공2007.8.1.(279), 1135.
34) 동지, 대법원 2004.9.13. 선고 2003다64602 판결[손해배상(기)].

“해의”, “악질적인”과 같은 주관적 요건을 중시하는 경향을 보이고 있다. 그러나 학설에서는 이를 중시하지 않는 이른바 객관적 이익형량설이 통설이다. 이는 불법행위의 위법성 판단에 대하여 상당관계설이 지배적인 것과 그 궤를 같이 한다.[35]

그러나 권리남용을 원용하더라도 불법행위론 내지 수인한도론의 범위에서 위법성을 판단하지 않으면 안 된다는 것이 판례 및 학설의 경향이다. 따라서 수인한도라는 기준을 채용한 경우이더라도 보호할 가치가 있는 조망이익, 가치의 중요성, 그 피해정도의 심각성을 아무래도 중시하지 않으면 안 된다. 이에 대하여 가해행위의 악질, 해의, 배신성 등이 현저한 경우에는 이것은 그로 인하여 위법성을 가중하는 사유로서 평가되어지는 것이 당연하다.[36]

3. 조망이익의 법적 구성

(1) 종래의 학설

조망이익에 관한 법적 구성에 있어서 일조이익과 함께 이를 보려는 기본적 입장에서, 혹은 토지나 건물에 대한 소유권의 침해로 구성하려는 물권적 청구권설,[37] 혹은 조망침해는 곧 개인의 쾌적한 생활이익을 침해하는 것이므로 인격권의 침해로 구성하려는 인격권설,[38] 혹은 헌법 제35조에서 규정하고 있는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 권리인 이른바 환경권의 하나로 이를 구성하려는 환경권설,[39] 혹은 아름다운 조망을 가지고 있는 여관, 호텔, 식당 등은 그로 인하여 이익을 누릴 수 있는데 그와 같은 조망이 차단되는 경우에 영업이익의 침해가 된다고 구성하는 영업이익침해설,[40] 혹은 생활이익의 침해로 불법행위를 구성하는 경우에는 그 효과로서 조

35) 牛山積(編輯代表), 前揭書(2001), 180頁.
36) 牛山積(編輯代表), 前揭書(2001), 181頁.
37) 好美淸光, “日照權の法的構成”, ジュリスト特輯, 日照權, (有斐閣, 1974.1), 218頁: 정재헌, “공해의 사법적 구제”, 사법연구자료, 제6집, (법원행정처, 1979.2), 145면.
38) 윤진수, “환경권 침해를 이유로 하는 유지청구권의 허용여부”, 대법원판례해설, 통권 제23호, (법원행정처, 1995.12), 22면.
39) 이용우, “공해방지소송”, 공해문제와 재판, (법원행정처, 1979.8), 231~234면.
40) 조은래, “조망권의 민사법적 보호에 관한 연구”, 환경법연구, 제26권 제1호, (한국환경법학회, 2004.4), 252

망침해에 대한 보호가 주어진다고 구성하는 불법행위설,[41] 혹은 조망침해로 인한 손해배상과 방해예방, 방해제거의 청구는 곧바로 조망권에 근거한다고 구성하는 조망권설,[42] 혹은 조망권은 개인의 건강하고 쾌적한 생활을 위한 요소인 동시에 토지의 사용과 밀접불가분한 관계에 있으므로 물권적 성격과 인격권의 성격을 함께 지니고 있는 것으로 구성하려는 생활이익향수설[43] 등이 주장되었다.[44]

(2) 조망이익침해의 본질에 관한 학설

1) 생활이익설

일반주택의 조망이익은 생활이익의 일종으로 보려는 것이 판례의 입장이다. 즉 대법원은, 이 판결[45]에서 "조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면"이라고 판시한 것은 바로 조망이익이 본질적으로 생활이익의 하나인 것을 분명히 하고 있다.[46]

2) 인격적이익설

조망이익은 정도의 차이는 있지만 실질에 있어서 인격권 내지 인간에 대한 가해를 의미하는 것이라는 것은 의문의 여지가 없다고 하거나,[47] 이것은 순수하게 재산상의 이해문제라는 것은 적당하지 않다[48]는 의문을 제기하면서, 이를 인격권으로 보아야

면.

41) 유원규, 민법주해(V) 물권(2), (박영사, 1996), 297~298면(집필부분).

42) 전경운, "조망권의 성립여부", 비교사법, 제12권 제2호, (한국비교사법학회, 2005.6), 15면.

43) 구연창, "일조권의 법적 보호", 민사법학, 제6호, (한국민사법학회, 1986), 110면. 다만 이를 '이른바 병존설'이라고 부르기도 한다. 윤용섭, "일조침해와 손해배상", 대한변호사협회잡지, 제95호, (대한변호사협회, 1984.3), 10면.

44) 윤의섭, 전게논문, 588~589면.

45) 공2007.8.1.(279), 1135.

46) 일본에서도 일반주택의 조망이익은 생활이익의 일종으로 보려는 것이 판례 및 학설이 일치한다. 牛山積(編輯代表), 前揭書(2001), 178頁.

47) 澤井裕, 公害の私法的研究, (東京: 一粒社, 1965), 354頁. 다만 동 교수도 물권적 침해의 측면을 부정하지는 않는다.

48) 玉田弘毅, "白浜溫泉事件", 別冊ジュリスト, 제43호, 公害・環境判例, 167頁.

하는 것이 본질이라고 한다. 인격적이익설의 입장은 그 침해에 대하여 위자료의 손해배상을 인정하여야 하고, 그렇지 않으면 재산권의 침해라는 성질도 부정될 수 있는 것이므로 이것에 재산적 가치의 감소에 대한 손해배상을 인정하는 것이 당연하다고 한다.

(3) 검토

이와 같이 여관사업자 등 또는 일반주택의 조망이익은 이른바 사적인 공간에서 향수하게 되는 이익이라는 점에서 공통하므로 그 침해는 일정한 요건을 갖추면 사적 소유권 내지 인격권의 침해로써, 또는 조망권의 권리성이 승인된다면 그 권리 자체의 침해로써 사법적 구제의 대상이 된다. 그와 같은 침해가 있으면 권리남용의 법리 내지 불법행위를 이유로 손해배상을 구할 뿐만 아니라 그 손해의 예방을 위한 민사적 유지청구권의 근거가 될 것이다. 이 점에서 판례와 학설은 이론이 없는 것 같다.

한편 인격적이익설의 입장에서는 그 침해에 대하여 위자료의 손해배상을 인정하지만 재산권의 침해라는 성질도 부정할 수 없으므로 이에 대한 재산적 가치의 감소에 대한 손해배상을 인정하는 것이 당연하다. 지금 판례도 그와 같이 해석하는 것 같다.

문제는 "광역별, 객관적인 이익, 가치"[49]로서의 경관파괴인 경우에 있다. 주민일반이나 일반공중 또는 국민일반의 조망경관을 향수하는 이익은 인간으로서의 문화적 요구에 근거하는 것이라는 의견이 있음을 보았다. 여기에서 말하는 객관적 이익이라는 의미는 사적 영역에서의 주관적, 개인적 이익을 넘어 공공적 이익을 갖는다는 의미가 포함되기 때문이다. 그 침해가 일반공중에 대하여 불쾌감이나 상실감을 주는 이상으로 특정한 사업자, 주민에 대하여 조망이익의 사적 침해라는 특별한 피해를 주는 경우에는 그러한 사람에게 사법적 구제를 인정하는 것은 의문의 여지가 없다.[50] 그렇다면 일반공중에게 어떠한 구제수단을 인정할 것인가. 일반공중 가운데 문제되

49) 淡路剛久, 前揭書(1980), 110頁 이하; 中島晃, "歷史的景觀訴訟", 淡路剛久 외 편, 公害環境法理論の新たな展開, (東京: 日本評論社, 1997), 304頁 이하 참조.

50) 牛山積(編輯代表), 前揭書(2001), 179~200頁

는 조망경관에 특별한 이해관계를 갖는 일정한 범위의 지역주민에게는 어떠한 구제수단을 인정하여야 한다는 의견이 있을 수 있다. 이것도 인격권의 범위 속에서 문제를 보려는 견해가 나올 수 있다고 생각하지만, 이것은 오히려 환경권의 타당영역에 있다고 할 것이다. 이 환경권이 침해되면, 그 피해를 입은 주민은 민사소송에서 위자료로서 손해배상 및 유지청구를 할 수 있을 것이다. 그 보다 먼저 일반공중을 위하여 공중의 권리[51]로서 경관향수권 내지 경관권과 같은 것이 승인될 수 있다면 그 권리의 성격에서 민사상 손해배상 뿐만 아니라 행정유지소송 등 공법적 구제[52]에 의할 수도 있게 되어서 그 구제범위를 넓힐 수 있다는 유력한 근거가 될 수 있을 것이다.

4. 소결

이상으로 조망이익의 법적구성에 관한 판례 및 학설을 분석하고 검토한 결과, 무엇보다도 조망이익을 법적으로 보호할 이익인가, 이와 함께 조망과 경관을 구별할 것인가, 때로는 경관의 파괴가 조망이익을 침해하는 경우에 이를 어떻게 할 것인가 등에 문제가 있음을 확인할 수 있었다.

이와 같이 조망이익이 침해되었을 때에 이에 바로 권리성을 인정하는 것에는 문제가 있으므로[53] 조망이익의 침해를 권리의 침해로 법적 구성하기는 어렵다는 결론에 이르렀다. 그러나 조망이익은 사람으로서 쾌적한 생활을 영위하기 위하여 법적으로 보호되어야 하는 이익이 아닐 수 없다. 조망이익을 법적으로 보호한다는 것은 조망이익이 침해되었을 때에 사법상 또는 공법상 어떠한 구제를 받게 되는가에 귀착되는 것이 아닐 수 없다.

그렇다면 조망이익의 본질을 어떻게 파악하는 것이 그 침해에 의한 피해를 구제하는 것에 가장 적합한가를 이익형량을 하지 않을 수 없다. 우리 판례는 조망이익을 생활이익의 일종으로 보고 있다. 그리고 그 침해의 위법성을 판단함에 있어서 수인한

51) ジョセフ L サックス/ 江川俊夫 譯, "藝術,科學や歷史上の人類文化の偉大な貴重財に對する公衆の權利", 環境と公害, 30권 1호, 참조.
52) 中島晃, 前揭論文(1997), 304頁 이하.
53) 그러나 조망이익을 바로 조망권으로서 권리성을 인정하여야 한다는 주장이 있다. 전경운, 전게논문, 28~31면.

도의 여부에 대하여 엄격한 제한을 하고 있다.[54] 특히 가해자의 주관적 요건까지를 포함하고 있으므로 피해자가 입증의 곤란이라는 문제로 피해의 구제를 받는 것이 쉽지 않다.

여기에서 대법원 판례가 취하는 바와 같이 조망이익은 생활이익의 하나로서 법적으로 보호되는 이익이라 할 것이고, 나아가서 그 침해가 일정한 요건을 갖추면 소유권 내지 인격권을 침해한 것으로서 손해배상 또는 유지청구 등을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 조망이익의 침해에 관한 구제방안

1. 사전적 구제방안 : 건축공사금지 또는 건물철거 청구

(1) 판례의 태도

서울남부지법 2004. 4. 2. 선고 2002가합16690 판결 【건축공사금지】 항소사건[55]에서 본 바와 같이 조망이익의 침해를 예방하기 위하여 건축공사금지를 신청한 경우에 조망이익의 침해를 받을 염려가 있는 때에는 소유권에 기한 방해예방청구를 할 수 있다고 본다. 그럼에도 불구하고 이 판례는, 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망의 이익이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 조망권은 법적 보호의 대상이 될 수 있다[56]고 전제하면서, (1) 원고들에게 이와 같은 법적 보호의 대상이 되는 조망권이 인정되는지의 여부에 관하여 살피건대, 특별히 그 상공 부분 등을 통하여 조망할 수 있는 경관이 있다고 볼 만한 아무런 사정이 없으므로 원고들이 갖는 조망의 이익은 생활이익으로서 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정할 만한 정도에 이르지 못하였다고 할 것이므로 법적 보호의 대상이 되는 조망권이 인정되지 않는다고 하였다. (2)

54) 이에 대한 판례의 비판은, 윤의섭, 전게논문, 600~601면.
55) 각공2004.6.10.(10),745.
56) 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결 참조.

설령 원고들에게 원고들 주장과 같은 조망권이 인정된다고 하더라도 조망권 침해를 이유로 한 원고들의 이 사건 청구는 인접 대지 위에 건물이 건축됨에 따라 조망권이 침해되더라도 그로 인한 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에 한하여 인접 대지상의 건축공사의 금지를 청구할 수 있다고 할 것인바, 그 수인한도 역시 피해의 성질 및 정도, 가해행위의 태양 및 공공성, 가해건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 그런데 피해 아파트와 이 사건 건물이 위치한 지역은 대도시인 서울특별시의 주택난을 해소하고 불량 노후 주거지역을 보다 쾌적한 환경으로 개발하기 위해 토지의 효율적 이용 및 토지 이용의 극대화가 요구됨에 따라 공동주택의 고층화가 일반화되어 있는 곳이고, 피해 아파트는 도시계획법상 주거전용지역에 위치하고 있으나 폭 35m의 도로를 사이에 두고 일반상업지역에 인접하여 있음으로 이 사건 건물의 신축공사로 인한 원고들의 조망권 침해의 정도가 비교적 경미하다고 할 것인바, 이 사건 공사로 인하여 원고들에게 조망권 침해가 발생한다고 하더라도 그 침해의 정도가 이 사건 공사를 중지시켜야 할 정도로 현저하여 사회통념상 수인할 수 없는 정도에 이른다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

한편 인천지법 2007.6.28. 선고 2005가합13116 판결 【건물등철거】: 항소사건[57]에서, 원고가 이 사건 현대화사업으로 인하여 다소 일조권 및 조망권이 침해되는 불이익을 입은 반면 이로 인하여 원고 건물의 경제적 가치가 상승하는 이익도 얻었다고 봄이 상당하고, 또한 원고가 입었다는 일조권이나 조망권의 침해 정도가 위 사업구역에 속한 다른 건물에 비하여 일반적으로 수인할 수 없을 정도로 현저하다고 볼 수도 없으므로 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 판단하였다.

이와 같이 판례는, 조망이익을 생활이익의 하나로서 이를 법적으로 보호할 이익이라고 하면서, 조망이익이 침해될 염려가 있는 경우에 침해예방청구인 건축공사금지청구를 인정하지 않았다. 그 이유로서, 하나는 조망의 이익이 생활이익으로서 가치를 가지고 있다는 객관적인 정도에 이르지 못한 점과 둘은 건축공사로 인하여 조망이익

57) 각공2007.10.10.(50),2089.

의 침해가 발생한다고 하더라도 그 침해의 정도가 사회통념상 수인한도를 넘지 않았다는 점을 들고 있다.

(2) 학설의 태도

건축물의 신축 등으로 인하여 이웃 토지이용자의 조망을 방해한 경우나 방해할 염려가 있는 경우에는 이웃 토지의 소유자 등은 물권적 청구권으로서 방해의 제거 또는 예방을 청구할 수 있다고 한다.[58] 즉 조망권의 보호를 물권적으로 구성한 조망권이 침해된 경우에는 침해금지청구권을 인정하는 것이 가능하다는 것이다.[59] 우리나라에서는 보통 방해제거청구와 방해예방청구를 합하여 금지청구 또는 유지청구라는 용어를 사용하고 있다.[60]

구체적인 사건에서 신축중인 건물에 대하여는 건축공사중지청구를 할 수 있지만, 이미 완성된 건물에 대하여 건물철거청구를 할 수 있는가의 문제가 있다. 이에 대하여 조망이익의 침해가 고의 또는 과실에 의하여 이뤄진 경우에 한하여 금지청구를 인정하자는 견해가 있다.[61] 그러나 침해행위가 이미 완료되고 그 결과를 제거하는데 막대한 비용이 소요될 뿐만 아니라 이를 통하여 조망을 회복함으로써 얻게 되는 이익이 크지 않다고 볼 수 있는 경우에는 손해배상을 청구하는 것으로 족하다고 보아야 한다는 견해도 있다.[62]

그렇다면 조망이익의 침해에 대한 사전적 구제방안으로 조망의 차단물인 건물이 신축중인 경우에는 건축공사중지청구를 할 수 있지만, 이미 완성된 건물인 경우에는 그 건물의 철거가 국가경제적인 측면에서 적절한가를 고려하여야 할 것이므로 고의 또는 과실에 의하지 않는 경우에 손해배상만을 인정하는 것이 타당하다 할 것이다.[63]

---

58) 권성 외 4인, 가처분의 연구, (박영사, 1995), 449면.
59) 전경운, 전게논문, 7면.
60) 이에 대하여 재검토하여야 한다는 주장이 있다. 오석락, 환경소송의 제문제, (삼영사, 1996), 39면.
61) 권성 외 4인, 전게서, 450면.
62) 김종률, 전게논문, 117면.
63) 건경운, 전게논문, 8면.

2. 사후적 구제방안 : 손해배상청구

(1) 판례의 태도

대법원 2007.9.7. 선고 2005다72485 판결 【손해배상(기)】에서, 일조장해, 시야차단으로 인한 압박감 등과 같은 생활이익의 침해로 인하여 발생한 재산적 손해의 항목 중 토지·가옥의 가격 저하에 의한 손해의 산정 방법에 대하여, 건물의 신축으로 인하여 그 이웃 토지 상의 주택이나 아파트 소유자가 수인한도를 넘어서는 일조장해를 받고 있음은 물론 시야차단으로 인한 압박감(개방감의 상실) 등도 그 수인한도를 넘어서는 경우에는, 일조장해, 시야차단으로 인한 압박감 등과 같은 생활이익의 침해로 인하여 발생한 재산적 손해의 항목 중 토지·가옥의 가격 저하에 의한 손해를 부동산 감정 등의 방법으로 산정함에 있어서 일조장해 뿐만 아니라 개방감의 상실 등과 상당인과관계가 있는 정상가격의 감소액도 아울러 평가하여야 할 것이다[64]고 판시하였다. 따라서 원심이 이 사건 아파트의 건축에 따른 일조침해로 말미암아 원고들 소유 현대아파트의 시가가 하락한 금액을 산정함에 있어서 일조침해로 인한 시가하락액뿐만 아니라 개방감 상실로 인한 시가하락액을 아울러 고려한 것은 정당하고, 거기에 일조침해 및 개방감 상실로 인한 불법행위책임의 성립에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다고 하였다. 이와 같이 판례는 시야차단으로 인한 개방감 상실로 인한 불법행위책임의 성립을 인정하고 이에 대한 손해액의 산정은 개방감의 상실 등과 상당인과관계가 있는 정상가격의 감소액을 아울러 평가하여야 한다는 것이다. 즉 조망이익의 침해에 의한 재산적 손해를 불법행위책임으로서의 손해배상청구를 할 수 있다.

한편 부산고법 2000. 11. 16. 선고 2000나72 판결은, 피고가 건축한 위 대경아파트로 인하여 원고들에게 사회통념상 일반적으로 인정되는 수인한도를 초과하는 일조권, 조망권 및 프라이버시의 침해가 있다고 판단하여 피고는 원고들에게 이로 인한 정신적 손해를 배상하여야 한다고 판시하였다. 이로써 조망이익의 침해에 의하여 재산적 손해 이외에 정신적 손해를 인정한 것이다. 그러나 이에 대하여 대법원 2002.

64) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850 판결 참조

12. 10. 선고 2000다72213 판결 【손해배상(기)】[65]은, 원심판결을 파기 환송함으로써 이를 인정하지 않았다.[66]

그렇다면 대법원은 원심과 달리 조망이익의 침해에 의한 불법행위책임으로서 손해배상청구는 재산적 손해만을 인정하는 것이라 할 것이다.

(2) 학설의 태도

신축건물 등으로 조망이익의 침해에 의한 불법행위책임을 인정하기 위하여 건물 신축자의 고의, 과실과 같은 주관적 요건과 침해의 위법성과 손해의 발생이라는 객관적 요건이 구비되어야 할 것이다.

여기에서 조망이익의 침해는 소유권 등의 소극적 침해로서 그 위법성 또는 손해를 입증하기가 매우 어렵다고 할 것이다.[67]

그러나 조망이익의 침해에 대한 고의, 과실 및 위법성에 대하여 이른바 신수인한도론에 의하는 것이 그 해결에 있어서 용이할 것으로 보인다.[68] 왜냐하면 현재 판례의 태도는 고의, 과실 및 위법성에 갈음하여 수인한도라는 일원적이고 통일적인 불법행위의 요건을 제시하고 있다. 따라서 그 피해가 수인한도를 초과하였다고 인정되면 예측가능성을 묻지 않고 침해자의 책임을 인정하는 것이다.[69] 그에 대한 입증책임도 침해자에게 있기 때문이다.[70] 그러나 입증의 곤란은 여전하다고 할 것이다.

이와 같이 조망이익의 침해가 수인한도를 초과한 경우에는 불법행위책임으로서 손해배상청구를 할 수 있다.

여기에서 손해는 재산적 손해에 한정하는가의 문제가 있다. 재산적 손해는 조망이익의 침해로 인한 토지 또는 건물의 가액저하, 영업수익의 감소 등을 들 수 있다. 우리 판례의 태도는 토지 또는 건물의 가액저하에 대한 기준을 비슷한 조건의 다른 토

65) 공2003.2.1.(171),320.
66) 동지, 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000다44928,44935 판결 【손해배상(기)】
67) 전경운, 전게논문, 8면.
68) 송오식, 전게논문, 216면.
69) 加藤一郎, 전게서, 387頁.
70) 대법원 2004. 9. 13, 선고 2003다64602 판결.

지 또는 건물과 비교하여 특별한 사유없이 피해를 입은 토지 또는 건물의 가격이 현저히 하락하였는가의 여부를 판단기준으로 하고 있다. 한편 영업이익의 저하는 영업매출의 감소, 임료 수입의 저하 등과 같이 조망이익의 침해 후에 그 저하에 의한 차액이 손해액이 될 것이다.[71] 이와 같이 조망이익의 침해에 의한 재산적 손해에 대한 손해배상청구를 인정하는 것은 조망이익침해의 본질에 대한 생활이익설에서 당연한 것이라 할 것이다. 그러나 조망이익의 침해로 주거환경의 악화에 의한 정신적 고통에 대하여 위자료를 청구할 수 있는가. 우리 판례는 하급심에서는 이를 인정하였지만 대법원은 이를 인정하지 않았다. 그러나 조망이익의 침해는 사람에게 미치는 영향 가운데 심리적, 정신적 효과가 크다는 점에서 위자료를 인정하여야 한다는 것이다.[72] 조망이익침해의 본질을 인격적 이익의 침해로 보는 인격적 이익설에서 정신적 손해인 위자료의 청구는 당연히 인정하게 된다.

Ⅳ. 결어

이상과 같이 조망이익침해의 위법성에 관하여 우리나라의 판례의 동향을 분석하고 기존의 이론을 검토하였다. 이와 같은 분석과 검토를 한 결과 다음과 같은 결론에 이르렀다.

첫째로, 조망이익은 생활이익의 하나로서 법적으로 보호되는 법익이다. 비록 조망이익이 권리성을 구비하지 못하였다 하더라도 일정한 요건을 갖추었을 경우에 법익으로서 보호되어야 할 대상이 된다는 것이다. 그리고 조망이익은 경관이익과 구별되어야 한다. 양자는 모두 소극적 침해이지만, 조망이익은 경관이익이 자연적이든 인위적이든 경관에 의하여 주어지는 반사적 이익이라는 점에서 구별되는 것이다.

둘째로, 조망이익의 침해가 권리의 침해는 아니지만 위법한 침해로서 불법행위책임을 구성한다는 것이다. 신수인한도론은 침해자의 귀책사유인 과실과 위법성을 수

71) 김종률, 전게논문, 40면.

72) 김종률, 건게논문, 40~41면; 전경운, 전게논문, 9면; 송오식, 전게논문, 216~217면. 그러나 송오식 교수는 위자료의 경우에는 특별손해(제393조 제2항)로 보아서 침해자가 알았거나 알 수 있는 경우에 인정될 수 있다고 한다.

인한도라는 기준으로 일원적으로 통일하고 있다. 우리 판례도 수인한도를 조망이익 침해의 위법성을 판단하는 판단기준으로 하고 있음을 확인할 수 있었다.

셋째로, 조망이익의 침해가 위법성을 갖는 경우에 그 구제방법으로서 금지 또는 제거 청구와 같은 사전적 구제와 불법행위책임으로서 손해배상청구라는 사후적 구제를 받을 수 있다. 사후적 구제인 손해배상청구에 있어서 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해에 대하여도 이를 청구할 수 있다고 본다.

그러나 앞으로 조망이익을 법적으로 보호하고 그 침해에 대한 구제를 명백히 하기 위하여 입법적인 조치가 필요하다고 본다. 특히 입법례로서 독일민법 제906조가 두 법익이 충돌할 때에 일방의 법익 희생을 조정하기 위한 책임의 일종으로 희생책임으로서 보상청구권을 인정하고 있는 것은 시사하는 바가 크다. 조망이익의 침해에 따른 조망분쟁의 해결에 있어서 적어도 위법성이 없는 조망이익의 침해가 있는 경우에도 그 행위자에게 일정한 범위에서 손해배상의무를 부담하도록 하는 규정을 하는 것이 필요하기 때문이다.

참 고 문 헌

권 성 외 4인, 가처분의 연구, 박영사, 1995.

곽은희, “조망권에 관한 연구”, 석사학위논문, 동아대학교 대학원, 2005.

구자훈, “외국도시의 조망권 확보 사례”, 도시문제, 제36권 제395호, 대한지방행정공제회, 2001.

김남욱, “조망권의 법리”, 환경법연구, 제27권 제1호, 한국환경법학회, 2005.

김세규, “우리 판례상에 나타난 조망, 경관권에 관한 고찰”, 환경법연구, 제27권 제3호, 한국환경법학회, 2005.12.

김재훈, “조망권 침해현황과 분쟁사례”, 도시문제, 제36권 395호, 대한지방행정공제회, 2001.

김종년, “조망권의 침해의 사법적 구제에 관한 연구”, 석사학위논문, 창원대학교 대학원, 2004.

김종률, “조망권의 법적 구성론”, 법조, 제559호, 법조협회, 2003.4.

김지석, “조망권에 관한 민사법적 고찰”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 2005.

김 현, “일조권과 조망권 : 대법원 2004.9.13. 선고 2004다24212 판결 손해배상”, 법률・특허분쟁사례, 제53권 제10호, 대한토목학회, 2005.10.

류창호, “조망권에 관한 연구 : 민법 제217조의 적용가능성을 중심으로”, 법제연구, 제29호, 한국법제연구원, 2005.

송오식, “조망방해와 사법적 구제”, 비교사법, 제14권 제2호, 한국비교사법학회, 2007.6.

안경희, “조망권에 대한 소고”, 재산법연구, 제23권 제2호, 한국재산법학회, 2006.10.

윤용섭, “일조침해와 손해배상”, 대한변호사협회잡지, 제95호, 대한변호사협회, 1984.3.

윤의섭, “조망권에 관한 재겸토”, 성균관법학, 제19권 제3호별권, 성균관대학교 비교법연구소, 2007. 12.

윤진수, “환경권 침해를 이유로 하는 유지청구권의 허용여부”, 대법원판례해설, 통권 제23호, 법원행정처, 1995.12.

이동원, “일조권 및 조망권 침해에 관한 판례의 동향”, 학술대회자료집, 한국민사법학회, 2005.12.21.
이동원, “조망권 침해에 관한 판례의 동향”, 법조, 제54권 제10호, 법조협회, 2005.10.
이상욱/배성호, “경관이익의 법적 보호에 관한 연구 : 일본에서의 학설과 판례를 참조하여”, 비교사법, 통권 제35호, 한국비교사법학회, 2006.12.
이용우, “공해방지소송”, 공해문제와 재판, 법원행정처, 1979.8.
전경운, “조망권의 성립여부”, 비교사법, 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005.6.
정재헌, “공해의 사법적 구제”, 사법연구자료, 제6집, 법원행정처, 1979.2.
조은래, “조망권의 민사법적 보호에 관한 연구”, 환경법연구, 제26권 제1호, 한국환경법학회, 2004.
조종현, “조망권”, 환경보전, 제26권, 환경보전협회, 2004.11.

加藤一郎 編, 公害法の生成と展開, 東京: 岩波書店, 1968.
淡路剛久, 環境權の法理と裁判, 東京: 有斐閣, 1980.
大阪辯護士會環境權硏究會 編, 環境權, 東京: 日本評論社, 1973.
新村出 編, 廣辭苑 제5판, 東京: 岩波書店, 1998.
牛山積(編輯代表), 大系環境・公害判例 第7卷(自然保護, 埋立, 景觀, 文化財), 東京: 旬報社, 2001.
好美淸光 外 2人, 日照・眺望・騷音の法律紛爭, 東京: 有斐閣, 1999.
玉田勝也, “眺望, 展望阻害事件”, 中川善之助 外 監修, 實務法律大系 제6권 公害, 東京: 靑林書院新社, 1974.
澤井裕, “京都岡崎有樂莊事件評釋”, 谷口知平 編集代表, 「判例公害法」, 東京: 新日本法規, 1971.

<Abstract>

The Illegality of Infringement on Benefit of View

Kim, Myong-Yong / Yoon, Dae-Sung

Of the various infringements in our living condition, the infringement's standard on a right to enjoy sunshine is offered by Building act enforcement decree, and if violated, the illegality is acknowledged, but because there is no standard for infringement on benefit of view, the acknowledgement in legal system can be at issue.

Like that, the study is necessary for offering the standard of settling the dispute through infringements in living condition, focused on benefit of view, newly presented via a legal framework on the illegality for the infringement on benefit of view.

For the illegality of infringement on benefit of view, the trend of precedents in Korea is analyzed and the existing theories are reviewed. Consequently, the conclusions are as follows;

First, benefit of view is the benefit and protection of the law, which is legally protected. Although the benefit of view doesn't satisfy all the conditions, when fulfilling the certain condition, it can be the subject protected as the benefit and protection of the law. In addition, the benefit of view must be distinguished from the right to enjoy sunshine.

Second, even though the infringement on the benefit of view is not infringement of a right, it constitute the responsibility for illegal action. The new theory of endurance level unitary consolidates legal fruits, trespasser's imputation causes, and illegality on the basis of endurance level.

Finally, in the case that the infringement on benefit of view has illegality, the relief measures can be divided into preliminary relief, such as prohibition or elimination request, and ex post facto relief, for example, a claim for damage as tort liability.

However, legislation is needed to legally protect the benefit of view and clear the relief for the infringement. Especially, clause 906 of the Germany civil law, when the two benefits and protections of law are conflicted each other, acknowledges claim for compensation as a kind of responsibility to reconcile them, which is very suggestive. While settling the dispute of view caused by the infringement on benefit of view, in the case that there is no illegality on the infringement, the regulation is needed that, to some extent, the doer is charged with the duty of paying for damage.

주 제 어 조망이익, 경관이익, 불법행위책임, 건축법시행령, 권리의 침해, 보상청구권, 귀책사유, 과실, 위법성, 수인

Key Words Benefit of View, Benefit of Landscape, Tort Liability, Building Act Enforcement Decree, Infringement of a Right, Claim for Compensation, Causes, Negligence, Illegality, Toleration