

眺望權의 法理

金 男 旭*

《 차 례 》

- I. 序 論
- II. 眺望權의 意義
- III. 眺望權의 法的保護 要件
- IV. 眺望權 侵害에 대한 權利救濟
- V. 眺望權 保護를 實效性 確保手段
- VI. 結 論

I. 序 論

우리나라에서 조망권의 개념이 처음 생긴 것은 1970년대 후반 서울 강남 압구정동에 현대아파트가 들어서면서 한강의 매력이 전파되면서 부터이다. 이러한 한강 조망권은 1990년대 중반이후에 소중한 권리로 인식되고 있다. 더욱이 최근 경제성장에 따른 소득수준의 향상으로 삶의 질에 대한 관심이 증대하면서 환경권을 중시하고 강, 산, 호수, 공원, 골프장 그린 등의 조망권에 대한 권리인식과 그 보호에 대한 관심은 증대되고 있고, 2005.5. 국세청에서 공동주택에 대한 기준시가를 공시하면서 조망권은 아파트 값의 10-20%로 기준시가에 산정하고 있으나, 현행법상 조망권에 대한 법적 권리보호는 매우 미흡한 실정이다. 조망권 보호에 관한 대법원의 판례는 “조망권이 집값에서 큰 부분을 차지하는 등 직접적인 생활이익의 가치를 지니고 있어야 객관적인 법적 보호의 대상이 될 있다”고 판시하고 있는 반면에, 신축 아파트가 주택건설촉진법, 건축법 등 관련 법령이 정한 기준이나 조건을 위반한 적이 없고, 조망 침해로 아파트의 시가가 대폭 하락했다고 보기 어렵고, 관광지나 휴양지에 위치해 특별한 주변 경관 감상을 목적으로 건축된 것이 아니며, 종래 누리던 조망이익 역시 고층 아파트 입주민으로서 얻은 ‘인공적인 것’에 불과하

* 明信大學校 警察學科 助教授, 法學博士

다는 점 등을 들어 조망권 보호를 인정하지 않고 있다.¹⁾ 또한 일조권, 조망권의 침해는 환경정책기본법에 의해 환경오염으로 규정하고 있으나 소음, 악취 등과 달리 환경분쟁조정대상도 아니다.

그런데 조망권이 중시됨에 따라 대도시의 주상복합 건축물 신축과 재건축사업으로 인한 건물은 더 높게 신축되어 가고 있는 추세여서 결국 절대 다수의 시민들의 조망권이 침해되어 조망권의 분쟁도 증대될 것이다.²⁾ 특히 서울특별시 도시계획위원회에서는 2000년에 도심부에 90m로 과도하게 고도제한을 규제하여 사실상 도심재개발이 곤란하였다면서 도심공동화를 막고 균형성장을 위하여 건물높이를 109m 내지 148m까지 허용하는 도시계획안을 의결하여 청계천지역주민들의 조망권침해가 심각할 것으로 여겨진다. 그럼에도 불구하고 조망권은 어떠한 경우에 법적으로 보호되고 조망권이 침해될 경우 어느 정도까지 보호할 것인지 아직 구체적인 논의가 거의 이루어지지 않고 있으며, 조망권은 건축법, 환경정책기본권에 규정된 일조권과는 달리 명문으로 조망권보호를 규정하지 아니하여 조망권을 법적 보호대상으로 삼아야 하는지 논란이 되고 있다.

따라서 이하에서는 조망권에 대한 개념, 법적성질, 보호요건, 조망권침해에 대한 권리구제, 조망권 법적보호를 위한 공법적으로 검토하여 실효성확보 수단을 강구하고자 한다.

II. 眺望權의 意義

1. 眺望權의 概念

조망권이란 아름다운 자연적·역사적 또는 문화적 풍물, 즉 좋은 경관³⁾을 조망하여 미적 만족감이나 정신적 휴식을 향수할 수 있는 조망적 이익 내지 환경적 이익 또는 개인

1) 헤럴드경제 2005.5.3.

2) 그런데 아파트·빌딩 등 고층 건물이 늘어나면서 일조권·조망권을 둘러싼 분쟁이 증가하고 있으나 법원의 판결이 들쭉날쭉하다. 같은 사안에 대해 법원마다 판결이 다르고, 판사에 따라 기준을 다르게 적용하고 있다. 이 때문에 사소한 일조·조망 침해도 ‘혹시나’ 하는 기대감으로 소송을 내는 시민이 적지 아니하며, 일조·조망 등 환경권 관련 소송이 연간 700~800건에 이른다. 따라서 대법원이 조망권에 대하여 명확하게 판결을 내려 하급법원에서의 혼란을 줄여야 한다. 중앙일보 2005.3.14.

3) 좋은 경관은 물리적 가치뿐만 아니라 정신적이고 미적인 가치, 금전적 가치를 내포하므로 공공복리의 관점에서 좋은 경관을 시각적으로 누릴 수 있는 권리는 매우 중요한 의미를 가진다. 오규식, “조망권의 의의와 특성,” 「도시문제」 Vol.36, 대한지방행정공제회, 2001, 14면.

의 개별적 권리를 말한다.⁴⁾ 이러한 조망권은 좋은 경관을 자연, 역사, 문화적으로 주어지는 전망을 외부적 환경에 의해 차단당하지 않고 쾌적하게 생활할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 즉 조망권은 타인으로부터 방해받지 아니하고 쾌적한 경관을 멀리 내다볼 수 권리를 의미한다.⁵⁾

조망권은 일반적으로 조망은 풍물을 바라보는 자에게 미적 만족감과 정신적 편안함을 부여하는 점에 있어서 생활상 적지 않은 가치를 가지고 있고, 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 조망, 조용하고 쾌적한 환경 등이 하나의 생활이익으로서의 가치가 객관적으로 인정하는 권리로 이해한다면 일조권 등과 같이 헌법 제35조에서 보장하는 환경권의 일종으로 볼 수 있다. 즉, 건강하고 쾌적한 환경에서 살 권리로서 환경권의 구체적 내용은 일조권, 조망권, 경관권, 자연환경향유권, 환경침해배제청구권, 쾌적한 환경조성청구권 등을 고려할 수 있다.⁶⁾ 이와 같이 조망권을 환경권으로 이해하는 한 건축법, 국토의계획및이용에관한법률상의 일조권, 조망권과 관련된 규정은 헌법 제35조 2항에서 말하는 환경권의 내용과 행사에 관하여 정하고 있는 법률이라고 볼 수 있다. 또한 조망권은 헌법 제23조에서 보장하고 있는 재산권보장과 밀접한 관련을 가지고 있다. 재산권 일종의 조망권은 토지, 건물의 사용가치와 처분가치를 구성하는 요소이다.⁷⁾

2. 眺望權의 法的 保護의 必要性

최근 대도시 토지이용의 효율성을 제고시키고 쾌적한 주거환경을 개선하기 위하여 기존의 저층 주거용 건물을 고층아파트·고층주상복합건물로 재건축 또는 재개발하거나 신축하는 건축행위가 빈번하다. 이 과정에서 신축되는 고층 건물의 경우는 풍부한 일조량과 수려한 조망을 확보되나, 신축건물의 북측에 위치한 기존의 단독주택 또는 공동주택은 오히려 기존에 확보하고 있던 일조량과 조망을 침해당하여 헌법상 보장하고 있는 쾌적한 환경속에서 인간다운 생활을 할 권리를 상실하게 됨에 따라 법적 분쟁이 야기되고 있다.

특히, 주거환경에는 일조, 통풍, 조망, 소음이 없는 상태, 청정한 대기, 압박감 없는 상

4) 金種律, “眺望權의 法的構成論,” 『法曹』 vol.559, 2003.4, 101면; 조은래, “조망권의 민사법적 보호에 관한 연구,” 『環境法研究』, 第26卷 第1號, 韓國環境法學會, 2004, 255면.

5) 강동규, “부산의 환경현황과 그 해결과제,” 『釜山法朝』 제19집, 2002, 181면.

6) 홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001, 51면.

7) 법원은 조망권은 아파트 시세의 20%를 차지하고 있다고 보고 있으며(서울동부지방법원 2004. 2.12. 선고 2002가합2919판결), 한국감정원에서는 한강의 조망정도 10%씩 줄때마다 조사대상아파트 값이 1420만원씩 떨어진다고 평가하였으며(중앙일보, 2005.6.17. W1), 국세청에서 고시한 주택공시가에 조망권을 그 산정 요소에 반영하였다.

태 등 자연적 환경이익이 포함된다. 이러한 환경이익은 인위적이고 무분별한 건축행위·개발행위 등으로 인하여 부당하게 파괴되는 경우가 많고, 이 경우 현재까지 누려왔던 주민들의 환경이익을 합리적 이유도 없이 그 환경이익을 박탈당하거나 부당한 환경악화를 강요당하고 있는 것이 현실이다.

특히 국세청이 최근 공시한 기준시가에 의하면 조망권은 아파트값의 10~20%, 방향은 4~10%, 소음은 1~3% 안팎으로 영향을 미친 것으로 나타나고 있으며,⁸⁾ 조망권이 일조권에 부수된 권리보다는 독립된 권리라는 인식되고 있을 뿐만 아니라 조망적 이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부로 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그 조망적 이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우에 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖지 않고, 조망권이 조망권의 침해로 인한 보유주택의 시가하락 등 재산적 손해뿐만 아니라 육체적·정신적 피해가 현저함은 명백하므로 조망권을 법적으로 보호하는 제도적 장치가 마련되어야 한다.

3. 眺望權의 法的 根據

우리 헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보존을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하고, 헌법 제35조 제3항은 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”고 규정하여 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하기 위한 기본권 중의 하나로 환경권을 천명하고 있다. 헌법이 인정하는 환경권은 깨끗한 자연환경뿐만 아니라 보다 좋은 생활환경에서 살 수 있는 권리까지 포괄하므로⁹⁾ 인간은 누구나 조망권을 향유할 수 있으며 이에 대한 침해를 배제할 권리를 인정받고 있다고 할 것이다.

건축법 제53조, 동법시행령 제86조에서 일조, 조망 등의 확보를 위한 건축물의 높이 제한을 하고 있다. 즉 “전용주거지역 및 일반주거지역 안에서 건축하는 건축물의 높이는 일조 등의 확보를 위하여 정북방향의 인접대지경계선으로부터의 거리에 따라 대통령령이 정하는 높이 이하¹⁰⁾로 하여야 한다(법 제53조 제1항).¹¹⁾ 공동주택(일반상업지역과 중심상업지역

8) 중앙일보 2005.5.16.

9) 金鐵容, 『行政法Ⅱ』, 博英社, 2005, 587면.

10) 전용주거지역 또는 일반주거지역 안에서 건축물을 건축하는 경우에는 법 제53조제1항의 규정에 의하여 건축물의 각 부분을 정북방향으로의 인접대지 경계선으로부터 다음 각호의 범위 안에서

에 건축하는 것을 제외한다)의 높이는 제1항의 규정에 의한 기준에 적합하여야 하는 것 외에 대통령령이 정하는 높이¹²⁾ 이하로 하여야 한다. 다만, 2층 이하로서 높이가 8미터 이

건축조례가 정하는 거리이상을 띄어 건축하여야 한다. 다만, 전용주거지역 또는 일반주거지역안에서 건축물을 건축하는 경우로서 건축물의 미관향상을 위하여 너비 20미터 이상의 도로(자동차전용도로를 포함한다)로서 건축조례가 정하는 도로에 접한 대지(도로와 대지의 사이에 도시계획시설인 완충녹지가 있는 경우에 그 대지를 포함한다) 상호간에 건축하는 건축물의 경우에는 그러하지 아니하다.

① 높이 4미터 이하인 부분 : 인접대지경계선으로부터 1미터 이상, ② 높이 8미터 이하인 부분 : 인접대지경계선으로부터 2미터 이상, ③ 높이 8미터를 초과하는 부분 : 인접대지경계선으로부터 당해 건축물의 각 부분의 높이의 2분의 1이상.

11) 건축법 제53조에 규정에도 불구하고 다음에 각각에 해당하는 경우에는 건축물의 높이를 정남향의 인접대지경계선으로부터의 거리에 따라 대통령령이 정하는 높이 이하로 할 수 있다.

① 택지개발촉진법 제3조의 규정에 의한 택지개발예정지구인 경우, ② 주택법 제16조의 규정에 의한 대지조성사업지구인 경우, ③ 지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률 제2조제5호·동법 제4조 및 동법 제9조의 규정에 의한 복합단지·광역개발권역 및 개발촉진지구인 경우, ④ 산업입지및개발에관한법률 제6조 내지 제8조의 규정에 의한 국가산업단지·지방산업단지 및 농공단지인 경우, ⑤ 도시개발법 제2조제1항제1호의 규정에 의한 도시개발구역인 경우, ⑥ 도시및주거환경정비법 제4조의 규정에 의한 정비구역, ⑦ 정북방향으로 도로·공원·하천등 건축이 금지된 공지에 접하는 대지인 경우, ⑧ 정북방향으로 접하고 있는 대지의 소유자와 합의한 경우 기타 대통령령이 정하는 경우 등이다.

이 경우 대통령이 정하는 높이는 건축법시행령 제86조 제1항의 규정에 의한 높이의 범위 안에서 시장·군수·구청장이 정하여 고시하는 높이를 말한다. 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의하여 건축물의 높이를 고시하고자 할 때에는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 미리 당해 지역주민의 의견을 들어야 한다. 다만, 법 제53조 제3항 제1호 내지 제8호의1에 해당하는 지역인 경우로서 건축위원회의 심의를 거친 경우에는 그러하지 아니하다.

12) 공동주택의 경우에는 제1항의 규정에 적합하여야 하는 외에 다음 규정에 적합하게 건축하여야 한다. ① 건축물(다세대주택 및 기숙사를 제외한다)의 각 부분의 높이는 그 부분으로부터 채광을 위한 창문 등이 있는 벽면으로부터 직각방향으로 인접대지경계선까지의 수평거리의 4배 이하의 범위 안에서 건축조례가 정하는 높이 이하로 할 것, ② 동일한 대지 안에서 2동 이상의 건축물이 서로 마주보고 있는 경우(1동의 건축물의 각 부분이 서로 마주보고 있는 경우를 포함한다)의 건축물 각 부분 사이의 거리는 다음 각목의 거리 이상으로서 건축조례가 정하는 거리 이상을 띄어 건축할 것. 다만, 당해 대지안의 모든 세대가 동지일을 기준으로 9시부터 15시 사이에 2시간 이상을 계속하여 일조를 확보할 수 있는 거리 이상으로 할 수 있다.

가. 채광을 위한 창문 등이 있는 벽면으로부터 직각방향으로 건축물 각 부분의 높이의 0.8배 이상 나. 채광창(창넓이 0.5제곱미터 이상의 창을 말한다)이 없는 벽면과 측벽이 마주보는 경우에는 8미터 이상

다. 측벽과 측벽이 마주보는 경우[마주보는 측벽 중 1개의 측벽에 한하여 채광을 위한 창문 등이 설치되어 있지 아니한 바닥면적 3제곱미터 이하의 발코니(출입을 위한 개구부를 포함한다)를 설치하는 경우를 포함한다]에는 4미터 이상

하인 건축물에 대하여는 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 의하여 건축법 제53조 제1항 내지 제3항의 규정을 적용하지 아니할 수 있다.”고 규정하여 조망권의 법적으로 보호하고 있다고 볼 수 있다.

환경정책기본법은 환경보전에 관한 국민의 권리·의무와 국가의 책무를 명확히 하고 환경정책의 기본이 되는 사항을 정하여 환경오염과 환경훼손을 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있도록 함을 목적으로 하고 있는데, 환경정책기본법 제3조에서는 환경을 자연환경과 생활환경으로 구분하고, “자연환경”을 지하지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함한다)라고 정의하고 있으며, “생활환경”을 대기, 물, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경이라고 정의하고 있다(법 제3조 제3호). 그리고 환경정책기본법 제3조 제4호에서 “환경오염”을 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동, 악취, 일조방해 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태라고 개념정의하고 있다. 따라서 조망은 생활환경에 포함되며, 조망이 사람의 건강이나 환경의 피해를 주면 환경오염으로 볼 수 있다. 따라서 환경정책기본법 제3조 제4호도 조망권의 보호의 법적근거가 된다고 할 것이다.¹³⁾

국토의계획및이용에관한법률 제3조 제2호, 제4호는 “국토는 자연환경의 보전 및 자원의 효율적 활용을 통하여 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전을 이루기 위하여 … 자연환경 및 경관의 보전과 훼손된 자연환경 및 경관의 개선 및 복원, … 주거 등 생활환경 개선을 통한 국민의 삶의 질의 향상을 할 수 있도록 이용 및 관리되어야 한다”고 규정하고, 동법 제37조 제3호에 의한 고도지구를 지정하여 쾌적한 환경 조성 및 토지의 고도이용과 그 증진을 위하여 건축물의 높이의 최저한도 또는 최고한도를 규제함으로써 조망권을 인정하고 있다. 또한 주택법 제21조의 2(주택성능등급의 표시등) 제3호 규정에서 조경, 조망권, 일조시간, 실내공기질 등 환경관련등급을 건설교통부장관이 지정하는 기관으로부터 주택 성능에 대한 등급을 인정받아 입주자모집공고안에 표시하도록 하여 조망권을 인정하고 있으며, 또한 도시계획시설의결정·구조및설치기준에관한규칙 제8조에서 “도시계획시설결정을 하는 때에는 환경·생태계 및 경관의 훼손을 최소화하여야 하며, 역사적·문화적 또는

13) 조현권변호사도 환경정책기본법에 일조방해에 대하여 환경오염이 한 유형으로 규정하였으나 경관이나 조망침해에 대하여 규정하고 있지 아니하나, 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있는 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에게 하나의 생활상 이익으로서 가치가 있다고 객관적으로 인정된다면 조망권도 법적보호대상이 된다고 한다. 조현권, “조망권,” 『환경보전』, 환경보전협회, 2004, 11-12, 35면.

향토적 의의가 있는 지역을 보전할 수 있도록 하여야 한다” 규정하여 조망권을 보호하고 있다.

4. 眺望權의 法的 性質

1) 學說

(1) 反射的 利益說

이 견해는 조망권이 토지나 건물의 장소적 관계에 따라서 우연히 누리던 아름다운 경관이나 조망의 이익 법적으로 보호받을 수 있는 권리가 아니라 단순히 반사적 이익에 불과하다는 견해이다.¹⁴⁾

(2) 法的保護 權利說

이 견해는 최근에 들어서 지역의 특수성, 시설의 소유, 조망의 차단, 시간적 先住 등의 사정에 따라 좋은 경관을 향수하는 자에게 생활이익으로서의 가치를 직접적으로 인정되는 경우에는 조망권은 법적으로 보호되는 권리이므로 함부로 이것을 침해해서는 안된다는 견해이다.¹⁵⁾

2) 判例

종래의 판례는 “불법행위가 성립하기 위하여는 가해행위가 위법한 것이어야 하고 위법한 행위란 타인의 권리 또는 이익을 침해하는 행위로서 법률 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것을 의미하므로 각종 관상수를 식재, 판매하는 자가 아무런 건축물이 건립되어 있지 아니한 그 인접국유지상의 토지일부를 수목운반 등을 위한 통로로 이용하여 왔고 일반인이 국도로부터 그 수목들을 직접 볼 수 있어 그에 따른 유형, 무형의 이익을 받아왔다 하더라도 이는 토지소유자가 위 토지상에 건축물 등을 건축하지 아니함으로써 얻게 되는 반사적 이익에 지나지 아니하는 것이어서 위 토지소유자가 건널목을 폐쇄하고 방화벽을 축조함으로써 위위와 같은 이익을 더 이상 얻지 못하게 되었다 하더라도 이를 가리켜 불법행위를 이루는 위법한 행위라 할 수 없다”판시하여 조망권을 반사적 이익으로 보았다.¹⁶⁾ 그러나 최근 대법원판례는 “조망은 풍물을 바라보는 자에게 미적 만족감

14) 全京暲, 앞의 논문, 35면.

15) 조은래, 앞의 논문, 272-273면; 金鍾律, 앞의 논문, 112-114면.

16) 대구고등법원 1989. 5. 4. 선고 88나2862 판결.

과 정신적 편안함을 부여하는 점에 있어서 생활상 적지 않은 가치를 가지고 있고, 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 조망, 조용하고 쾌적한 환경 등이 그에게 있어 하나의 생활이익으로서의 가치를 지닌다고 객관적으로 인정된다면 법적 권리로서 보호의 대상이 될 수 있다”고¹⁷⁾ 판시하여 법적보호 권리를 인정하고 있다.

3) 結 語

생각건대, 조망권은 헌법, 건축법, 주택법, 국토의계획및이용에관한법률, 환경정책기본법 상에서 보장하고 있는 좋은 경관을 향수하는 환경권으로서 권리를 가진다고 할 수 있다.

Ⅲ. 眺望權의 法的保護 要件

환경이익 내지 조망이익이 법적으로 보호할 가치가 있는 것으로 평가받기 요건으로는 ① 사회통념에 비추어 조망가치 있는 경관이 존재하여야 하고(경관의 객관성), ② 당해 장소의 가치가 해당경관의 조망에 의존하고 있어야 하고(장소가치의 경관의존성), ③ 시설물이 조망의 보호유지 주변의 토지이용과의 조화를 이루고 있어야 하고(토지이용과의 조화성), ④ 조망의 향수자가 당해 장소를 점유 사용함에 있어서 정당한 권원을 가지고 있어야 하고(정당한 소유·점유 권원성), ⑤ 좋은 조망이 침해되어야 한다(조망의 침해성).

1. 景觀의 客觀性

조망이익이 법적으로 보호받을 가치로 인정되기 위하여는 조망하는 곳이나 조망되는 곳 모두 지역적으로 특수한 위치와 경관을 객관적으로 가진 곳이어야 한다.¹⁸⁾ 예컨대, 한강이나 북한산과 같이 천부적으로 경관이라고 부를 정도의 아름답고 쾌적한 풍물적 요소를 조망할 수 있는 지정학적 위치에 지어진 아파트나 주택, 별장, 호텔 등에 대하여는 특

17) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결.

18) 대법원도 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있다고 판시하고 있다. 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다5대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결6153 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결.

별한 전망의 이익이 인정된다. 따라서 좋은 경관이라고 할 만한 가치가 없는 곳에 대한 전망의 이익은 조망권을 구성하지 않는다고 볼 것입니다.

2. 場所價値의 依存性

당해 장소의 가치가 해당 경관의 조망에 의존하고 있어야 한다, 따라서 보통의 지역에 인공적으로 특별한 시설을 갖추으로써 향수하는 조망의 이익은 조망권에서 제외된다. 즉 조망권이 인정되기 위해서는 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부로 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있어야 한다.¹⁹⁾ 따라서 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 없다.²⁰⁾ 즉 보통지역에서의 인공적으로 얻은 것은 당해 장소의 경관의 가치가 해당 경관의 조망에 의존하지 아니하므로 조망권을 인정할 수 없고, 반면에 경관이라고 부를 가치가 있는 지역에서의 고층건물을 축조하여 얻은 조망은 서로 의존하고 있으므로 조망권이 인정된다.

다만, 건물건축 당시에는 조망이 확보되어 있다고 하더라도 인접 토지가 상업 또는 주거용지 등으로 언제든지 조망을 방해하는 건물이 건축되리라고 예상할 수 있는 경우뿐만 아니라 인접지가 개발제한구역 등의 행정규제로 묶여 있다고 하더라도 시간이 경과함에 따라 규제가 완화되거나 폐지로 인하여 개발제한구역 등이 해제되어 개발될 수 있으므로 행정규제로 얻은 반사적 이익에 불과한 것인 바,²¹⁾ 이는 조망권으로 보호되는 지역적 특수성을 지녔다고 볼 수 없다. 지역적 특수성은 조망의 객관성과 장소가치의 의존성을 말한다.

3. 周邊土地利用과의 調和性

조망의 향수를 목적으로 지어진 주택,²²⁾ 아파트, 관광지대의 여관, 호텔 등의 시설을 소유 또는 점유 사용하는 경우에 조망의 이익을 향수하는 것이 주변토지이용과 조화되어야

19) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결.

20) 부산고등법원 1999, 4, 29 선고 98나10656 판결.

21) 金鍾律, 앞의 논문, 113면.

22) 부산고등법원 1999, 4, 29 선고 98나10656 판결.

만 조망권이 인정된다. 즉 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이나 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 가져야 조망권이 인정된다.²³⁾

4. 正當한 所有·占有 權原性

조망권은 원칙적으로 조망하는 장소에서 사람이 거주 또는 활동할 수 있는 상당한 시설을 정당하게 점유자²⁴⁾ 또는 소유자에 대하여만 인정되고, 시설을 소유, 점유하지 않은 내대지, 토지 상태의 소유자는 조망의 잠재적 가능성을 가진 것에 그치므로 조망권을 인정하지 않는다. 따라서 좋은 경관을 조망하기 위한 시설을 소유, 점유한 자중에서도 先住者와 後住者 사이의 조망권 인정의 문제가 대두되는데 우선적으로 선주자에게 조망권이 인정되므로 선주자의 시설 때문에 후주자의 조망의 이익이 침해되는 경우에는 조망권이 보호되지 않는다.²⁵⁾ 또한 불법·위법하게 좋은 경관을 조망하는 시설을 점유, 소유하는 자는 조망권을 인정할 수 없다.

5. 眺望의 侵害性

조망권이 인정되기 위해서는 좋은 조망이 침해되어야 한다. 즉 조망이익이 법적인 보호의 대상이 되는 경우에 이를 침해하는 행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 조망이익의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 한다.²⁶⁾ 따라서 단순히 아파트, 주택가등에서 새로운 건물로 인하여 기존건물에서 조망할 수 있는 시야가 좁아 졌다는 정도로 조망권이 침해되었다고 보기 어렵고, 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 조

23) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결.

24) 물권적 이용권을 가진 자와 대항력을 갖춘 임차인 등을 포함한다.

25) 권성 외4인, “조망권의 침해를 원인으로 한 공사중지가처분,” 「가처분의 연구」, 508면.

26) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결.

망이익의 내용, 가해건물의 위치 및 구조와 조망방해의 상황 및 건축사용목적 등 가해 건물의 상황, 가해건물 건축의 경위, 조망방해를 회피할 수 있는 가능성의 유무, 조망방해에 관하여 가해자측이 害意를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 정도 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 조망권 침해여부를 판단하여야 한다.²⁷⁾

IV. 眺望權 侵害에 대한 權利救濟

1. 違法한 處分으로 인한 損害賠償

행정청이 복합주상건축건물주, 아파트 재개발업자 등에 대하여 건축허가를 해준 후, 복합주상건축물, 아파트건축 등에 건축법, 국토의계획및이용에관한법률, 조례 등에 아무런 하자가 없는데도 단순히 인근 주민들의 집단민원으로 동 건축물에 대하여 불허가처분 한든지, 행정지도에 의한 용도변경, 공사중지명령을 하여 건축주가 재산상의 손해를 받은 경우에는 행정청이 건축주에 대하여 손해배상²⁸⁾책임이 있다. 즉 이 경우는 행정청의 처분은 공익과 사익을 비교형량하여 재량권행사가 일탈남용이 될 수 있고, 신뢰보호원칙, 비례원칙, 재산권보장원칙 등에 위반되어도 위법하게 되므로 행정청이 손해배상책임이 있다.

2. 假救濟와 行政爭訟

1) 假救濟

행정청이 건축법, 국토의계획및이용에관한법률, 건축조례, 도시계획조례, 환경조례 등에 위반되는데도 아파트, 복합주상건축물 등을 건축허가를 해 준 경우, 당해 건축물의 인근주

27) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결.

28) 조망권침해에 대한 손해배상산정방법은 일조장해, 시야차단, 사생활 침해로 인한 압박감, 소음, 분진, 진동 등과 같은 생활이익의 침해로 인하여 발생한 재산적 손해의 항목 중 토지가옥의 가격저하에 의한 손해를 산정함에 있어서는 광열비·건조비 등의 지출 증대와는 별도로 일조장해, 시야차단 등과 상당인과관계가 있는 정상가격의 감소액을 부동산감정 등의 방법으로 평가하여야 할 것이고, 분양된 아파트가 일조피해를 입고 있는 경우 그 아파트의 시세가 분양대금에 물가상승률이나 예금금리를 감안한 금액보다 높게 유지된다고 하여 그 소유자에게 당해 아파트의 가격저하로 인한 손해가 발생한 것으로 산정한다.

민들의 조망권 침해가 명백한 경우에는 기존 건축물에 살고 있는 자들에게 “회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정되는 때에”는 행정처분효력집행 정치결정을 신청할 수 있다.²⁹⁾ 그런데 소송실무상 인접대지에 건물이 건축됨으로 인하여 입은 조망권등의 침해를 이유로 건축공사의 금지를 청구하는 공사금지가처분을 신청하고 있다.³⁰⁾ 이와 관련하여 우리 대법원은 건축허가 또는 아파트사업계획승인이 모든 건축관계 법령에 따라 적법하게 건축허가한 것이라고 하여도 그로 인한 일조권·조망권의 침해가 사회적 수인한도를 넘는 한 불법행위를 인정하고 있다.³¹⁾ 결국 동일한 일조권, 조망권등을 침해하는 사실로서 건축행위는 건축법에 의해 적법행위가 되지만, 민법적으로는 조망권의 침해정도가 수인한도를 넘는 경우 위법행위가 되고 소송을 통해 방해배제소송에서 금지될 수될 수 있다는 것은 법질서 전체의 균형을 깨뜨린다. 그러므로 우리나라 법원이 일조권·조망권 침해소송에서 앞서 살펴 본바와 같이 불법행위를 인정하는 요건이 조망권등의 가치보장을 하기 위한 것이라면 역시 민사소송에 의한 방해배제소송이나 공사중지가처분을 용인해서는 안될 것이다.³²⁾³³⁾

2) 行政爭訟

주상복합아파트, 재개발아파트 등이 관계법령에 위반하여 위법부당한 건축허가 임에도 건축주가 건축행위로 나아간 경우, 이로 인하여 자신의 조망이익을 침해받은 隣人은 위법한 건축허가에 대하여 취소를 구하는 행정쟁송으로 다룰 수 있다.³⁴⁾ 그러나 주상복합아파

29) 다만, 개발사업이 국가나 지방자치단체에 의해 행정내부의 결정만으로 실시되는 경우에는 그 처분성이 인정되지 않으므로 집행정지제도나 취소소송을 통한 권리구제가 불가능하다. 다만, 지방자치단체가 실시하는 사업이 지방자치단체의 사무이고 이 사업의 실시에 있어 국가의 승인을 받도록 하고 있는 경우에는 당해 사업승인은 처분이 되므로 원고적격이 인정되는 인근주민은 당해사업승인에 대해 취소소송을 제기할 수 있다. 박규성, 함태성, 앞의 책, 216면.

30) 공사금지가처분을 인정한 판례로는 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결; 공사금지가처분을 부정한 판례로는 부산고등법원 1999. 4. 29. 선고 98나10656 판결을 들 수 있다.

31) 대법원 2000. 6. 16. 선고 98다56997 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결.

32) 김종보, “건축법상 일조권,” 『환경법연구』 제23권 2호, 한국환경법학회, 2001, 207-208면.

33) 이응세 판사는 이에 대하여, 조망의 침해는 매연이나 소음, 진동, 악취 등에 의한 적극적 침해와는 달리 피해자의 생활영역 내에 무엇인가가 침입하는 것이 아니므로 그 침해는 소극적인 침해로서 일조 침해와 유사하고, 조망 방해를 이유로 공사금지청구 또는 손해배상청구를 인용하기 위해서는, 먼저 그 조망이 위에서 본 것처럼 객관적인 법적 보호의 대상으로 인정되어야만 하고 나아가 이익의 비교 형량을 통하여 당해 피해가 수인 한도를 넘는 것인지를 결정하여 그 청구의 당부를 판단하여야 한다고 한다. 李應世, “日照權侵害와 環境訴訟,” 『재판자료 환경법의 제문제』(하), 제95집, 법원도서관, 2002, 321면.

트, 재개발아파트 등이 사실상 완공이 되어 그 건축허가를 취소할 법률상 이익이 인정되지 않거나 취소행정심판, 취소소송 제기 기간을 도과하게 되는 경우에는 취소를 구하는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 없고, 隣人에게는 위법한 건축물을 철거명령 등 시정명령 이외의 건축법상 다른 구제수단이 존재하지 않는다.³⁵⁾

3. 眺望權의 節次法的 實現

조망권을 직접 근거로 하여 환경침해를 예방하거나 사후구제를 요구할 수 있다면 환경보전과 국민의 삶의 질 향상에 기할 수 있으나, 조망권 등 환경권은 개개의 국민에게 직접적으로 구체적인 사법상의 권리가 부여되어 있는 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 하는 것이므로 구체적인 법령상의 근거가 없는 이상 환경적 이익이 침해되었다는 이유로 막바로 환경권을 근거로 그 권리구제를 구할 수는 없다는 견해가 다수설³⁶⁾과 판례³⁷⁾의 태도이다.

이와 같이 조망권 등 환경권에 직접근거로 하여 환경침해를 예방하거나 사후구제를 기할 수 없는 상황에서는 환경권이 지향하는 바를 실질적으로 실현하고자 하는 조망권, 일조권, 공원이용권 등과 같은 개별적 환경권의 정립을 통하든 환경오염피해구제에 있어서 실체법적인 접근과 해결에는 일정한 한계가 있다.³⁸⁾ 따라서 환경오염에 대한 사법적 구제

34) 법규에 조망 등 환경을 배려하는 규정이 있는 경우에 당해 환경배려조항이 공익으로서의 조망적 이익·환경적 이익의 보호만을 목적으로 하고 이로 인하여 인근주민이 반사적 이익을 얻고 있는 경우에는 인근주민에게 원고적격이 부인된다. 그러나 환경배려조항이 공익으로서 조망적 이익·환경적 이익뿐만 아니라 인근주민의 개인적인 조망적 이익·환경적 이익을 직접 보호하고 있는 경우에는 인근주민에게 그 처분을 다룰 원고적격이 인정된다. 다만, 현행법은 환경단체에게 원고적격을 인정하고 있지 않다.

35) 金男旭, “리브호텔에 대한 建築規制,” 『土地公法研究』 第16-1輯, 韓國土地公法學會, 2002, 217면; 金鍾甫, 『建築行政法』, 學友出版社, 1999, 360면.

36) 한편, 홍준형교수는 환경권은 환경권을 건강하고 쾌적하게 조성·유지해 달라고 요구할 수 있는 적극적·이행청구권 측면과 환경에 대한 침해가 있을 때 그 배제를 직접 청구할 수 있는 소극적·방어권적 측면을 가지는 권리라고 하면서 후자의 경우도 법률에 의한 구체화가 없더라도 이를 직접 소송을 행사를 할 수 있다고 본다. 홍준형, 앞의 책, 44면.

37) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결; 부산고등법원 1999. 4. 29. 선고 98나10656 판결.

38) 김명길, 김상영, “환경권의 실현을 위한 절차법제,” 『재산법연구』 第15輯, 1998. 11., 24면.

는 조망권이 실질적으로 구현될 수 있도록 원고적격의 확대, 입증책임전환의 법리, 단체소송의 도입하여 절차법적 접근과 해결이 요구된다. 특히 환경·교통·재해등에관한영향평가법이란 주민의견수렴을 위한 공청회, 설명회 실질적 보장, 충실한 환경영향평가서 작성 및 환경영향평가서 협의과정내실화 등 절차가 효율적으로 이루어지도록 절차법적 성격이 강한 입법의 실효성 있는 집행을 통하여 조망권이 실질적으로 구현될 수 있도록 하여야 한다.³⁹⁾

V. 眺望權 保護를 實效性 確保手段

1. 眺望權 侵害의 受忍限度 明確化

최근 법원은 공법적 규제에 의하여 확보되는 조망 등은 원래 사법상으로 보호되는 권리를 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 사법상 보호되는 권리를 위한 최소한의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어 현실적인 침해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있어, 신축된 아파트가 관련 법규의 요건을 모두 충족하여 건축되었다는 사정만으로는 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다고 판시하고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 조망권의 침해와 관련하여 그 침해가 위법성의 판단기준인 ‘수인한도 즉 참을 수 있는 정도’를 넘었는지가 문제된다.

1) 學說

제1설은 조망권 보호인정은 매우 신중을 기하여야 하는 것으로서 전망의 방해가 건축법등에 의해서 관념상의 침해되는 경우에 한하여 조망권 보호를 인정하여야 하고, 토지나 건물의 장소적 관계에서 우연히 누리던 아름다운 경관이나 조망이 조망권으로 보호될 수 없다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 즉 조망권 침해는 건축법등에 의해 보호되는 관념상의 침해정도에 이르러야 한다는 견해이다. 여기서 관념상의 침해란 심리적 또는 도덕적인 침해로서 토지의 이용할 경우 제3자의 행동을 통하여 소유자의 정신적 느낌을 말한다.⁴²⁾

39) 박근성, 함태성, 『환경법』, 박영사, 2004, 43면.

40) 서울동부지방법원, 2004. 2. 12 선고 2002가합 2919 판결.

41) 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토”, 『사법행정』, 1998. 11., 34면.

42) Staudingers Kommentar, a.a.O., §1004 Rdnr.55.

제2설은 조망적 이익관계에서 침해자의 자발적 행위로서 일반적으로 시인될 수 있는 정도를 넘어 부당하게 조망이익을 침해하려는 경우에 한하여 조망권의 침해를 인정하는 견해이다.⁴³⁾

제3설은 조망권의 침해의 수인한도는 피해의 성질과 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양 및 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해회피가능성, 인허가관계 등 공법성 기준에의 적합여부, 지역성, 토지이용의 선후관계 등 제반사정을 고려하여 판단하되 일조나 소음, 진동의 방해와 달리 조망권은 생활에 절실한 것이 아니므로 보다 엄격하게 평가가 요구된다는 견해이다.⁴⁴⁾

2) 判決

(1) 下級審 判決

하급심 판결례 중에는 조망은 마주하는 건물을 피하여 경관을 바라 볼 수 있는 상태를 말한다고 하면서 피해 건물 거실중앙, 거실 앞 및 안방의 조망 중 적어도 1곳 이상이 100% 가려지는 세대의 경우 수인한도를 넘는 것으로 본다.⁴⁵⁾ 눈을 움직이지 않는 상태에서 시야가 다른 건물에 의해 가려지는 비율을 조망율이라고 하고 그 조망률이 40% 이상인 경우에는 수인한도 내에 있다고 본다.⁴⁶⁾

대전지방법원은 “일출 환경권을 보장하기 위한 최소한도의 기준이라 할 건축법 등 관계 법령상의 높이 제한에 관한 규정 형태와 일본의 규정 및 실무와의 대비를 고려하는 한편, 건축법의 관련 법령 등이 주로 일조 침해에 관하여 규정하고 있는 점 및 생활환경에 영향을 주는 영향요소의 우선순위를 조사한 결과 그 중요도에 있어 1순위는 일조, 2순위는 조망, 3순위는 프라이버시인 점을 참작하면, 수인한도의 범위를 고찰함에 있어 최우선적으로 일조의 침해 정도를 기준으로 한 후 부차적으로 조망과 프라이버시의 침해 정도를 기준으로 삼아, 아파트와 같은 공동주택의 경우 우선 동지일을 기준으로 9시부터 15시까지 사이에 일조시간이 연속하여 2시간 미만인 경우에는 조망 및 프라이버시의 침해 정도를 불문하고 수인한도를 넘는다고 보고, 다만 위 일조시간이 2시간 이상인 경우에도 조망권의 침해가 가장 심한 상태인 조망침해율{(기준동 호의 천공가시율 등급- 해당 세대의 천공가시율 등급)/5}이 0.4인 경우이거나 프라이버시권의 침해가 가장 심한 상태인 프라이버시 침해 등급이 1인 경우(가해 세대로부터 피해 세대 거주자의 표정까지도 관찰

43) 조은래, 앞의 논문, 256면.

44) 金鍾律, 앞의 논문, 116면.

45) 창원지방법원 진주지원 1999. 11. 26. 선고 98가합980 판결.

46) 서울고등법원 2000. 7. 7. 선고 99나52567, 99나52574 판결.

이 가능한 범위)에도 수인한도를 넘는다고 봄이 상당하다”고 판시⁴⁷⁾하여 그 구체적인 기준을 제시하고 있다.

(2) 大法院 判決

조망이익이 법적인 보호의 대상이 되는 경우에 이를 침해하는 행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 조망이익의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 그 수인한도를 넘었는지 여부는 조망의 대상이 되는 경관의 내용과 피해건물이 입지하고 있는 지역에 있어서 건조물의 전체적 상황 등의 사정을 포함한 넓은 의미에서의 지역성, 피해건물의 위치 및 구조와 조망상황, 특히 조망과의 관계에서의 건물의 건축사용목적 등 피해건물의 상황, 주관적 성격이 강한 것인지 여부와 여관식당 등의 영업과 같이 경제적 이익과 밀접하게 결부되어 있는지 여부 등 당해 조망이익의 내용, 가해건물의 위치 및 구조와 조망방해의 상황 및 건축사용목적 등 가해건물의 상황, 가해건물 건축의 경위, 조망방해를 회피할 수 있는 가능성의 유무, 조망방해에 관하여 가해자측이 害意를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 정도 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁴⁸⁾

47) 대전지방법원 96가합10960 손해배상(기).

48) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결; 반면에 일조권 침해에 대하여, “건물의 신축으로 인하여 그 이웃 토지상의 거주자가 직사광선이 차단되는 불이익을 받은 경우에 그 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 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 보장하려는 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 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있으며, 일조방해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법적 규제 역시 이러한 위법성의 평가에 있어서 중요한 자료가 될 수 있다”고 판시하고 있다. 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850 판결; 대법원 2000. 5. 16. 선고 98다56997 판결, 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다72213 판결.

3) 結 語

생각건대, 조망권의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘었는지 여부에 대하여 학설은 너무 막연할 뿐만 아니라 조망권도 일조권과 같은 환경권이라고 볼 수 있으므로 일조권의 수인한도기준을 참고하여 조망권의침해의 한계를 설정하여야 한다. 다만, 조망권 침해의 정도는 동지일 기준으로 일조시간이 2시간미만일 건물의 조망권의 침해가 가장 심한 상태인 조망침해율{(기준동 호의 천공가시율⁴⁹⁾ 등급-해당 세대의 천공가시율 등급)/5}이 0.4인 경우와 거실에서의 조망 가시권 침해율 40% 이상을 침해하였을 때, 프라이버시권의 침해가 가장 심한 상태인 프라이버시 침해 등급이 1인 경우(가해 세대로부터 피해 세대 거주자의 표정까지도 관찰이 가능한 범위일 경우)에는 조망권 침해의 수인한도를 넘었다고 볼 것이다. 또한 건축법 등 관계 법령에 조망방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 그 법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이나, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 조망은 원래 사법상 보호되는 조망권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 조망권 보호를 위한 최소한의 기준으로 볼 수 있다. 구체적 경우에 있어서는 어떠한 건축건물이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하더라도 현실적인 조망방해의 정도가 커 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다.⁵⁰⁾ 이 경우 법치행정원리가 形骸化가 되는 것을 방지할 필요가 있다. 더 나아가 대법원의 견해처럼 조망의 대상이 되는 경관의 내용과 피해건물이 입지하고 있는 지역에 있어서 건조물의 전체적 상황 등의 사정을 포함하여 조망과의 관계에서의 건물의 건축사용목적 등 피해건물의 상황, 주관적 성격이 강한 것인지 여부와 여관식당 등의 영업과 같이 경제적 이익과 밀접하게 결부되어 있는지 여부 등 당해 조망이익의 내용, 가해건물의 위치 및 구조와 조망방해의 상황 및 건축사용목적 등 가해건물의 상황, 가해건물 건축의 경위, 조망방해를 회피할 수 있는 가능성의 유무, 조망방해에 관하여 가해자측이 害意를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 정도 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하되 그 구체적이고 명확하게 수인한도 기준을 판례와 학설을 토대로 하여 확립하는 것이 시급하다. 조망권침해에 대한 수인한도기준을 명확히 하여 조망권 보장행정에 기여할 수 있고 국민의 최대한 권리보장에 기여할 수 있을 것이다.

49) 천공가시율이란 거실 중간 부분에 서서 창문을 통하여 외부를 바라볼 때 창문을 통해 보이는 하늘의 면적이 창문면적에서 차지하는 비율을 말한다.

50) 대법원 2000. 5. 16. 선고 98다56997 판결; 대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결 참조.

2. 建築許可時 環境事前配慮義務에 의한 眺望權 確保

2002년 2월에 제정된 국토의계획및이용에관한법률은 선계획 후개발원칙에 의하여 국토를 계획적, 체계적으로 이용하여 난개발을 방지하고, 환경친화적인 국토이용체계를 구축하고자 하였다. 또한 국토기본법 제5조 제1항에서는 “국가 및 지방자치단체는 국토에 관한 계획이나 사업을 수립·집행함에 있어서 자연환경과 생활환경에 미치는 영향을 사전에 고려하여야 하며, 환경에 미치는 부정적인 영향이 최소화될 수 있도록 하여야 한다”고 규정하여 사전에 조망 등에 미치는 영향을 고려하도록 하고 있다.

대단지 아파트 등의 고층건물을 건축할 경우 경관을 보호할만한 가치가 있는 장소나 택지의 사전용도 및 기존주거환경의 양태, 구체적인 도시계획이 수립되어 있는 사정 등 여러 가지 조건 등에 분쟁의 소지가 있는 대단지 아파트의 재개발시에는 사전에 컴퓨터시뮬레이션을 통하여 주변 토지이용과의 조화가능성이 있는지와 조망 등의 침해가 얼마나 심각한지를 검토하여,⁵¹⁾ 조망권의 침해가 심각한 경우는 최대한 건축허가를 배제하고, 인근 지역과의 조화가 될 경우에만 건축행위를 허가하는 사전배려의무를 허가관청이나 법령 또는 조례에서 규제할 필요가 있다.⁵²⁾ 또한 조망권을 환경보호를 위해서는 단지 발생할 우려가 있는 위험을 방지하고 이미 발생한 피해를 제거하는 것은 부족하거나 조망권침해의 경우 사실상 복원이 불가능하거나 복원에 따른 비용이 많이 소요되므로 환경정책기본법과 환경교통재해등에관한영향평가법상의 사전배려원칙이 충실하게 실현될 수 있도록 법제도적으로 완비하여야 할 것이다. 즉, 환경교통재해등에관한법률상에 환경영향평가의 대상이 되는 사업을 허가함에 있어서 환경에 대해 침해를 고려하여 사업허가를 거부할 수 있다는 규정을 둘 필요가 있다.

3. 眺望權 侵害의 環境紛爭調停制度 活用

환경분쟁조정제도는 준사법적 분쟁해결기능을 지닌 환경분쟁조정위원회가 환경피해자가 환경분쟁조정을 신청하면 환경오염으로 인한 피해분쟁을 소송외적 방법으로 신속하고 공정하게 해결하도록 하는 제도이다.⁵³⁾

51) 현재 조망권 관련 전문가가 부족한 형편이므로 조망권 침해를 효율적으로 방지하기 위해서는 적극적으로 조망권의 전문인력을 육성할 필요가 있다.

52) 강동규, 앞의 논문, 182면.

53) 중앙환경분쟁조정위원회가 설립된 1991.7.19~2005.5.31까지 총 1,590건을 접수하여 1,301건을 처리(재정, 조정, 중재합의)하였으며, 208건은 자진철회로 종결되었고, 81건은 현재 처리 중이다

그런데 환경분쟁조정법에 의한 환경분쟁조정위원회에 환경피해분쟁을 신청할 수 있는 범위는 환경피해에 대한 다툼과 환경기술개발및지원에관한법률 제2조 제2호의 규정에 의한 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 그 대상이다(동법 제2조 제2호). 여기서 환경피해라 함은 사업활동 기타 사람의 활동에 의하여 발생하였거나 발생이 예상되는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음, 진동, 악취, 자연생태계파괴 기타 대통령령이 정하는 원인으로 인한 건강상, 재산상의 피해를 말한다. 다만, 방사능오염으로 인한 피해를 제외한다(동법 제2조 제1호).

기타 대통령령이 정하는 환경피해는 ① 진동이 그 원인 중의 하나가 되는 지반침하(광물 채굴로 인한 지반침하를 제외한다), ② 건축법의 적용을 받지 아니하는 구조물에 의한 일조 방해 등이다. 따라서 건축법을 적용받은 건축물에 의한 일조권침해나 조망권침해는 환경분쟁조정위원회로부터 조정을 받을 수 없다.

앞서 살펴본 바와 같이 환경정책기본법에 의한 환경오염은 일조, 조망침해도 포함되므로 환경분쟁조정제도가 제기능을 할 수 있도록 환경분쟁조정법을 개정하여 환경분쟁 대상에 일조, 조망의 방해에 대하여도 포함되도록 하여야 할 것이다.

건설업자들은 건축법에 이미 일조권 피해 규정이 있으므로 이중규제라고 주장할 수 있으나, 환경분쟁조정제도는 행정규제가 아니라 피해자 권리를 보호하는 준 사법제도이다. 그리고 실제로 지방자치단체의 건축분쟁조정위원회가 있으나 가해자가 조정에 응하지 않으면 별다른 실효성이 없는 등 이미 공정성에 문제가 노출되고 있으므로 조망권 분쟁이 계속 증가하고 있으므로 이를 신속하고 공정하게 권리구제를 해줄 수 있는 환경분쟁조정 대상이 되도록 하여야 할 것이다.

한편, 2005.5.31 현재 환경분쟁 조정현황을 피해원인별로 보면 다음과 같다. 처리된 1,301건 중 소음진동으로 인한 피해 1,118건(86%), 대기오염 111건(8%), 수질오염 52건(4%), 해양오염 9건(1%), 기타 11건(1%)이다. 환경분쟁조정위원회에 의한 배상 결정된 건수는 515건(40%)이며 그 신청금액은 225,563,787천원, 배상 결정액은 23,621,549천원이다. 중재 합의 건수는 651건(50%)이며, 기각의 건수는 109건(8%), 방음대책 및 조정중단 등은 26건(2%)이다.

(http://edc.me.go.kr/bunjang/user/pds/collect_view.html?page=1&topcode=C&subcode=50&av_no=20020039).

피해원인별 환경분쟁조정 현황

(단위: 건수, %)

구분	계	소음·진동	대기오염	수질오염	해양오염	기타 ⁵⁴⁾
계	1,301	1,118	111	52	9	11
2005. 5	62	53	6	2	-	1
2004	223	206	8	3	1	5
2003	292	264	19	8	-	1
2002	263	229	26	4	-	4
2001	121	103	11	7	-	-
2000	60	49	7	4	-	-
1999	79	67	8	4	-	-
1998 이전	201	147	26	20	8	-

4. 眺望權 保護를 위한 景觀法 내지 景觀保護條例 新設

좋은 경관이나 생활환경의 추구는 도시민의 쾌적한 생활공간과 주어진 자연환경과 주화를 이루어야 한다. 이를 위해서는 기존의 자연환경보전이나 미관유지를 위한 법제도보다는 경관보호가 더 중시되는 법제도를 정비할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 따라서 국토의계획및이용에 관한법률은 용도지역제와 용도지구에 의하여 토지의 이용 및 건축물의 용도, 건폐율, 용적율, 높이 등을 제한하여 강하 또는 완화하거나 미관, 경관 등을 도모하고 있다. 국토의계획및이용에 관한법률 제36조 제1항에 의한 도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역이나, 동법 제37조 제1항에 의한 경관지구, 고도지구, 미관지구 등을 지정 또는 변경하거나, 동법 제50조에 의한 지구단위계획을 도시관리계획으로 결정 하도록 하고 있다. 이러한 토지이용규제의 관점에서 진일보하여 경관보호에 중점을 두어 국민의 삶의 질을 향상시킬 수 있도록 하여야 한다.

국토의계획및이용에 관한법률은 지역의 실정을 충분히 반영할 수 있도록 구체적인 내용은 조례에 위임하고 있다. 지방자치단체는 국토의계획및이용에 관한법률에서 위임하고 있

54) 기타는 토양오염 3건, 추락위험 1건, 기름유출 1건, 생태계 1건, 일조권 5건이다. 일조권침해와 관련하여 철도나 교량, 도로에 의한 농작물 침해 등이 대부분이다.

55) 柳海雄, “景觀保護에 관한 法制와 政策의 展開方向,” 『국토정보』, 국토연구원, 1993, 6., 60면.

는 범위에 국한하여 경관을 보호할 것이 아니라 지역특성에 합치되게 경관보호조례⁵⁶⁾를 제정·시행하는 것이 바람직하다. 이와 같이 지방자치단체가 경관조례를 제정할 수 있는 법적 근거는 지방자치법 제13조의 3과 지방분권특별법 제12조 내지 제14조이다. 즉, 지방자치법에 의해 주민발의에 의해 조례를 제정할 수 있으며, 지방분권특별법에 의해 자치행정역량을 강화하고, 주민투표, 주민소환, 주민소송제도를 도입하여 주민참여를 확대하고 있다.

한편, 일본은 2004.6.18 경관법을 제정 공포하여 주민 또는 지방자치단체가 해당지역의 도시, 농어촌 등의 양호한 경관을 형성을 촉진하고, 경관계획의 책정의 시책을 종합적으로 구축함으로써 지역활성화 및 도시의 재생, 아름다운 경관형성과 도시를 보전하고, 국민생활을 향상, 국민경제 및 지역사회의 건전한 발전을 기여하고자 한다. 특히 경관법은 경관법의시행에따른관계법률의정비등에관한법률, 도시녹지보전법등의일부를정비하는법률과 함께 제정하여 경관계획과 경관지구를 마련하고 경관정책의 일관성을 유지하고 하고 있다. 따라서 우리나라도 현행 개별법에 산재된 경관에 관한 규정을 일본 경관법을 참고로 하여 경관법을 제정·시행하여 지역특성에 맞는 좋은 경관을 보존·육성하고, 조망권 보호에 관한 규정도 아울러 신설하는 것이 바람직하다.

VI. 結 論

경제성장과 소득의 증가에 따라 국민들은 좋은 경관과 쾌적한 환경에서 생활하고자 한다. 특히 최근 우리나라의 경우처럼 협소한 국토에서는 대도시의 재개발아파트 건축, 주상복합아파트 등을 건축하여 삶의 질을 향상시키고자 일조권과 조망권을 마음껏 누리하고자 한다. 반면에 기존건물의 소유주, 점유자들은 신축된 건축물로 인하여 그동안 조망하여 오던 좋은 경관을 방해받아 조망권에 분쟁이 증가되고 있는 실정이다.

56) 2004.9.30. 현재 16개 광역 지방자치단체 중 7개 지방자치단체와, 전국 227개 기초단체 중 13개 지방자치단체가 경관계획을 수립하고 있으며, 광역 지방자치단체 중 3개의 지방자치단체가 4개의 경관조례를 제정하고 있으며, 기초단체 중 40개의 지방자치단체가 경관조례를 제정하고 있다. 이와 같이 경관계획을 수립하거나 경관조례를 제정하는 지방자치단체가 증가하고 있으나 이를 근거로 하여 경관정책을 수립하고 시행하는 사례는 거의 전무한 실정이다(오민근, “일본 경관법 제정과 그 의미,” 108면). 한편, 일본의 경우 2003.9. 현재 都道府縣 47개 중 20개 지방자치단체가 경관조례를 제정하고 있고, 市町村 3190개중 450개 지방자치단체가 경관조례를 제정하였다. 國土交通省, 景觀綠三法の制定について, 2004. 8면.

그런데 우리나라 현행법은 환경권의 일종인 조망권에 대한 법적보호장치를 제대로 하지 아니하여, 조망권을 둘러싼 법적분쟁을 명확히 해결하지 못하고 있다. 단지 판례에 의하여 조망권을 종래에는 반사적 이익으로 여겨오다가 최근에는 법적권리보호를 인정하는 사례가 증가하고 있다.

따라서 조망권보호를 실효성있게 보장하기 위해서는 다음과 같은 법적문제의 해결이 선행되어야 한다.

첫째, 실질적 법치국가를 실현하기 위하여는 조망권보호에 관한 개별법에 근거규정을 두거나 경관법, 경관조례를 제정하여 토지이용규제보다는 경관보호를 위한 정책이 강구되어야 한다.

둘째, 조망권도 일조권과 같이 생활환경권이므로 법해석 적용함에 있어서 달리 취급할 것이 아니라 그동안 일조권에 관하여 집적된 학설과 판례를 토대로 조망권보호와 침해유형을 구체적으로 설정할 필요가 있다.

셋째, 조망권 침해기준이 되는 수인한도에 관하여 명확한 기준이 설정되어야 한다. 즉, 건축법, 국토의계획및이용에관한법률 등이 위법성 판단하는 최소한도의 기준이 되고, 구체적인 경우에는 경관의 내용과 피해건물의 입지하고 있는 건조물의 전체적 사정을 포함하여 조망과의 관계에서의 건축의 건축사용목적 등 피해건물의 상황, 객관적 성격이 강한 것인지, 조망피해에 대하여 회피가능한 지, 조망이익의 보호가 필요한 정도 등 제반적인 사정을 종합적으로 판단하여 구체적이고 명확한 수인한도기준을 설정할 필요가 있다.

넷째, 주상복합아파트 등 고층건물을 건축을 할 경우 경관을 보호할 만한 가치가 있는 장소나 택지의 용도 및 기존주거환경형태, 도시계획수립 등을 고려 법적분쟁의 소지가 있게 마련이다. 이 경우 건축허가를 발급해주기 전에 컴퓨터시뮬레이션을 통해 주변 토지이용과 경관의 조화가능성이 있는지와, 조망의 침해정도를 검토하여 조망권 침해가 심각한 경우에는 건축허가를 배제하고 그렇지 않는 경우에는 행정청에게 환경에 관한 사전배려의무를 부여하여 사전배려원칙이 충실하게 실현되어야 한다.

다섯째, 조망권에 관하여 현행 환경분쟁조정법에 의하면 환경분쟁조정위원회에 조정신청을 할 수 없게 되어 있으나, 환경분쟁조정제도가 준사법적으로 신속하게 공정하게 환경분쟁을 해결해 주는 제도라고 할 수 있으므로 환경분쟁조정제도가 제기능을 할 수 있도록 조망방해도 분쟁조정대상이 되도록 하는 것이 바람직하다.

여섯째, 조망권은 생활환경권의 일종으로서 공권이라고 볼 수 있으므로 사법상 권리구제인 손해배상, 공사가처분금지소송보다는, 행정절차에 의한 사전구제, 집행정지신청, 위법한 처분에 대한 손해배상청구, 위법부당한 처분에 대한 행정쟁송을 적극 활용하는 방안을

모색하여야 한다. 다만, 조망권 침해에 대한 사후구제수단은 일정한 한계가 있으므로 건축허가 전단계부터 인근주민들의 의견청취, 청문회 등을 통하여 절차법적으로 권리구제를 받을 수 있는 방안이 적극 강구되어야 한다.

주제어 : 조망권, 경관권, 환경권, 생활환경권, 일조권, 조망적 이익, 환경적 이익,
토지이용규제

【참 고 문 헌】

- 강동규, “부산의 환경현황과 그 해결과제,” 『釜山法朝』 제19집, 2002.
- 金男旭, “리브호텔에 대한 建築規制,” 『土地公法研究』 第16-1輯, 韓國土地公法學會, 2002.
- 김명길, 김상영, “환경권의 실현을 위한 절차법제,” 『재산법연구』 第15輯, 1998.11.
- 金鍾甫, 『建築行政法』, 學友出版社, 1999,
- 김중보, “건축법상 일조권,” 『환경법연구』 제23권 2호, 한국환경법학회, 2001.
- 金種律, “眺望權의 法的構成論,” 『法曹』 vol.559, 2003.4.
- 金鐵容, 『行政法Ⅱ』, 博英社, 2005.
- 柳海雄, “景觀保護에 관한 法制와 政策의 展開方向,” 『국토정보』, 국토연구원, 1993.6.
- 박근성, 함태성, 『환경법』, 박영사, 2004.
- 오규식, “조망권의 의의와 특성,” 『도시문제』 vol.36, 대한지방행정공제회, 2001.
- 李應世, “日照權侵害와 環境訴訟,” 『재판자료 환경법의 제문제』(하), 제95집, 법원도서관, 2002.
- 전경운, “일조권과 전망권의 법적 타당성에 대한 검토,” 『사법행정』, 1998.11.
- 조은래, “조망권의 민사법적 보호에 관한 연구,” 『環境法研究』 第26卷 第1號, 韓國環境法學會, 2004.
- 조현권, “조망권,” 『환경보전』, 환경보전협회, 2004, 11-12.
- 홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001.

【Abstract】**Legal Principles of Right to View**

Kim, Nam Wook

Recognition of right to view and concerns on its protection as requirement to live in comfortable environment have been increased according to qualitative improvement of standard of economic and cultural life in Korea. While right to view has been considered as 'reflective or living profit' unlike right to sunshine and recognized as additional rights of right to sunshine, recently supreme court of Korea tends to recognize right to sunshine as a subject of independent legal protection.

As right to view has been emphasized, disputes about right to view have been also increased because new construction of residential-commercial complex building and rebuilding work at big cities are increasing. Nevertheless, concrete discussion about scope of legal protection of right to view has not conducted.

Therefore, this study is to seek method to ensure efficacy of legal protection of right to view by establishing legal principles of right to view.

Key Words : Right to View, Right to View, Right to Landscape, Right to Environment, Right to Living Environment, Right to Sunshine, Perspective Profit, Environmental Profit, Land Use Regulation
