조망권의 민사법적 보호에 관한 연구

조 은 래*

〈차 례〉

Ⅰ. 서 설
Ⅱ. 조망·경관의 의의와 보호법익
Ⅲ. 조망권과 경관권의 법적 보호
Ⅳ. 조망권과 경관권 보호에 대한 판례의 동향과 특징
Ⅴ. 결 어

Ⅰ. 서 설

최근 우리나라에서도 환경에 대한 권리인식과 그 보호에 대한 관심이 날로 증가하고 있다. 헌법상의 권리인 환경권(헌법 제35조)은 그 내용과 범위 및 주체 등이 명확하지 않아 입법방침규정으로서 해석되어, 구체적인 私法상의 권리성을 인정하지 않는 것이 일반적인 판례의 태도이다.[1] 이러한 권리성의 부인으로 말미암아 각종의 환경분쟁이 발생하여 지방자치단체와 이익집단의 갈등, 개인의 인격침해와 생활방해, 그리고 환경권과 관련한 재산권 등으로 인한 분쟁들로써 전국이 환경분쟁으로 혼란을 겪고 있다고 하여도 과언이 아니다.

특히 환경상의 이익으로서 조망 및 경관의 이익, 이른바 조망권과 경관권에 대한 법적 보호는 매우 미흡한 실정이다.[2] 특히 근래에 도시의 재건축사업과 더불어 조망권에 대한

* 부산외국어대학교 비교법연구소 전임연구원, 법학박사

1) 「헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고는 어렵다」라고 대법원은 판시하고 있다. 大判, 1995. 5. 23, 94마2218 ; 大判, 1995. 9. 15, 95다23378 ; 大判, 1997. 7. 22, 9656153 ; 大判, 1999. 7. 27, 98다47528.

2) 주거환경에 있어서 일조권만큼 중요한 환경이익으로서 조망권를 들 수 있다. 인간이 아름다운 숲을 바라보고 사는 경우와 콘크리트로 둘러 쌓인 건물 속에 갇혀서 폐쇄감을 느끼며 사는 경우를 분석해 보면 조망권의 피해가 얼마나 심각한 정도인가를 쉽게 이해할 수 있다. 여러 연구기관에서 발표한 환경 및 심리학 보고서에 따르면 조망권에 의한 주거환경의 피해로 인하여 인간의 심리적인 문제뿐만 아니라 삶의 질적인 저하의 측면에서도 심각한 문제가 야기되고 있다는 것이 보고되고 있으나, 최근까지도 조망권 문제에 대해서 가해자측과 피해자측이 문제제기나 별다른 대책 없이 지나온 것이 현실이다. 지

분쟁이 심각한 사실로 드러나고 있다.[3)]

조망권 침해에 의한 분쟁유형은 첫째, 여관·관광호텔, 음식점 등의 조망침해, 둘째, 쾌적한 주거환경으로서의 조망이익과 그 외의 생활이익침해(예컨대 일조·통풍·사생활이 동시에 침해된 경우), 셋째, 조망저해에 따른 재산상의 이익이 저해된 경우, 예를 들면 난립하는 건물과 간판 등에 따른 선전 및 광고의 효용이 저해된 경우, 조망저해에 의해 목적부동산의 자산가치(조망프리미엄 등)가 감소된 경우, 건물매매에서 조망이익의 향유에 대한 보증특약위반의 경우 등을 들 수 있다.

조망권의 침해에 대하여 헌법상의 환경권을 구체적 권리로서 인정하는 법률이 없기 때문에, 법적인 구제에 어려움이 없지 않다고는 말할 수 없다. 하지만 조망에 대한 이익과 그것에 재산적 가치가 부여되어 그러한 권리를 주장함으로써, 다른 권리와의 충돌로 인한 문제점들이 현실적으로 나타나고 있으므로, 그 해결방안으로서 조망권에 대한 법적 연구가 요구되어지는 바이다. 이에 본고는 조망·경관권의 내용을 검토하고 그 권리성의 여부를 판단하여, 조망·경관이익의 민사법적 보호에 대하여 연구하고자 한다.

Ⅱ. 조망·경관의 의의와 보호법익

1. 조망·경관의 의의

조망(a view)이란 「먼 곳을 바라보는 것 또는 그 경치」, 경관(scenery)은 「경치」, 또

금까지는 서울 도심의 아름다운 조선시대의 수백년 된 古家의 수려한 전망을 25층 짜리 콘크리트로 막아도 객관적인 증거 자료를 제시할 방법이 없어 대책 없이 그 피해를 입을 수밖에 없었다. 부경대학교 산업과학기술연구소 일조권팀, http://e-iljo.com/

3) 이웃 주민들의 일조권 및 조망권을 침해한 재건축 아파트에 대해 1백47억원을 배상하라는 법원의 중재 의견이 나왔다. 서울지방법원 민사50부는 최근 일조·조망권 침해와 관련, 서울 강남구 도곡동 도곡주공 1차아파트 재건축조합에 이웃한 진달래 1차아파트 주민들에게 1백47억원을 배상하라는 중재 의견을 제시했다. 이 의견은 양측의 이의가 없을 경우 다음달 2일 법원의 조정안으로 최종 확정된다. 이와 관련, 도곡주공 1차아파트 재건축조합은 이달 중 대의원 총회를 열어 법원 중재안 수용 여부를 결정할 예정이다. 이번 중재 의견은 배상액이 1백억원을 훨씬 넘는 데다 일조권뿐 아니라 조망권 피해도 법원이 공식 인정한 첫 사례여서 상당한 파장이 예상되고 있다. 업계는 이에 대해 "앞으로 서울지역 재건축 아파트는 물론 전국의 고층 건물 공사현장에서 일조·조망권 침해를 둘러싼 배상 소송이 잇따를 것"이라고 우려했다. 특히 조망권까지 배상 대상에 포함됨으로써 분쟁의 강도 및 범위는 더욱 확대될 것이라고 전망했다. 업계 관계자는 "일조·조망권 배상액이 수백억원대로 급상승함으로써 앞으로 아파트 재건축에 나서는 조합원들은 물론 신규 분양에 나서는 건설업체들도 상당한 추가 부담이 불가피할 것"이라고 말했다. 한국경제, 2004. 01. 07, 02면.

는 「지형・기후・토양・생물계 등으로 이루어지는 일정 지역의 지리학적 특성. 또는 이러한 특성이 있는 지역. 자연경관과 문화경관으로 구분됨」이 사전적 의미이다. 법률상으로 조망권과 경관권에 대해서 확정된 정의는 없지만, 조망권이란 「건물소유자 또는 점유자가 일정의 풍경을 기타 다른 것에 의해 방해받지 않고 조망할 수 있는 권능」이라고 한다.[4)]

일반적으로 조망과 경관은 유사한 개념이라고 판단하지만 양자는 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 조망의 침해는 재산권 내지 인격권적 이익에 대한 침해의 성격을 가지지만, 경관의 침해는 인격권 또는 환경권에 대한 침해로서의 성격을 가진다. 예컨대 조망침해는 통상 개인적 이익에 대한 침해로 나타나지만, 경관침해는 사회적 이익에 대한 침해로서 나타나는 것이 많다. 둘째, 조망은 생활자의 시점으로부터의 전망을 의미하지만, 경관은 사회적 시점으로부터 본 전망을 의미한다. 셋째, 조망은 자연의 표면적 전망을 의미하지만, 경관은 전망을 형성하는 여러 요소 즉 인위적 행위(지역의 자연, 역사, 풍토, 건물 등)를 포함한다.[5)] 넷째, 조망 그 자체는 가치판단을 포함하지 않지만, 경관은 본질적으로 어떤 종류의 가치판단을 포함하고 있다.「景」은 경치모양, 지표상의 풍경의 특색을 부여한 總合像, 즉 광명, 형태를 우러러봄, 경사스러운 것을 의미하고,「觀」이란 보는 것, 멀리 넓게 보는 경치를 말한다. 다섯째, 조망과 경관은 법적 보호의 가치가 있는 생활이익을 가지지만 경관은 조망보다 더 밀도 높은 생활이익이 있다고 할 수 있다.[6)]

한편 조망・경관의 내용으로는 보호대상으로서의 조망・경관과 일상생활이익으로서의 조망・경관으로 분류할 수가 있다.

(1) 보호대상으로서의 조망과 경관

보호대상으로서의 조망・경관은 보기 위함의 조망・경관, 이용대상으로서의 조망・경관으로 분류할 수 있다.

가) 보기 위함의 조망・경관

자연환경보전법과 자연공원법 등에서는 직・간접적으로 조망・경관의 보호를 목적으로 하고 있다. 자연환경보전법에서는 생태계보전지역의 보전(제27조), 자연환경보전・이용시설의 설치(제42조), 특히 동법 제44조에서는 「관계중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장

4) 淸瀨信次郎, "眺望權論", 亞細亞法學 19卷 1. 2号 合併号, 1985, 22-23면.
5) 景觀은 존재하는 것이 아니고 이루어지는 것이다. 그것은 과거로부터 현재를 지나 미래로 연결되는 여러 과정의 복합적인 결과라고 한다. 久保貞他, 景觀論, 鹿島出版會, 1991, 9면.
6) 眺望과 景觀의 차이는 主觀性과 客觀性에 있다고 한다. 淡路剛久, "眺望・景觀の法的保護に關する覺書", ジュリスト 692호, 1979. 6, 119-121면 참조 ; 大阪辯護士會編, 環境權, 日本評論社, 1976, 85면.

은 경관적 가치가 높은 해안선 등 주요 경관요소가 훼손되거나 視界가 차단되지 아니하도록 노력하여야 한다. 지방자치단체는 조례가 정하는 바에 따라 각종 사업을 시행함에 있어서 자연경관을 보전할 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다. 환경부장관은 자연경관을 보전하기 위하여 필요한 지침을 작성하여 관계 행정기관의 장 및 지방자치단체의 장에게 통보할 수 있다」(동조 제1, 2, 3,항)고 규정하여 자연경관의 보전을 명시하고 있다.

자연공원법은 자연공원의 지정·보전 및 관리에 관한 사항을 규정함으로써 자연생태계와 자연 및 문화경관 등을 보전하고 지속 가능한 이용을 도모함을 목적으로 한다. 따라서 이러한 목적을 실현하기 위하여 자연공원을 국립공원·도립공원 및 군립공원으로 나누고 동법에 의해 지정된 지역 내에서의 건축이나 개발행위를 제한하고 있다(제23조 참조).

나) 이용대상으로서의 조망·경관

이는 여관·관광호텔 등의 조망과 경관이 이에 해당한다. 일본의 판례 및 다수설은 이러한 종류의 조망과 경관은 순수하게 재산상의 이익에 관계된 것으로, 이것에 대한 침해는 영업권 및 재산권에 대한 침해에 해당하는 것으로 해석하고 있다.[7] 한편, 이러한 조망의 침해는 일견 재산상의 이익에 대한 침해로 보지만, 조망침해에 의한 영업수익의 감소가 있다고 해도 그 여관의 숙박자 및 이용자의 정신적 고통·불쾌감을 가지고 있는 이상, 실질적으로는 정도의 차이는 있지만, 인격권적인 이익에 대한 침해에 해당한다고 하는 견해가 유력하게 주장되고 있다.[8] 하지만 이러한 종류의 조망의 침해는 업자들의 개인적 생활이익에 대한 침해가 아니기 때문에 일응 영업권의 침해로 보는 것이 옳다고 한다.[9] 더욱이 조망의 침해는 개인적이며, 이러한 경우에 그 침해가 더욱 광역화되고, 일반적인 경관의 파괴로 볼 수 있는 경우도 있다. 이러한 경우에는 영업상의 이익에다 개인의 인격적 이익도 포함됨에 따라 일반적인 경관을 향수 할 이익 내지 권리(환경권)의 침해로서 평가될 가능성이 있다.

(2) 생활이익으로서의 조망·경관

이것은 쾌적한 일상생활환경으로서의 조망과 경관을 의미한다. 이러한 조망·경관의 침해는 쾌적한 주거생활권으로서의 환경권과 재산적 가치로서의 재산권 침해로 분류할 수 있다.

---

7) 澤井裕, (判評) 判例公害法 4, 8020면 이하 ; 石田喜久夫, (判評) 判例公害法 4, 8300면 이하.
8) 澤井裕, 公害の私法的 硏究, 一粒社, 1969, 344-345면.
9) 小林健男, "日照紛爭と環境權", 有信堂, 1974, 103면.

이러한 생활이익으로서의 조망·경관의 보호는 이용대상으로서의 영업상 재산적 가치를 가지는 여관 및 호텔 등의 조망·경관에 비하여 더 엄격하다. 즉 후술하는 바와 같이 조망의 이익이 통상적으로 사회일반의 공통의 의식으로 승인 받는 정도의 것이 아니라면 법률상의 보호를 받기가 어려울 것이다.

2. 조망·경관의 보호법익

좋은 경치와 전망은 개인의 소유는 아니지만 여관 및 호텔 등의 숙박업소들은 아름다운 자연의 경치를 상품화 할 수 있고, 토지나 건물에서의 좋은 전망은 그 장소적 가치를 높여주는 주요한 요소라는 것은 누구나 인정할 수 있는 것이다. 좋은 경치와 전망에서 가치를 낼 수 있는 정도는 인위적인 것에 따라 차이가 있을 수 있으며, 경치와 전망에 대한 장소적 독점과 연관되어 장소적 이익이 발생하는 것으로 보여진다. 일정한 장소에서 조망·경관의 이익을 가지는 것은 다른 사람이 그 조망에 대한 소유권을 행사하지 않음으로써, 개인이 조망·경관을 향수 할 수 있고, 그러한 규제는 매우 미약하다고 할 수 있다.

이러한 점은 본질적으로 日照의 이익과 유사하다고 할 수 있으나, 일조가 사람의 생존에 있어서 만인공통의 중요성을 가지고 있는 것에 비하여, 특히 조망은 그 가치가 인간의 정신활동에 좌우되는 것이라는 점에서 극히 주관적인 것이다. 그동안 조망권이 일조권의 정도로 인정받지 못한 이유가 여기에 있다고 여겨진다. 판례도 조망·경관권은 다른 환경상의 이익처럼 개인이 구체적으로 가지는 私法상의 권리가 아니라 법적으로 보호되는 이익도 아니며, 단지 좋은 경치와 전망에 대한 장소적 이용으로서 주어지는 반사적 이익에 불과하다는 견해로 일관되어 왔다.[10]

그러나 조망·경관의 이익이 법률상으로 보호받을 가치가 없는 것은 아니다. 조망의 이익은 그것을 바라보는 만족감 외에 장소적 이익에 대한 이용가치와 그것을 이용하는 사람과 관련된 것으로서 한 장소에서는 경제적 가치로서, 다른 장소에서는 사회적, 문화적 가치로서, 또 다른 장소에서는 일상생활차원의 개인적 가치로서 인정될 수가 있기 때문에, 이것에 어떠한 법적 보호를 인정할 것인가에 대해서는 여러 가지 구체적 사안, 특히 조망이 가지고 있는 가치를 평가하여, 이것과 충돌하는 다른 가치와 이익과의 비교교량 등을

10) 東京地裁, 1978. 5. 31, 決定, 判例時報 888호, 71면 ; 東京高裁, 1978. 9. 18. 決定, 判例時報 907호 61면 ; 新美輝夫, "日比谷公園事件", 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 162면 이하 참조.

한 뒤에 결정하여야 할 것이다. 근래의 판례에서는 점차 환경상의 이익을 반사적 이익이 아니라 환경권의 내용으로 인정하는 경향이 두드러지고 있다.[11]

또한 조망 및 경관이 특별한 의미를 가지지 못하고, 단순히 전망이 나빠진다는 것만으로는 조망의 가치를 이유로 하여 법률상의 보호를 받을 수는 없을 것이다. 특정한 장소가 그 장소에서 특별한 조망의 가치를 가질 것, 또한 그것이 사회 일반의 공통의식으로 승인받는 정도의 것 등이 전제가 되고, 그 위에 여러 요건들을 검토하여 법률적으로 보호할 가치가 있는지 없는지를 결정하여야 할 것이다.

일반적으로 「특정장소가 그 장소에서 조망에 대한 특별한 가치를 가지고, 이러한 조망의 이익에 대한 향수를 하나의 중요한 목적으로 그 장소에 건물이 건축되어진 경우와 같이 해당건물의 소유자가 아닌 占有者에 의해 그 건물에서의 조망이익의 향수가 사회통념상 독자적인 이익으로서 승인되어야할 중요성을 가지는 것이라고 인정되어질 경우에는 법적 견지에서도 보호되어야 할 이익으로 인정된다」고 한다.[12]

조망과 경관은 쾌적하고 좋은 생활환경을 구성하는 중요한 요소로서 인식되어 조망과 일반적인 경관에 관한 환경권의 내용으로 확립될 수 있다. 현재까지 판례에서 인정된 조망권의 내용은 조망의 침해로부터 소유권 및 영업권(재산권)과 일반주택의 생활이익보호, 그리고 인격권으로서의 보호로도 나타나고 있으며,[13] 나아가 객관적 가치를 지닌 경관을 향수 할 수 있는 개인의 환경권(경관권)의 내용으로도 보호될 수 있을 것이다.

조망·경관에 대한 법적 보호의 전제로서 판례의 태도를 살펴보면, 우선 「조망」은 좋은 경치를 향수하는 개인적 이익의 측면을 의미하고, 「경관」은 조망이 보다 객관화·광역화되어 가치 있는 자연상태(자연적, 역사적, 문화적 경관)를 형성하고 있는 경우라고 한다. 따라서 조망의 방해는 개인적·주관적 이익의 침해인 것에 비해, 경관의 침해는 조망의 방해라는 개인적 침해에 그치지 않고, 보다 광역적·객관적 이익의 침해로서 이해할 수 있다. 그러므로 조망의 방해는 개인적 이익의 침해로서 사법적 구제의 대상이 되며, 이것에 대하여 경관의 침해는 지역의 미관파괴라는 광역적·객관적 가치, 즉 주민일반의 이익을 침해하는 것이기 때문에 그 법적 규제는 성질상 행정소송 등의 공법적 규제에 적당한 경우가 많다.[14]

---

11) 横須賀野比海岸事件, 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26, 判決 ; 東京地裁, 2001. 12. 4, 判決 ; 東京地裁, 2002. 2. 14, 判決 ; 東京地裁, 2002. 12. 18, 判決 등. 우리나라의 判例는 大判, 1975. 5. 13, 73누96 ; 大判, 1995. 9. 26, 94누14544 ; 大判, 1998. 4. 24, 97누3286 등 참조.

12) 好美清光외 2人, 日照·眺望·騒音の法律紛爭, 有斐閣, 1999, 227면.

13) 이러한 판례의 내용에 대해서는 다음의 장에서 후술한다.

생각건대 조망·경관의 이익은 환경권의 내용으로서가 아니라 하더라도 그 법적 보호는 인정될 수 있을 것이다. 예컨대 조망·경관의 보호에 있어서 조망·경관의 이익이 토지에 부가가치를 산출하고 있는 경우에 그것은 토지의 권리에 부착한다고 볼 수 있다. 따라서 어떤 이익이 재산적으로 평가될 수 있다면, 소유권 등 기존의 재산권보호의 방법(물권적 청구권 등)으로 보호할 수 있기 때문에, 이와 같은 해석방법에 의한다면 조망·경관의 이익은 법률상의 권리로서 보호될 수 있을 것이다. 다만 조망의 침해에 대한 손해배상청구는 점유의 침해가 아니기 때문에 물권적 청구권의 방법에 의하기보다는 불법행위법의 구성을 취하여 보호됨이 일반적일 것이다.[15]

Ⅲ. 조망권과 경관권의 법적 보호

1. 조망권과 경관권의 의의

조망권이라 함은 좋은 경관을 享受하는 개인의 개별적 권리라고 할 수 있다. 조망권의 침해는 먼저 재산권, 즉 소유권과 영업권의 측면에서 여관, 호텔, 음식점 등의 영업자가 조망을 침해당한 경우에 이것을 인정하게 된다. 그리고 그 보호범위는 개인의 주택으로부터의 조망침해사건에도 점차적으로 확대되어 가고 있다.

경관권이란 경관을 향수 할 수 있는 권리이다. 경관이란 좋은 풍경을 객관화·광역화하여 가치 있는 환경, 즉 자연적 역사적, 문화적 경관을 형성하고 있는 것을 의미한다. 경관

14) 竹內保雄, "京都岡崎有樂莊事件", 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 160면.

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

권은 객관적 가치가 있는 경관에 대한 주민의 권리로서 생각한다면, 환경권의 일종이라고 생각할 수 있다. 그러나 경관을 개인적 조망이익의 광역적인 集積이라고 생각한다면, 조망권을 광역화한 것으로 이해할 수 있다.[16]

전술한 바와 같이 조망은 생활자의 시점으로부터의 전망을 의미하는 것으로써, 조망저해는 통상 개인의 이익침해에 이르지만, 경관은 사회적 시점으로 본 전망을 의미하므로 경관저해는 사회적 이익침해를 이루는 것이 많다.[17] 문제는 개인의 생활이익과 재산적 가치로서의 조망보호의 法益을 인정할 수 있는가. 또는 그 법익을 인정한다고 하여도 그 요건은 어떠한 기준으로서 판단하여야 하는가. 또한 조망이 법률적으로 보호될 수 있는 이익이라면, 어떤 장소에서 어떤 보호를 받을 수 있는 지가 문제이다. 조망이 생활에 절실한 것으로 인정받기는 어려우니 만큼 법적 보호를 받을 수 있는 요건도 일조방해의 경우보다 더 엄격하게 되는 것은 타당하다. 그리고 조망이익에 의거하여 타인의 소유권 행사에 대해 妨害排除請求를 한 경우와 損害賠償請求한 경우에는 타인의 권리에 대한 제한의 내용에 질적인 차이가 있으므로, 법원이 조망의 이익보호에 내리는 요건은 크게 달라질 수도 있다.

조망이익에 대한 방해배제 또는 손해배상의 형태로 법적 보호를 받기 위해서는 구체적으로 조망이익과의 관계에서 침해자의 자발적 행위로서 일반적으로 시인될 수 있는 정도를 넘어 부당하게 조망이익을 침해하려고 하는 경우에 한하여 보호될 수 있다.

2. 조망·경관권의 법적 보호

(1) 조망권의 보호

조망이 저해되고 조망이익이 침해된 경우에 사법적 보호를 받을 수 있기 위해서는 우선, 조망이익이 재산적 성질을 가지는 경우에는 영업이익 내지 영업권의 침해가 되기 때문에 어떤 경우에는 손해배상을 청구할 수 있고, 어떤 경우에는 유지청구를 할 수 있다. 단 법률구성상에 있어서 문제가 될 수 있는 것은 유지청구권의 근거이다.[18] 이에 대한 판례의

16) 淡路剛久, 景觀權の生成と國立・大學通り訴訟判決, ジュリスト, 1240호, 2003. 3. 72-73면.
17) 따라서 경관은 조망보다 법적으로 보호할 생활이익의 가치가 더 크다고 할 수 있다.
18) 유지청구(또는 금지청구, 중지청구 등)의 법적 근거는 구체적인 권리가 침해된 경우에 제기할 수 있다는 권리설과 구체적인 권리침해를 요건을 하지 않고 피침해이익의 성질·정도와 침해행위의 態樣에 의하여 일정한 한도를 넘으면 민법 제217조에 근거하여 유지청구를 할 수 있다는 생활이익설(생활이익보호청구권설)이 있다. 이 밖에도 권리침해가 계속적이라면 침해된 권리가 어떤 것인가를 묻지 않고,

예를 보면 건물소유권에 의거하여 방해배제라고 하는 구성을 취한 것,[19] 토지 내지 건물에 당연히 수반하는 권능이라고 하는 주장을 부정하고, 불법행위구성을 취한 것[20] 등이 있다. 영업권침해에 대한 유지청구의 근거를 물권적 청구권에 의해야 하는지, 불법행위적 청구권을 인정해야 하는 것인지, 그렇지 않으면 방해배제권능을 가진 독립한 권리로서 영업권을 구성해야 하는 가는 하나의 문제이지만, 어쨌든 그에 대한 이익교량은 불가피하다. 어느 설을 취하는가에 따라서 구체적인 요건론에 차이가 있지만, 영업건물의 소유권 내지 이용권을 근거로 하는 물권적 청구권에 의함이 다수의 견해이다.[21]

가) 영업이익으로서의 조망권

조망권이 영업이익으로서 보호를 받기 위해서는 일반적으로 피해자측의 영업상 손실의 중대성, 피해자측으로부터의 대상지불의 신청을 가해자가 거절할 것, 가해자측에게 회피가능성이 있고, 동시에 악의가 있을 것, 등을 요구하고 있다.[22] 白浜온천사건에서는 「경치가 탁월한 특정의 장소를 조망할 수 있는 객실을 설계하여, 이것을 유력한 선전재료로 사용해서 여관영업을 하고 있는 경우에, 인접토지의 소유자가 같은 목적으로 여관을 건축하려고 하는 경우에 조망침해로 인한 영업방해의 의도가 있을 때에는 물론이거니와 이러한 의도가 없을 때에도, 조망의 침해는 인접토지소유자의 부당한 권리행사의 결과로 생겨난 것이고, 그로 인한 피해가 수인한도를 넘는 것이라면 영업상의 이익침해에 의해서 발생한 손해배상청구나 또는 침해배제(건축공사중지)를 청구하는 것도 허용된다」고 한다. 그리고 수인한도의 내용으로는「조망을 이용한 영업기간을 장단, 조망을 침해당한 정도, 양자의

유지청구권의 발생을 승인하려고 하는 계속적 권리침해설이 있다. 권리설은 다시 유지청구의 권원이 무엇인가에 대해 물권적 청구권설, 인격권설, 환경권설, 불법행위법설 등으로 나누어진다. 생활이익설에 대해서는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 권원은 될지언정 환경피해의 제거·예방을 구하는 유지청구의 근원은 될 수 없다는 견해도 있으나, 대법원은 생활이익이 침해된 경우에도 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있다고 판시하고 있다. 大判 1997. 7. 22, 96다56153. 이에 대한 상세는 拙書, 환경법, 세종출판사, 2003, 253면 이하 참조.

19) 猿ヶ京온천조망방해사건. 이 사건은 기존의 건물이 아키다니(赤谷)호수의 조망에 특히 신경을 써서 설계된 것으로 조망을 오로지 아키다니호수에 의존하고 있는 여관이라는 점, 상대방의 건물이 완성되면 객실에서의 조망이 완전히 차단될 것이라는 점, 또한 상대방은 그 장소에 건물을 세우지 않아도 다른 부지에서 건축할 수 있는 여지가 있다는 점, 건축장소의 변경에 따른 비용을 부담하려는 의사가 있다는 점, 촌장과 마을위원회의 의원들의 알선을 거부한 점등으로 침해자의 적극적인 조망방해의 악의가 추정된 사건이다. 東京高裁, 1963. 9. 11, 判決.

20) 白浜온천사건. 和歌山地裁田辺支部 1968. 7. 20 判決.

21) 東孝行, 公害訴訟の理論と實務, 有信堂, 1971, 95면 ; 西遠道雄・澤井裕, 現代損害賠償法講座, 日本評論社, 1973, 395면 이하 ; 石田喜久夫, 差止訴訟と損害賠償, 成文堂, 1987, 8면.

22) 猿ヶ京溫泉眺望妨害事件, 東京高裁, 1963. 9. 11, 判決. 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, 122면.

환경, 방해자의 건축물설정방법과 그 목적 등, 제반의 사정을 고려하여 결정해야만 한다」[23]라고 한다.

그리고 「조망의 침해는 소음과 악취에 의한 생활방해와 같은 적극적인 침해가 아니고, 소극적 침해 중에서도 일조·통풍과 같은 쾌적하고 건강한 생활향수에 불가결한 생활이익을 침해하는 것도 아니며, 영업상의 이익이라는 순수한 재산상의 이익에 관계된 것이므로, 소음과 악취, 일조·통풍 등에 의한 생활방해와 동일한 기준에 의해 수인한도를 결정하는 것은 가능하지 않으며, 그보다 더 신중하고 엄격한 고려가 필요하다」[24]고 한다.

이러한 조망이익에 대한 영업권의 침해분쟁은 주로 여관이나 호텔을 운영하는 사업자가 조망을 영업용으로 이용하고 있는 경우(조망이익=재산권)에 주로 발생한다.

나) 생활이익으로서의 조망권

조망에 대한 생활이익에 대하여는 「일반적으로 풍경이 조망의 가치를 가지게 되는 것은 그 풍경을 보는 자에게 미적 만족감과 정신적 평온 등을 주는 점에 있어서 개인의 생활상 적지 않은 의의 내지 가치를 가지는 것에 기초하지만, 이러한 조망자체가 가지는 일반적, 추상적인 가치는 구체적인 경우에 이것과 결부되어, 생활관계의 여하에 따라 어떤 경우에는 경제적 가치로서, 어떤 경우에는 사회적, 문화적 가치로서 또 어떤 경우에는 일상생활의 차원에 있어서 사적 가치를 가질 수 있으며, 그 각각에 따라 다른 성질과 내용에 의해 구체적인 이익을 형성한다. 이러한 이익에 대해서 법적 견지에서 어떠한 경우에, 어느 정도의, 또 어떠한 형태로 보호해야하는가에 대해서도, 위와 같은 이익이 구체적인 성질과 내용에 따라 그것이 가지는 사회적 의의 내지 가치를 평가하고, 이것을 경합하는 다른 가치 내지 이익과의 관련에 있어서 이것을 결정해야한다.」고 언급하고 있다.[25]

이 판례에서는 개인이 특정의 건물에 거주하는 것에 의해 향수하는 조망이익을 하나의 생활이익으로서 정하고 있다. 이를테면 구체적으로 생활이익으로서의 조망권에 대한 요건은 ⅰ) 특정의 장소가 그 장소에서 조망에 대한 특별한 가치를 가질 것, ⅱ) 이러한 조망이익의 향수를 하나의 중요한 목적으로 하여 건물이 건축되는 경우에, 당해 건물의 소유자 내지 점유자에 의한 조망이익의 향수가 사회통념상으로 독자적인 이익으로서 승인될 것을 요구하고 있다. 즉 당해 장소의 조망가치성과 당해 건물의 조망목적성이 있는 경우, 당해

23) 和歌山地裁田辺支部 1968. 7. 20 判決, 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, 122면.
24) 津地裁, 1969. 9. 18 判決. 鳥羽湾近鐵工事眺望妨害事件.
25) 熱海分讓맨션사건 第2審判決, 東京高裁, 1976. 11. 11, 判決, 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, 120면 참조.

조망이익의 향수가 사회통념상 중요한 것으로 인정되어지는 때에 조망이익이 보호된다.

그러나 위와 같은 요건을 갖추었다고 해서 즉시 유지청구 혹은 손해배상을 청구할 수 있는 것은 아니다. 구체적 상황 하에 있어서 조망의 침해행위가 일반적으로 시인될 정도를 초과해서 부당하게 이것을 침해하려고 하는 경우에 한정하여야 한다. 그리고 특정의 침해행위가 이러한 요건을 갖추는가 어떤가에 대해서는 일방에 있어서 당해 행위의 성질과 태양, 행위의 필요성과 상당성, 행위자의 의도와 목적, 가해를 피할 수 있는 다른 방법의 유무 등의 요소를 고려하고, 다른 한편으로 피해이익의 가치 내지 중요성, 피해의 정도와 범위, 위 침해행위에 대한 피해자의 예측가능성 등의 사정을 기초로 해서 양자를 비교교량하여 결정하여야 하며 또 그 교량에 있어서는 조망이 소음, 대기오염, 그리고 日照 등과 같이 생활에 절실한 것은 아니라는 것에 비추어 그 평가에 대해도 특히 엄격하여야 한다.[26] 이외에도 ⅰ) 일반 통념으로 볼 때 조망의 가치가 있는 경관이 존재할 것, ⅱ) 그 장소적 가치가 조망에 많이 의존하고 있을 것, ⅲ) 장소의 조망유지가 주변의 이용상황과 조화를 이루고 있을 것, ⅳ) 조망이익에 대한 향유자의 토지점유권한이 정당한 것일 것 등을 요구하고 있다.[27]

다) 인격권으로서의 조망권

이상과 같이 조망권의 침해는 판례상으로 소유권 및 재산권의 침해라고 하는 좁은 의미에 그치지 않고 보다 넓게 인격권침해의 경우도 포함될 수 있다고 한다. 예컨대 조망권의

---

26) 淡路剛久, 위의 논문, 120-122면. 이 사건에서 문제가 된 조망이익은 「개인이 특정의 건물에 거주함에 따라서 얻어질 수 있는 것은 위 건물의 所有 내지 占有와 밀접하게 결부된 생활이익이지만, 본래 그것은 위 건물의 소유자 내지 점유자가 건물자체에 대해서 가지는 배타적, 독점적 지배와 같은 의미에 있어서의 지배이며, 향수 하려는 이익은 아니다. 원래 경치는 누구나 이것을 접할 수 있는 것이고, 단지 특정의 장소로부터 관망할 수 있는 이익은 그 장소의 독점적 점유자 만이 사실상 이것을 향수 할 수 있는 결과로서 그 자에게 독점적으로 귀속할 뿐이다. 그 내용은 주변에 있는 객관적 상황의 변화에 의해서 저절로 變容 내지 制約을 받지 않는다고 할 수 없으며, 위 이익의 향수자는 人爲的인 것에 의한 이러한 변화를 배제하려는 권능을 당연히 가지는 것이라고 말할 수 없다. 다만 이것은 조망이익이 어떤 의미에 있어서도 그 자체로서 법적 보호의 대상으로 될 수 없는 것을 의미하는 것은 아니고, 이러한 이익도 또 하나의 생활이익으로서 보호되어야 할 가치를 가지는 것이며.....」라고 하고 있다.

27) 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26, 判決. 이 사건은 요코스카(横須賀)시의 해안에 접한 구릉지가 도쿄만의 입구에 위치하고 눈 아래로 半農半漁의 늘어선 농가와 소나무 숲, 멀리 반도의 산들이 서쪽에서 해안으로 이어지는 구릉이 파노라마처럼 즐비한 장소이다. 도쿄에서 이 경관을 보기 위해 6년 전에 이사를 온 저술가 부부(원고)는 이웃 토지소유자가 3층높이의 9미터가 넘는 건물을 건축함으로써 조망이익이 침해되므로 2층 이상의 부분을 철거하라는 청구를 한 것이다. 법원은 조망이익의 침해는 일조, 소음 등과는 달리, 심리적인 충족감의 저해라고 지적한 후, 건물철거에 의해 받는 양당사자의 이해를 비교해 볼 때, 건물의 철거는 방해자에게 큰 피해를 주는 반면, 조망이익을 방해받는 자는 손해배상으로 손해의 회복이 가능하기 때문에 건물철거의 청구는 인정하지 않았다. 新美育文, “横須賀野比海岸事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 164면.

침해가 인격권 침해의 한 형태로서 유지청구권의 근거가 될 수 있다는 것이다.[28]

유지청구권을 인정할 수 있는지의 여부는 구체적 사안에 있어서 그 침해가 인격권침해에까지 이르고 있는지의 여부, 혹은 그 침해행위가 위법성이 있는지의 여부에 관한 판단과 관련된 것이다. 따라서 조망권의 침해가 인격권의 침해로 되기 위해서는 그 침해행위가 위법한 것인가의 판단이 중요한 문제이다. 이러한 위법성판단은 수인한도론에 의하는 것이 일반적이지만, 문제는 수인한도의 판단방법이다. 이 점에 대해서는 대체로 다양한 요소를 종합적으로 고려하는 總合的인 방법이 시도되고 있다. 즉 인격권의 침해는 배타성이 있는 인격이라고 하는 권리의 침해이기 때문에, 그 침해가 인정되어지면 그것만으로도 유지청구가 가능하지만, 인격권침해에는 중대한 침해 이를테면 생명·신체의 침해 등에서부터 비교적 경미한 침해 즉 정신적 고통과 정신적 평온의 침해까지 그 침해이익의 성질과 정도에 차이가 있기 때문에, 침해행위의 태양과의 상관관계에 있어서 수인한도를 판단하는 것이 필요하다. 조망이익의 침해도 또한 생명·신체의 침해에 비교하면 침해의 정도는 상대적으로 약하다고 평가할 수 있다. 따라서 가해행위의 態樣과의 상관판단에 있어서 위법성을 평가하는 수인한도의 판단이 불가피하게 된다.[29] 하지만, 그것은 어디까지나 인격권침해가 있었는지 없었는지 혹은 인격권의 침해가 있었다고 하더라도, 그것이 위법성을 결하였는지의 여부를 판단하는 것이기 때문에 권리를 중심으로 한 판단의 방법이 되지 않으면 안 된다.[30]

(2) 경관권의 보호

경관이 파괴되어 자기의 조망이익이 침해되는 경우에도 그에 대한 법적 보호를 구할 수 있을 것이다. 예컨대 京都岡崎有樂莊사건에서 요리여관을 경영하는 신청인이 이웃의 5층 빌딩의 건축으로 인하여, 동산을 배경으로 하는 동 여관의 정원미관이 상실되는 등 그 조망이익의 침해를 주장하는 외에, 「이 지역의 미관은 주변지역주민이 공유하는 것이고, 넓게는 京都시민이 공유하는 문화적 자원이며, 게다가 이곳을 방문하는 관광객도 즐길 수 있는 권리를 가지는 것이라고 할 수 있다. 본 건 건물은 이러한 공유자인 京都시민의 아름다운 경치, 환경을 파괴하는 것에 있어서, 신청인들은 이러한 공유자를 대표해서 환경권을

28) 澤井裕, 公害の私法的 硏究, 344-345면.
29) 이것은 종래의 통설이었던 違法性=相關關係說의 당연한 귀결이다.
30) 이와 같은 권리중심으로 한 相關衡量에 기초한 수인한도판단에 있어서 피침해이익으로서의 조망이익이 일정한 것이라고 해도 가해행위 측의 평가요소에 소극적인 요소가 많다면, 수인한도판단에 기초한 위법성의 비중은 더 높아지게 된다. 원래 가해행위 측의 요소(가해행위의 態樣)로서는 당해 행위의 必要性, 相對性, 回避可能性, 先住性, 당해 장소의 지역적 성질, 손해발생을 회피하기 위한 노력, 주민과 교섭노력 등의 여러 사실을 고려하여야 한다. 淡路剛久, 景觀權の生成と國立・大學通り訴訟判決, 72면.

기초로 한 미관의 유지를 구할 수 있는 것이다」라고 주장하고, 3층 이상의 공사중지가처분을 신청하였다. 이에 대해 재판소는 3층을 초과는 부분의 공사중지가처분을 명하였다.[31] 이 결정에는 판결이유가 부가되어 있지 않지만, 본 건의 사안은 조망의 저해에 있어서 경관의 파괴도 포함된다고 판단하고 있다.[32]

경관권 보호에 대하여 문제는 일반적인 경관의 파괴를 개인의 권리침해로서 주장할 수 있는가 하는 것이다. 환경권설[33]에 의하면 이것은 인정되어질 수 있다.[34] 하지만 수인한도론(위법침해설 또는 상관형량적 수인한도)에 의해서도, 법률구성은 다르지만 결론을 유도함에 있어서는 일반적 경관의 파괴는 위법성에 대한 중요한 판단요소가 된다. 즉 가해행위의 악의적 態樣, 이를테면 반공익적 행위로서 평가될 수 있다. 다음으로 경관권은 조망권이 광역적으로 集積된 면이 있고, 그와 같은 경우에 경관권의 침해가 개인의 구체적인 법익(조망이익)침해로 결부시켜 재판상으로 다툴 수 있을 것인가. 이에 대하여 역시 환경권설에 의하면 일반적인 경관의 파괴는 개인의 환경권에 대한 침해이기 때문에 유지청구를 할 수 있으며, 또 환경권설에 의하지 않더라도 종래의 법률구성을 확장적, 탄력적으로 적용함에 따라서 경관파괴를 재판상으로 다툴 수 있다고 한다.[35]

---

31) 京都地裁, 1973. 9. 19 決定, 判例時報 720호 81면.

32) 竹內保雄, 앞의 논문, "京都岡崎有樂莊事件", 161면.

33) 이 설은 유지청구의 근거로서 환경권이라고 하는 새로운 하나의 절대권을 인정하는 견해로서 종래의 忍容限度論이 지니는 이익형량의 불안전성을 비판하면서 등장한 이론이다. 이 설에 의하면 환경권은 헌법상의 기본적인 권리일 뿐만 아니라 실정법상의 구체적인 권리라고 봄으로써, 이에 기한 환경권의 침해가 있으면 바로 위법한 것으로 평가할 수 있고, 각 개인의 구체적인 피해발생을 요건으로 하지 않고도, 전체적인 환경오염의 침해만 있으면 유지청구를 할 수 있다고 한다. 즉 대기·물·일조·통풍 등의 자연환경은 인간의 共有財産이고, 각자는 양호한 자연환경 가운데서 쾌적한 생활을 享受하는 이른바 환경권을 가지기 때문에, 어떤 사람이 환경을 파괴하거나 오염시킨 경우에는 지역주민은 각자의 환경권을 지키기 위하여 법원에 소송을 제기하여 환경에 악영향을 주는 행위의 중지를 요구할 수 있다. 따라서 이 설에 의하면, 공장의 입지나 조업, 해변의 매립 등 이른바 환경오염 내지 파괴를 수반하는 일체의 행위를 구체적인 피해가 개인에게 생기기 전의 단계인 환경파괴단계에서, 유지청구를 함으로써 피해의 확대방지에도 도움이 되며, 환경보전을 효과적으로 기대할 수 있다고 한다. 유지청구의 조건으로는 환경권은 배타적 권리이기 때문에 가해자의 고의·과실은 문제되지 않으며, 다만 권리의 내재적인 제한에 의한 이익형량의 문제가 따른다고 한다. 그러나 이 설에 대해서 환경권을 과연 구체적 권리로 볼 수 있는 가와, 환경권의 내용의 불명확성에 기하여 유지청구의 구체적 요건에 관한 확정의 어려움이 있다는 비판을 받고 있다. 판례에서는 환경권을 구체적, 주관적 권리로 인정한 하급심 판결도 있지만, 대법원에서는 아직 이를 인정하고 있지 않다. 환경권설에 대하여는 石田喜久夫, 앞의 책, 11면 이하 ; 李勇雨, "公害防止訴訟", 환경문제와 재판, 1978, 312면 이하 ; 全昌祚, "環境權의 確立", 法과 環境, 三英社, 1977, 221면 이하.

34) 하나의 생활환경이 파괴되고, 또는 파괴되려고 하는 경우, 그 환경의 이익을 享受하는 자는 즉시 단독으로 그 중지를 청구할 수 있다. 더구나 단순히 자기의 환경소재의 이용을 방해받고 있을 뿐만 아니라, 그 환경파괴가 동시에 그 환경소재를 공유하는 다수의 주민의 생활을 위협하고 있을 때에도 주장할 수 있다. 아마 그것은 파괴되는 것이 환경전체의 가치이기 때문이다. 大阪辯護士會編, 環境權, 77-78면, 167면 참조.

그러나 현실적으로 법원은 이를 반대하고 있다. 예컨대 長浜町入浜權訴訟에서 원고들은 入浜權의 침해 외에 경관파괴도 주장하고 있지만, 판결은 「일반적으로 자유로운 자연의 경관미를 즐기는 것은 언제라도 누구나 이것을 행할 수 있기 때문에 이것을 권리라고 할 수 없고, 長浜 해수욕장에 대해서도 예외는 아니므로 長浜 시민 등이 동 해수욕장의 경관미를 향수하는 것에 권리가 없는 것이 분명하기 때문에, 본 건 漁港의 修築에 의해 동 해수욕장의 경관미가 손상되어질 염려가 있다고 해도 그 修築이 위법이라고는 말 할 수 없다」고 하고,[36] 이것을 부정했다.[37] 또한 日比谷公園사건[38]에서 법원은「본 건에 있어서 채권자들이 침해되었다고 주장하는 권리 내지 이익은 그것 자체가 채권자들 개인이 구체적으로 가지는 私法상의 권리라고 할 수 없는 것은 물론이거니와 법적으로 보호되는 이익이라고도 할 수 없다. 생각건대 이러한 이익은 채권자들이 본 건 공원을 이용하는 것에 대해서 향수하는 반사적 이익에 불과한 것이다. 채권자들은 본 건 공원이 역사적, 문화적, 가치를.... 강조하지만, 반대로 본 건 공원이 역사적, 문화적으로 귀중한 것이었다고 해도, 그것은 채권자들의 개인적인 권리와는 직접관계가 없는 것이고, 본 건 공원이 가지는 역사적 문화적 가치는 위의 결론에 아무런 영향도 미치는 것은 아니다. 이상의 것에 따라서, 채권자들이 예비적으로 주장하는 불법행위도 성립할 여지가 없는 것으로 판명한다.[39]」고 하여 신청인들의 청구를 기각하였다. 동시에 2심 법원[40]에서도 비슷한 견해를 진술하여 신

35) 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, 123면.
36) 松山地裁, 1978. 5. 29, 判決.
37) 蘇塚昭次, “長浜町入浜權事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 174면. 이 판결에 대하여 다음과 같이 지적하고 있다. 즉 경관파괴에 대하여 경관을 향수하는 이익도 법으로 보호할 가치가 있는 이익이다. 문제는 누가 이것을 다툴 수 있는 것인가 하는 것이지만, 당해 경관과 지역적 혹은 이용상의 관계가 있고, 종래부터 경관을 향수하여 온 것이 있다면 그 이익이 침해된 경우에는 재판상으로 다툴 수 있을 것이다. 문제는 실질적으로 청구를 인정할 수 있기 위한 요건을 어떻게 구성할 것인가에 있지만, 이 점은 경관파괴의 정도, 대체수단의 가능성(회피가능성), 회피노력 등 여러 사정을 고려해서 결정하여야 할 것이다. 어쨌든 경관보호의 요건에 대해서는 판례의 누적으로 정립될 수 있다고 하여도 본 판결과 같이 경직된 권리론을 가지고 주민에게는 권리가 없기 때문에 경관이 파괴되어도 위법은 아니다 라고 하는 것은 아마 소극적인 태도이다. 淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, 124면.
38) 이것은 日比谷公園의 남쪽근처에 생명보험회사가 지상 30층 빌딩을 건축하려고 한 것에 대해서 동경도민 9명이 공원이용권, 인격권, 환경권 등의 침해를 이유로(그 중에는 경관을 내용으로 하는 환경권의 침해가 있다) 13층 이상의 건축공사금지 가처분을 신청한 것이다.
39) 東京地裁, 1978. 5. 31, 決定, 判例時報 888호 71면.
40) 즉 「지방공공단가 설치하는 도시공원은 주민 내지 일반공중의 공동사용으로 제공되어지는 공공의 시설이고, 누구도 타인의 공동사용을 방해하지 않는 한도에 있어서 자유롭게 이것을 사용할 수 있는 것이지만, 그 사용은 공법관계에 있어서 이를테면, 일반사용에 해당하는 것이고 도시공원의 관리는 이것을 설치한 지방공공단체가 공원관리자로서 행하여야 하는 것이며, 일반사용자인 개인은 당연히 위의 경우 중지청구를 구할 근거가 되는 권리 내지 이익을 가지는 것은 아니다고 말할 수 있다.」고 하였다. 東京高裁, 1978. 9. 18, 決定, 判例時報 907호 61면. 新關輝夫, “日比谷公園事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 162면.

청을 기각하였다.[41]

한편, 경관권의 중요성에 대해 정면으로 거론되고 그 법적인 평가에 대해서 처음으로 제시된 사건은 日光太郎杉사건(토지의 적정이용과 문화적 자연환경의 보호)[42]이라 할 수 있다.

동경고등재판소는 이 사건에서 太郎杉을 시작으로 이것을 둘러싼 巨杉群에 의해 조성되어 있는 풍치·경관 등의 평가에 대해서, 「이러한 문화적 가치는 오랜 자연적, 시간적 세월을 거쳐 최초로 만들어진 것으로 한번 인위적인 행위가 가해진다면 인간의 창조력에 따라서는 두 번 다시 원상태로 복구하는 것이 사실상 불가능하다는 사실에 비추어 볼 때, 본 사건의 토지소유권이야말로 東照宮의 사유에 해당한다고 하더라도 그 경관적, 풍치적, 종교적, 역사적, 가치는 국민이 평등하게 누려야할 문화적 재산으로서 향후에도 계속 유지·보존해야하는 유산이라고 해석하는 것이 타당하다」고 평가한 후, 太郎杉 등의 巨杉群을 벌채해서 도로를 확장한다는 취지의 사업계획에 대해 건설부장관이 토지수용법에 근거해서 실시한 사업인정은 동법 제20조 3호에서 말하는「토지의 적정성과 합리적인 이용에 기여할 것」이라고 하는 요건을 충족하지 못했다고 해서 그것을 기각하였다.[43]

이 판결에서 주요한 점은 「사업계획이 토지의 적정성과 합리적 이용에 기여하는 것일 것」이라고 하는 요건은 「그 토지가 그 사업의 시행으로 제공되는 것에 의해서 얻어야할 공공의 이익과 토지가 그 사업의 시행에 따라 잃는 이익(이 이익은 사적인 것뿐만 아니라 경우에 따라서는 공공이익을 포함한 것이다)과 비교형량한 결과, 전자가 후자보다 우월하다고 인정되는 경우에 존재하는 것이라고 해석하는 것이 적당하다」라고 하고, 본 건 사업

41) 이 판결도 경관권 보호에 대하여 매우 소극적인 태도라고 한다. 이를테면 확실히 공원은 人工公物이고, 주민에 의한 그 이용이 반사적 이익인 것은 현재 행정법학설의 주류의 견해이다. 그러나 이러한 견해는 정당하다고 생각하지 않는다. 공원 등이 公物로서 공물이론에 복종시키는 것은 공원의 목적 즉 일반주민의 이용을 보장하기 위한 것이다. 따라서 그기에 공물목적을 저해하는 행위가 있다면 주민은 이것을 다투어도 좋다. 민사소송의 경우에는 공물이론에 의한 것은 존재하지 않기 때문에, 권리가 반사적 이익은 아니므로 좀 더 실질적인 판단을 했어야 했다. 예를 들면 신청인 각각이 공원을 이용하고 공원의 경관을 향수하고 있었던 것이라면, 사안의 중심이 留止의 요건에 적합한가의 여부에 대하여 판단을 해야했었다. 또한 2심 결정에서 「또 공공시설이 일반 사용자라고 해도 그 사용이 일상생활상의 제반의 권리를 행사하는 데 대해서 불가결인 것인 등이 특별한 이해관계가 존재하는 경우에는 자기의 사용에 대하여 방해배제를 구할 수 있다고 해석할 수 있지만, 본건에 있어서 관련된 사정이 존재하는 것에 대해서는 주장도 없고, 소명도 없다. 따라서 본건에 있어서는 보존해야할 항고인들의 권리 내지 법적 보호에 가치가 있는 이익은 존재하지 않는다고 말할 수밖에 없다.」고 판시하고 있는 것은 다소 적극적인 것이라고 해야하는가. 물론 누가 留止請求權을 할 수 있는가의 판단과 유지가 인용되기 위한 요건의 구성은 여기에서도 상당히 어려운 문제이다. 그러나 이미 전술한 바와 같이 하나하나 당해 사건을 해결하기 위한 요건 구성이 되어서 판례가 누적되어감에 따라서 곧 타당한 판단구조가 만들어질 것이다. 淡路剛久, "眺望·景觀の法的保護に關する覺書", 124면.

42) 東京高裁, 1973. 7. 13 判決. 判例時報 710호 23면.

43) 山村恒年, "日光太郎杉事件, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 184면.

계획을 계기로 토지의 적정성과 합리적인 이용에 기여하는 것이라고 인정하려하는 건설부장관의 판단은 「이 판단에 있어서 본 건 토지부근이 가진 때묻지 않은 여러 문화적 가치 내지 환경의 보전이라고 하는 본래 가장 중시해야 할 사실을 부당, 안이하게 경시한 것」이라고 판단하고 있는 것이다. 즉 본 판결은 太郎杉 등의 巨杉群에 의해 조성되어 있는 역사적 경관을 가진 문화적 가치를 높게 평가하고, 이것을 보호해야하는 것에 의한 이익과 도로확장에 의한 교통체증이 해소라고 하는 개발이익을 비교해서, 개발이익이 환경보호의 이익에 우월하는 것은 아니라고 법적으로 평가한 것이다.[44]

그리고 최근에 주목해야할 일본 國立市・大學路事件에서는 처음으로 경관파괴의 원인이 된 건물부분의 철거를 인정한 획기적인 판결이 나왔다.[45] 이를 살펴보면 판결은 우선 「본 건 지역에 있어서 건축기준법, 도시계획법, 본 건 지구계획, 본 건 지구정비계획, 본 건 건축조례에 의해 본 건 지구내의 건축물의 높이를 제한한 행정목적은 대학로의 경관을 포함한 도시환경의 유지 및 보전이다.」라고 하며, 또 본 건의 건축조례는 「단순히 일반적 추상적인 의미에 의한 경관의 유지・보전을 도모하려고 한 것은 아니고, 역사적으로 이미 존재하고 있는 대학로라고 하는 특정의 경관(높이 20미터의 아름다운 가로수 거리)을 유지・보전한다고 하는 구체적인 목적을 실현하기 위하여 강제력이 없는 경관조례에 의해서는 실질적으로 경관유지라고 하는 행정목적을 달성할 수 없으므로, 시정명령이라고 하는 행정목적실현을 담보하는 규정이 있는 건축기준법에 기초한 제한으로서 건축물의 높이를 구체적으로 제한 것이다. 따라서 본 건 높이에 의해 국립시민이 향수 할 수 있게 된 경관의 이익은 추상적, 주관적, 일반적인 것이 아니고, 가로수거리 높이인 20미터를 넘지 않는 높이의 건축물로 구성된 경관이라고 하는 객관적인 기준에 의해 그 아름다움의 유지가 도모된 대학로라고 하는 특정의 경관을 향수하는 구체적인 권리이다.」라고 하여 건축물의

44) 中島 晃, “歷史的景觀訴訟”, 環境訴訟の新たな課題, 日本評論社, 1997, 302면.

45) 東京地裁, 2001. 12. 4, 判決. 이 판결에서 법원은 구체적인 公益으로서의 경관의 특질에 대하여 「경관은 거리를 다니는 사람들에게 있어서는 일방적으로 향수 할 수 있는 이익에 지나지 않지만, 어떤 특정의 경관을 구성하는 주요한 요소의 하나가 건축물인 경우에는 이것을 구성하고 있는 공간 내에서 거주하는 자와 건축물을 가진 자 등, 그 공간의 이용자가 그 경관을 향수하기 위해서는 스스로가 그 경관을 유지 또는 보존하여야 한다. 게다가 이와 같은 경우에 그 경관을 구성하는 공간의 이용자인 누군가가 경관을 유지하기 위한 규칙을 지키지 않는다면 당해 경관은 즉각적으로 파괴될 가능성이 높고, 그 경관을 구성하는 공간의 이용자 전원이 서로서로 그 경관의 유지・존중하는 관계가 형성되지 않는 한, 경관의 이익은 계속적으로 향수 할 수 없다고 하는 성질을 가진다. 이와 같은 경우에 경관은 경관을 구성하는 공간을 현실적으로 이용하고 있는 자 전원이 준수하여 처음부터 그 유지가 가능하게 됨에 있어서, 경관을 구성하는 공간이용자의 공동의식에 강하게 의존하는 특질이 있다」고 하여, 특정한 경관을 향수하는 이익에 대해서는 개개인의 개별적 이익으로서도 보호되어야 할 것이라는 취지를 담고 있다.

높이 규제는 이 사건의 대학로의 경관을 포함한 도시환경을 유지·보전한다고 하는 일반적 이익 보호에 덧붙여, 경관 및 환경이익을 향수하는 개개인의 개별적 이익도 보호하고 있는 취지를 포함하고 있다. 또한 이 판례는 본 건의 높이제한지역의 토지권리자들의 경관이익은 당해 지역의 상가건물의 높이를 20미터로 한다고 하는 객관적 수치에 의해서 보호대상이 되는 이익 및 내용의 범위가 명확하므로 본 건 높이제한지역에 있어서 토지권리자들의 대학로의 경관에 대한 이익은 본 건 건축조례 및 건축기준법에 의해서 보호되는 법률상의 이익에 해당한다고 한다.[46]

Ⅳ. 조망권과 경관권 보호에 대한 판례의 동향과 특징

1. 조망권과 경관권의 권리성 부인사례

(1) 우리나라에서 조망권 분쟁에 관한 대법원의 판례는 현재까지 나타나고 있지 않다. 하지만 하급심판례에서는 환경권 침해내용으로서 조망권에 관한 사례가 적지 않게 나타나고 있지만, 대부분이 조망권 보호에 대하여는 구체적 권리성을 인정하지 않는 입장이다.

1999년 4월 부산고등법원은 공사금지가처분 사건에서 조망권에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 「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. … 환경권에 관한 헌법 제35조의 규정만으로는 개개의 국민에게 직접으로 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, 이러한 구체적인 법령상의 근거가 없는 이상, 환경적 이익이 침해되었다는 이유로 바로 환경권을 근거로 그 침해행위의 금지를 구할 수는 없다. … 개인의 사권의 보호를 중심으로 하는 민사상의 假處分裁判에 있어서, 특별한 사정이 없는 한, 공공 내지 일반인의 이익이나 환경적 이익 등 공중 또는 제3자의 이익은 그 성질상, 이를 다른 개인이 그 가처분의 근거로 되는 피보전권리로 삼을 수

46) 淡路剛久, 앞의 논문, 景觀權の生成と國立・大學通り訴訟判決, 74-75면.

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 아니다. … 아파트 단지와 폭 15m의 도로를 사이에 두고 있는 일반상업지역에 고층의 주상복합건물을 신축하더라도 그로 인한 아파트 입주자들의 일조·조망 피해는 수인한도 내의 것이다」라고 하였다.[47] 조망권 보호에 관하여 이 외의 판례에서도 유사한 내용으로 판시하고 있다.[48]

(2) 1992년 일본 경도지방재판소는 京都佛敎會사건에서 역사적 경관을 파괴하는 고층호텔의 공사금지를 요구한 가처분신청에 대하여 다음과 같은 판결을 내렸다.[49]

「고도의 역사적 풍토의 보전에 대해서도 다른 지역환경과 같이 사람들의 경제적, 사회적 활동의 자유 등의 조화가 도모되지 않으면 안되기 때문에 그 방책의 판정은 최종적으로 민주적 절차에 따라 특정된 법률에 의해 결정되어야 할 문제이다. 하지만 경도시의 경도경관의 보존에 대해서는 건축기준법 등이 그것을 시행하고 있다. 본 사건 건축물은 … 건축기준법 제59조의 2 규정에 의한 종합설계제도에 따라 계획된 것으로 그 건축확인을 얻기까지의 절차에 따라 경관의 보존은 물론 건물의 미관, 상점과의 조화, 조망 등 종합적인 각도에서 심사된 것으로 위법한 점은 인정되지 않는 것이다. … 채권자는 피보전권리로서 종교적, 역사적, 조망·경관권을 주장하고, 그 법적 근거를 직접 헌법의 규정에서 구하고 있는 것 같지만, 그 내용과 요건 등이 불명확하고, 그것을 私法상의 권리로써 인정하는 것은 불가능하다고 할 수밖에 없다(채권자가 구체적으로 어떠한 이해간계를 가지고, 어떠한 개별적인 이해관계를 침해당했는가에 疎明도 없다)」[50]라고 진술하여 신청을 기각했다.[51]

---

47) 釜山高法, 1999. 4, 98나10656.
48) 서울行法 1999. 5. 27, 98구10249.
49) 樫見由美子, “京都仏敎會事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4, 210면.
50) 京都地裁, 1992. 8. 6 決定. 判例時報, 1432호, 125면.
51) 이 사건에서 재판소의 판결은 결론적으로 개별이익의 보호를 역사적 경관 등의 문화적 가치의 확보보다도 사실상 우위에 두고 있는 것이다.

한편 和歌의 海邊眺望權訴訟사건[52]에서도 재판소는 원고 등이 주장한 조망·경관권에 대해서는 헌법상으로 명문화되어 있지 않고 또 실정법적인 내용을 가지고 있지 않으므로 「그 내용은 권리로서 보호할 가치가 있는 정도로 성숙된 것이라고 하기는 어렵다」라고 하여 부정하고 있다. 그러나 역사적, 문화적 경관에 대해서는 다음과 같이 판결을 내렸다. 「본래 건강하고 문화적인 국민생활의 유지·발전을 위해 환경의 질의 유지, 향상을 도모하는 것은 정부, 지방공공단체 등의 행정의무이다. 환경이익과 개발이익과의 조정을 도모하고 주민생활의 질적 향상을 추구하는 것은 두드러진 공공적 성격을 가지는 사항이며, 그것을 위해 정부가 해야하는 역할은 극히 크기 때문에 지방공공단체가 그 임무를 수행하고, 정책을 입안·결정·시행하는 것에 대해서 원고들이 주장하는 경관권의 내용을 구성하는 문화적, 역사적 환경으로서의 경관에 대해서도 그것을 고려하여 시행하는 것이 요청되고 있다고 할 수 있다」라고 한다.[53]

2. 조망권과 경관권의 권리성 인정사례

조망권과 경관권에 대한 법적 평가가 소극적인 기존의 판례입장과는 달리, 최근 하급심 법원에서 조망권 보호에 대한 긍정적 판결이 나와 관심이 주목되고 있다. 2000년 10월 19일 서울민사합의 50부에서는 일조권·조망권 침해에 대한 재건축제한 결정을 내려 이로 인한 파장이 예상되고 있다.[54] 또한 2004년 1월에는 이웃 주민들의 일조권 및 조망권을 침해한 재건축 아파트에 대해 1백47억원을 배상하라는 법원의 중재의견이 나왔다.[55] 이에

52) 和歌山地裁, 1994. 11. 30 判決.

53) 이 판결에서도 조망·경관권의 법적 보호에 대해 소극적 판단을 내리고 있으나, 귀중한 역사적, 문화적 유산을 포함한 조망·경관이 문화적 환경을 구성하는 것으로써 사람들의 생활에 중요한 것으로 인식이 깊어지고 있으며, 역사적, 문화적 환경의 보전이 하나의 사회적인 과제로 되고 있음을 인정하고 있다. 또 「사람들이 문화적이고 건강한 생활을 위해 자연적으로 양호한 환경뿐만 아니라 문화적으로 좋은 환경이 필요한 것, 문화적 환경이 인간의 정신생활에 기여하는 중요성과 인격형성에 기여하는 역할에 있어서도 이해되는 부분이고, 그와 같은 문화적 환경의 일환으로서 역사적 경관이 존재하는 것을 긍정해도 좋다」라고 하고 있다. 中島 晃, 앞의 논문, 303-304면.

54) 이 결정은 서울 용산구 이촌동 J빌라에 사는 주민 25명이 자신들의 8층짜리 빌라 앞에 고층아파트를 짓는 것을 막아달라며 C.H 아파트 재건축조합과 시공사를 상대로 낸 건축공사금지 가처분신청 사건에서 나왔다. 서울지법 민사합의50부(재판장 姜炳燮부장판사)는 18일 "빌라 앞 한강쪽으로 지어지는 2개 동은 9층 이상 지을 수 없다 " 고 결정했다. J빌라와 두 아파트는 35~40m 떨어져 있다. 재건축조합측은 문제가 된 2개 동을 65평과 85평형의 18층 건물(각 36가구. 분양가 9억8천~11억9천만원)로 지을 예정으로 사업계획을 승인받아 일반분양 중이다. 터파기 공사까지 마친 상태여서 이 결정이 확정될 경우 재건축사업에 막대한 차질을 빚게 된다. 이 결정은 최근 동부이촌동과 여의도.광진구 자양동 등 한강 주변에서 추진되는 10여건의 아파트 재건축사업에도 상당한 영향을 미칠 것으로 보인다. 중앙일보 2000. 10. 19. 사회면 기사.

따라 차후 전국의 재건축사업현장에서 일조·조망권 침해를 둘러싼 분쟁소송이 증가할 것이 예상된다. 이는 일조권과 더불어 조망권의 침해에 대한 법원의 시각이 점차 환경권으로서의 적극적인 보호추세로 변해가고 있음을 보여주는 것이다. 특히 건강하고 쾌적한 환경에서 생활을 할 권리인 환경권의 내용으로서 조망권은 삶의 질과 환경적 가치를 우선하는 시대에 걸맞게 다른 권리와 분리하여 별도로 취급하는 경향도 대두되고 있다.[56]

(1) 유지청구인정 사례

조망권의 분쟁에 있어서 사루사루쿄(猿ヶ京)온천조망방해사건에서 나타난 초기 판례의 태도를 보면, 조망방해자의 권리남용여부에 대하여, 권리자가 실제로 권리내용의 실현에 의한 이익을 도모할 목적을 가지는 경우에도 「조망의 방해가 되지 않도록 부지를 선택할 수 있었음에도 조망을 방해하여 여관으로서의 효용을 가질 수 없게 할 의도로 부지를 선택했다」라고 할 경우, 그 건물의 건축은 권리남용에 해당하고, 이것에 따라 조망을 저해한 여관건물의 소유권행사를 위법한 방해로 판결하고, 소유권방해배제청구권으로 결부되는 논리구성을 취하고 있다.[57] 전술한 京都岡崎有樂莊사건에서도 조망방해에 의한 건축금지

55) 서울지방법원 민사50부는 2004년 1월 6일 이웃의 일조권 및 조망권 침해에 대해 재건축조합에서 1백47억원을 배상하라는 법원의 중재 의견이 나왔다. 서울지법 민사합의50부(재판장 이홍훈 부장판사)는 서울 강남구 도곡동 진달래 1차 아파트 주민들이 '재건축이 완공되면 일조.조망권 침해가 우려된다'며 도곡 주공 1차 아파트 재건축조합을 상대로 낸 공사금지 가처분신청 사건에서 "도곡 주공측이 1백47억원을 지급하는 대신 신청을 취하하라"는 내용의 합의안을 제안했다고 6일 밝혔다. 재판부는 "가처분신청을 받아들이면 피신청인은 재건축 진행에 큰 차질을 빚게 된다"며 "인용 여부를 본격 심리하기에 앞서 양측의 화해를 유도하기 위해 합의안을 제안했다"고 말했다. 이에 따라 양측은 다음달 2일까지 최종입장을 정리해 합의안 수용여부를 결정한다. 이번 중재 의견은 배상액이 1백억원을 훨씬 넘는 데다 일조권뿐 아니라 조망권 피해도 법원이 인정한 첫 사례여서 상당한 파장이 예상된다. 중재 의견이 받아들여지면 도곡주공측은 가구당 6백만원 안팎의 추가 부담금을 떠안게 되고 진달래 1차 주민들은 가구당 3천만원 안팎의 배상금을 받게 된다. 재판부는 그러나 "이번 제안은 공식적인 법적 절차라기보다는 합의를 유도하기 위해 양측이 제시한 금액을 적절히 조정한 내용"이라고 설명했다. 경향신문 2004. 01. 07, 06면.

56) 최근에는 조망권 침해로 인한 정신적인 피해까지도 인정하는 추세이다. 이 외에도 하늘이 바라다 보이는 비율(천공률)과 통풍권까지 판단 기준으로 부상하는 등 환경권 보호 대상이 점차 확대되고 있는 실정이다. 최근 고등법원이 내린 '고척동 판결'이 좋은 사례다. 지난해 12월 윤모씨 등 서울 구로구 고척동 저지대 거주 주민 31명은 재건축아파트 시공사를 상대로 소송을 제기, 1인당 1백만~8백만여원씩 모두 1억6천4백여만원을 배상하라는 판결을 받아냈다. 또 지난해 6월에는 서울 관악구 주민이 "일조권을 침해당해 피해를 봤다"며 양모씨와 관악구청을 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 위자료를 포함한 3천만원 배상 판결을 받기도 했다. 판결 취지는 "관악구청이 건축허가를 잘못 내주는 바람에 건물 바로 옆에 건물이 들어서 원고에게 재산상 피해는 물론 정신적 고통을 안겨줬다"는 것이었다. 특히 최근에는 아예 층수를 낮춰지으라는 적극적인 판결도 나오고 있다. 부산지법 민사14부는 지난해 11월 부산 대연6동 오양대연양지 아파트 주민들이 인근에 신축 중인 동원로얄듀크 아파트 때문에 일조권 침해를 입고 있다며 시공사와 시행사를 상대로 제기한 공사중지 가처분 신청에 대해 일부 일조권 피해를 인정해 이 아파트 103동의 25층은 12층으로,18층은 9층으로 낮춰 시공하라고 결정했다. 한국경제 2004. 01. 07. 2면.

57) 東京高裁, 1963. 9. 11, 判決.

가처분이 인정되어 조망권 보호에 대한 적극적인 자세를 보이고 있다.[58]

특히 주목할 최근의 일본판례에서 이미 완공된 고층맨션에 대해 지역 주민들의 경관권을 침해하고 있다며 일정 높이 이상을 철거하라는 판결이 나왔다. 2002년 12월 동경지법은 東京都 國立市에 신축된 14층(44m)짜리 맨션을 둘러싸고 주변 주민 50명이 제기한 소송에서 주민 측의 경관권 침해 주장을 받아들여 7층 이상을 철거하라는 판결을 내렸다. 일본에서 이미 완공된 건물에 대해 「경관권 침해」를 이유로 철거를 명령하는 판결이 나온 것은 이번이 처음이다. 재판부는 「특정 지역내의 경관이익은 법적으로 보호할 가치가 있다」고 하며 「맨션 건설은 수인한도를 넘어선 권리침해로 금전 배상으로는 구제할 수 없다」고 판시했다. 재판부가 철거를 명령한 7층 이상은 국립시가 조례로 정한 '높이 20m 제한'을 초과한 부분이다. 이 조례는 문제의 맨션 착공 이후에 제정됐으나 재판부는 「조례제정 이후의 건축 강행은 사회적 사명을 망각하고 사적 이익추구에만 매달린 것… 건축은 불법행위에 해당한다」고 결론지었다.[59]

(2) 손해배상청구인정 사례

앞에서 살펴본 白浜溫泉사건에서와 같이 경치가 탁월한 특정의 장소를 조망이익으로 여관영업을 하고 있는 경우에, 조망의 침해가 인접토지소유자의 부당한 권리행사의 결과로 생겨나고 그로 인한 피해가 수인한도를 넘는 것이라면, 영업상의 이익침해에 의해서 발생한 손해배상청구를 할 수 있다고 하였다.[60] 또한 横須賀野比海岸사건에서는 피고가 토지소유자로서 相隣關係 기타의 규정의 제한에 저촉되지 않아도 소유권의 행사가 권리남용에 해당하는 경우에는 불법행위가 성립한다고 한다.[61]

---

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

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

60) 和歌山地裁田辺支部 1968. 7. 20 判決.

61) 본 판결은 인정된 사실을 비교교량해 볼 때, 피고가 건물을 건축할 당시에 원고들이 이제까지 누려왔던 조망에 대해서 그 침해의 정도를 경감시키기 위한 배려를 하지 않았고, 원고들의 제의에 대해서 고려도 하지 않고 건물을 완성한 것으로, 가령 피고의 건물이 건축기준법상 적법한 건물이라고 할지라도, 그 부지의 소유권 행사에 대해서 권리남용이 있었다고 할 수 있으며, 결국 피고의 행위는 위법으로서, 이것에 대해 최소한의 과실이 있는 것으로 보아, 피고에 대해 원고(부부)들에게 각각 100만엔의 위자료를 지급할 것을 명하였다. 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26, 判決. 新美育文, 앞의 논문, 164면.

이 외의 판결에서도 조망의 성질과 판결기준에 대해서는 앞에서 서술한 사건과 거의 같다고 할 수 있다. 이를테면 本會駒사건에서는 피고가 제 2건물을 신축할 당시에 원고들이 지금까지 누려왔던 조망에 대하여 배려하지 않고(조망배려의무위반), 원고들에게 건물을 건축하기 전에 용역에 대한 설명을 할 수 있었는데도 불구하고 이행하지 않고(설명의무위반) 종래 이 지역에서 볼 수 없었던 고층의 제2건물을 건축하여(지역성, 異樣性), 그 결과 제1건물의 조망을 현저하게 저해한 사실(피해의 정도), 그 정도는 일반적으로 인정할 수 있는 정도를 초과한 것이기 때문에 위법하고, 이것에 대해 최소한의 과실이 존재하기 때문에 피고의 행위는 불법행위를 구성하므로 원고에게 2,374,800엔을 지급할 것을 명하였다.[62] 그리고 朝日住建사건은 위의 판례와 취지를 조금 달리한 사례이다. 즉 원고들이 본 사건의 맨션을 구입한 것은 맨션이 교통이 불편한 높은 지역에 있지만, 조망이 좋다는 점, 맨션담당자로부터 맨션 남쪽 토지에는 원고들의 조망을 저해하는 건물을 세우지 않는다는 설명을 들었기 때문이다. 원고들의 이와 같은 신뢰는 법적으로 보호되어야만 하는 것임으로 원고들의 손해배상청구를 인정하였다.[63]

전술한 國立市 대학로 사건에서 宮岡 法院은 원고주민들의 경관이익을 인정하여 본 건 건물의 설계에 의해서 경관이익을 침해한 사업자에게 불법행위가 성립한다라고 하고, 20미터를 초과하는 부분의 철거와 그것을 실시할 때까지의 동안인 1개월에 1만엔의 비율에 의한 금액의 지불을 인정하였다.[64] 즉 법원은 「특정의 지역 내에 있어서 당해 지역내의 토지권리자들에 의한 토지이용의 자기규제가 계속되고, 상당한 기간동안 어떤 특정의 인공적

62) 大阪地裁, 1992. 12. 21, 決定.
63) 大阪地裁, 1993. 12. 9, 決定.
64) 東京地裁, 2002. 12. 18, 判決. 이 판결에서 경관의 권리성에 대하여 「어떤 특정의 지역과 지구에 있어서 당해 지역내의 토지권리자들이 동지역내에서 건축하는 건축물의 높이와 색조, 디자인 등에 일정의 기준을 만들고, 상호 이것을 준수할 것을 오랫동안 축적되어 온 결과로서 당해 지역에 톡특한 상점가(도시경관)가 형성되고, 동시에 그 특정의 도시경관이 당해 지역 내에 생활하는 자들 사이에서뿐만 아니라, 넓게 일반사회에 있어서도 양호한 경관이라고 인정됨에 따라 상기의 토지권리자들이 소유하는 토지에 부가가치를 산출해 내는 경우가 있다. 이와 같은 도시경관에 의한 부가가치는 자연의 산수와 해안선 등이라고 하는 원래 그곳에 존재하는 자연적 경관을 향수하거나, 혹은 사찰과 같은 한결같이 그 소유자의 부담 하에 유지되고 있는 역사적 건조물에 의한 이익을 타인이 향수하는 것과는 다르고, 특정지역내의 토지권리자들이 그들 상호간의 충분한 이해와 결속 및 자기희생을 수반하는 장기적인 계속적인 노력에 의해서 스스로 만들어내고, 스스로 이것을 향수하는 경우에 그 특수성이 있다. 그리고 이와 같은 도시경관에 의한 부가가치를 유지하기 위해서는 당해 지역내의 토지권리자 전원이 상기의 기준을 준수할 필요가 있고, 반대로 토지권리자들 가운데 1명이라도 그 기준을 일탈한 건축물을 건축하여 자기의 이익을 추구하는 토지이용에 치우쳤다면 그때까지 통일적으로 구성되어 온 당해 경관은 즉각 파괴되고, 다른 모든 토지권리자들의 부가가치가 빼앗기기 쉽다라고 하는 관계에 있기 때문에, 당해 지역내의 토지권리자들은 스스로의 재산권의 자유로운 행사를 자제하는 부담을 지는 반면, 다른 토지권리들에 대해서 같은 형태의 부담을 요구할 수 없다고 해서는 안 된다.」라고 판시하였다.

인 경관이 보존되고, 사회통념상으로도 그 특정의 경관이 양호한 것이라고 인정되어 토지권리자들이 소유하는 토지에 부가가치를 산출해 낸 경우에, 토지권리자들은 그 토지소유권으로부터 파생하는 것으로서 형성된 양호한 경관을 스스로 유지할 의무를 짐과 동시에 그 유지를 상호간에 추구하는 이익(경관이익)을 가지기에 이르렀다고 해석해야 하고, 이 경관이익은 법적으로 보호할 가치가 있고, 이것을 침해하는 행위는 일정의 경우에는 불법행위에 해당한다고 해석해야 한다」라고 하였다.[65]

이 판결에 의하면 경관권은 개별적인 환경권으로서의 권리는 아니라고 하여도 경관이익은 보호되어야 한다고 한다. 즉 경관권의 보호는 토지에 대한 권리를 기초로서 하고 있는 것과 유지청구권의 근거로서 불법행위구성을 취하고 있는 것 등, 형식적인 법률론으로서는 환경권에 근접했다고는 말할 수 없다. 하지만 그것에 관계없이 실질적으로는 환경권으로서의 경관권을 일정한 내용으로 실현하고 있는 것에 주목해야할 것이다.

3. 조망·경관권의 보호에 대한 판례의 특징

조망에 대한 권리를 부정하는 판례의 유형은 대체로 현실적으로 과밀한 도시의 상황, 피해의 특성(피해의 경미성, 소극적 피해, 日照와 같은 법의식이 부족한 점), 선점자의 유리함, 공공도로상의 공간이용, 반사적 이익 등에 그 중점을 두고 있다. 이하에서 조망·경관권의 법적 보호에 대한 판례의 동향을 살펴보면 다음과 같은 특징을 지적할 수 있다.

첫째, 법원의 대부분이 초기단계에서는 조망의 방해에 의한 영업상의 이익침해를 발생하는 것에 착안하여, 조망과 경관의 파괴를 영업이익 내지 영업권 침해로써 문제삼고 있으며, 이에 대한 법적 구제를 인정할 것인지 부정할 것인지의 시점에서 판단하고 있다. 이와 같은 시점에서 본다면 영업상의 이익침해가 없는 조망·경관의 파괴, 예를 들면 주거용건물에 사는 개인의 조망이익의 침해는 법적 구제가 미치지 못하는 것으로 된다.[66] 그러나 앞에서 살펴본 熱海分讓맨션사건 항고심결정을 계기로 영업이익의 침해를 수반하지 않는 조망·경관의 침해에 대해서도 생활이익의 침해로써 법적 보호대상이 될 수 있는 법원의 판단이 제시되고[67], 이러한 판단의 구조는 이후의 판례[68]에 의해서 한층 명확하게 되어 거의 정착되고 있다.

---

65) 淡路剛久, 앞의 논문, 景觀權の生成と國立・大學通り訴訟判決, 76면.
66) 仙台地裁, 1974. 3. 28, 決定. 判例時報 778호 90면.
67) 熱海分讓맨션사건 抗告審決定, 東京高裁, 1976. 11. 11, 決定.
68) 横須賀野比海岸事件, 横浜地裁横須賀支部, 1979. 2. 26, 判決.

둘째, 조망·경관의 침해에 대한 법적 보호의 요건으로서 초기의 판례는 상대방의 악의를 중시하는 경향을 보였다. 하지만 그 후의 판례는 악의의 존재를 문제로 하지 않고서 법적 보호를 긍정하려고 하였다.[69] 이를테면 악의를 대신할 법적 보호의 요건으로서 경관의 파괴라고 하는 객관적 이익의 침해유무가 중시되었다. 예를 들면 전술한 横須賀野比海岸사건 판결에서는 법적 보호의 요건으로서 ⅰ) 일반통념에 비추어 조망의 가치가 있는 경관이 존재할 것, ⅱ) 해당장소의 가치가 해당경관의 조망에 의존할 것, ⅲ) 조망의 보호유지가 주변의 토지이용과 조화할 것, ⅳ) 조망향수자가 해당장소를 점유사용에 있어서 정당한 권한을 가질 것 등을 들고 있다. 이 판결에서 제시된 ⅰ)의 요건은 개인으로서 해당조망이 미적 만족을 충족시킬 수 있는 것뿐만 아니라 경관으로서 객관적 가치를 가지고 있을 것, 즉 위의 판결에서 말하는 일반통념으로 보아 조망가치가 있는 경관의 존재를 법적 보호를 받기 위한 조건으로써 필요하다고 하고 있다. 이와 같이 조망·경관의 법적 보호의 요건도 가해자의 악의의 존재로부터 객관적 이익의 침해로 확대되고 있다.

셋째, 유지청구가 인용된 판례에서 공통된 것은 조망·경관의 침해가 피해자측의 조망방해에 그치지 않고 지역의 경관파괴라고 하는 보다 광역적, 객관적 이익의 침해가 있다고 하는 것이다. 당해경관의 파괴가 광역적, 객관적 이익의 침해를 일으키는 것이 중시된다고 생각되어지는 사례로서 京都有樂莊사건과 松島海岸眺望사건 결정이 있다.[70] 이와 같이 조망침해에만 그치지 않고 경관파괴라고 하는 광역적, 객관적 이익의 침해가 있다고 하는 것은 당해 경관의 객관적 가치가 높은 것과 더불어 유지청구를 인정하는 근거로 중요한 요소가 되고 있는 것이다.

Ⅴ. 결 어

오늘날 고도의 산업화시대에 있어서 건강하고 쾌적한 환경에서 살수 있는 삶의 질적 향상에 대한 인간의 욕구는 더욱 증가하고 있다. 특히 쾌적한 생활을 할 권리로서의 조망권에 대한 요구는 점차 확대되어 가고 있는 동시에 조망의 이익을 저해하는 침해도 빈번해 지고 있다. 우리나라에서도 조망에 대한 이익이 권리화(재산권, 영업권, 생활환경권)되고 있는 것을 부인

69) 앞의 猿ヶ京溫泉眺望妨害事件 판결에서 인공호수의 조망을 관광상의 생명으로 하는 관광여관이 경쟁상대방의 여관이 인접지에서 증축공사를 하는 것에 대해서, 공사금지가처분신청을 한 사안에서 상대여관의 증축에 악의가 있는 것을 인정하여, 權利濫用이라고 하여 가처분결정을 인가하였다.
70) 竹內保雄, 앞의 논문, 161면.

할 수 없으며, 이에 따라 조망권에 대한 분쟁도 심각하게 발생하고 있다. 따라서 이러한 분쟁을 해소하기 위하여 조망이익을 법적으로 보호할 필요가 있는지에 대한 연구가 필요할 것이다.

본 연구에 있어서 우리나라의 자료가 매우 부족하였으나, 앞에서 살펴 본 것처럼 조망·경관권의 법적 보호에 관한 판례의 동향은 소극적인 태도에서 적극적인 태도로 전환되어가고 있음을 알 수 있다. 즉 조망권은 재산권과 생활권, 그리고 인격권의 법적 성질을 가지며 그 법적 보호의 범위도 확대되어 가고 있다. 또한 법적 보호의 요건도 가해자의 악의를 필요치 않고 객관적인 이익침해가 있으면 족하다고 하여 그 요건을 완화시켜오고 있다. 그러나 현재 환경권에 대한 법적 보호가 확립되어 있지 않으므로, 개인의 조망·경관이익을 사법적 구제가 가능한 권리로서 인정하기는 곤란할 것이다. 그렇다고 해서 과연 조망·경관의 이익이 법률상으로 보호받을 가치가 없는 것인가.

요컨대 조망의 이익은 그것을 바라보는 만족감 외에 장소적 이익에 대한 이용가치와 그것을 이용하는 사람과 관련된 것으로서, 이러한 장소는 경제적 가치로서, 또는 사회적, 문화적 가치로서, 그리고 일상생활차원의 私的 가치로서 인정될 수가 있다. 그러므로 조망의 이익에 대하여는 법률상으로 보호받을 가치가 있는 것이다. 단지 이것에 어떠한 법적 보호를 인정할 것인가에 대해서는 여러 가지 구체적 사안, 특히 조망이 가지고 있는 가치를 명확하게 평가하고, 또한 이것과 충돌하는 다른 가치와 이익과의 比較較量을 하여 구체적으로 결정하여야 할 것이다.

또한 조망·경관권의 법적 보호에 대한 요건에 있어서 조망이익을 향수하는 특정 지역의 점유사용의 정당한 권한에 대하여 소유권, 지상권, 임차권 등의 사법상의 권리에 한정하는 것만이 아닌, 공원, 역사적 문화재, 해변 등의 공공시설이용에 대한 이익을 포함하여 그 요건을 확대하는 방향으로 고려하여야 할 것이다. 이러한 요건의 완화 및 확대는 경관권의 보호와 관련되어 진다. 경관의 파괴는 좋은 경치를 향수해 오던 일반 주민의 이익을 침해하는 것이며, 필연적으로 개개인의 조망이익을 침해하기 때문에 경관파괴는 조망이익의 침해와 결부되는 것이 일반적이다. 그러므로 향후 이러한 조망·경관이익의 보호는 일조권의 보호와 같이 그 보호의식에 공법적 규제에 의해 일차적으로 실현되리라고 여겨진다. 따라서 이 점에 대해서도 세부적인 연구가 모색되어야 할 것이다.

주제어: 조망권, 경관권, 수인한도, 환경권, 유지청구, 일조권

【참 고 문 헌】

樫見由美子, “京都仏敎會事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4.
久保貞他, 景觀論, 鹿島出版會, 1991.
淡路剛久, “眺望・景觀の法的保護に關する覺書”, ジュリスト 692호, 1979. 6.
-------, 景觀權の生成と國立・大學通り訴訟判決, ジュリスト, 1240호, 2003. 3.
大阪辯護士會編, 環境權, 日本評論社, 1976.
東孝行, 公害訴訟の理論と實務, 有信堂, 1971.
淸瀨信次郎, “眺望權論”, 亞細亞法學 19卷 1. 2号 合併号, 1985.
山村恒年, “日光太郎杉事件, 別冊 ジュリスト 126号, 1994. 4.
西遠道雄・澤井裕, 現代損害賠償法講座, 日本評論社, 1973.
石田喜久夫, 差止訴訟と損害賠償, 成文堂, 1987.
小林健男, “日照紛爭と環境權”, 有信堂, 1974.
新關輝夫, “日比谷公園事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4.
新美輝夫, “日比谷公園事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4.
篠塚昭次, “長浜町入浜權事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4.
中島 晃, “歷史的景觀訴訟”, 環境訴訟の新たな課題, 日本評論社, 1997.
竹內保雄, “京都岡崎有樂莊事件”, 別冊 ジュリスト 126호, 1994. 4.
澤井裕, 公害の私法的 硏究, 一粒社, 1969.
好美淸光외 2人, 日照・眺望・騷音の法律紛爭, 有斐閣, 1999.
李勇雨, “公害防止訴訟”, 환경문제와 재판, 1978.
全昌祚, “環境權의 確立”, 法과 環境, 三英社, 1977.
趙銀來, 環境法, 세종출판사, 2003

【Abstract】

A study on the legal protection of a right to enjoy scenery

Cho, Eun Rae

People have the right to live at the comfortable surroundings. The benefit of a view is to enjoy a good scenery as this kind of right. It has the profit of business, living and Property. The party strife for a infringement of a right to enjoy scenery, the most recent, is on the increase gradually. A safeguard of a right to enjoy scenery is acknowledged when the Property connected with it is encroached by a trespasser. A protection extent also is disposed to spread toward the right to enjoy scenery of a residence area.

A precedent has been tended to recognize a right to enjoy scenery, but the requisites for legal protection of that are more strict than a right to enjoy sunshine. The requisite of a court for protection of a view will be different largely because of being a qualitative difference in a contents of others' right limitation when a sufferer asserts a claim for damages and an obstacle exclusion on the basis of a benefit of a view. To recognize what kind of a legal protection for a view, they have to judge concretely in comparison with the value of a prospect and another interests conflicting with it. The legal conditions of a view protection demand to exist a valuable scene in general, for the place advantage be depended on a proper lookout, harmonize with a land utilization and its outskirts in the benefit of a view and for a rightful person to have the reasonable authority to possess in a use the place. A sufferer can claim injunction when the infringement of a view happens widely, objectively besides subjective disturbance.

When scenery is encroached, that is generated the damage for the profit of business, living and Property. In such a case, a sufferer can demand damages and injunction by civil law.