

# 眺望利益 保護에 관한 判例 小考

최 창 렬\*

## 차 례

- I. 序 論
- II. 眺望利益 法的 保護 與否에 관한 判例의 展開
- III. 眺望利益의 法的 保護要件에 관한 判例 檢討
- IV. 結 論

## [국문초록]

조망이익이란 토지나 건물의 소유자가 인근 건물의 신축으로 그 시야를 차단 당하지 않고 주변의 경관을 조망하여 미적 만족감이나 정신적 만족을 누릴 수 있는 생활 이익이다. 조망이익의 침해는 조망대상과 침해받는 건물 사이의 토지 위에 방해물이 존재하지 않는다는 우연한 사정에 의하여 사실상 이익을 누린다는 점에서 일조건 침해와 공통점이 있다. 일조건에 관하여는 우리 대법원 판례가 그 권리성을 인정하고 있으나, 조망이익 침해의 경우에는 법적으로 보호의 대상은 되지만 이를 권리로 인정함에 대하여는 다소 엄격한 경향이라고 할 수 있다.

그리고 대법원 판례는 조망이익의 침해와 경관이익의 침해를 구별하지 않는다. 그러나 조망이익이 개인적이고 재산적 이익의 성격을 갖는다면 경관이익은 사회적 이고 공공적 이익에 대한 침해이므로, 경관이익의 침해시의 사법적 구제방법도 차이를 두어야 할 것이다. 즉, 경관이익이 건강하고 쾌적한 생활을 유지하기 위한 생활이익이므로 그 침해가 인정되면 불법행위에 기초한 事後的인 손해배상청구권은 인정될 수 있다. 그러나 경관이익을 私法上的 權利로 보호할 명확한 실체를 지니는 권리로 보기 어렵다는 점에서 事前的인 중지청구권을 인정하기는 어렵다고 본다. 그리고 경관이익을 보호하기 위한 특별법으로 경관법이 제정되어 2007년부터 시행하고 있다. 이 법에 따르면 토지소유자들이 아름다운 경관의 보전하기 위하여 경관협정을 체결하고 그에 대한 자금지원을 할 수 있는데, 경관협정을 체결하는

\* 東國大 法科大學 教授

행위는 사법상의 계약으로 볼 수 있다. 경관협정을 체결한 후 경관위원회의 심의와 지방자치단체의 인가를 통하여 공고하면 그 효력이 발생하고 이는 부분사회의 내부 규율하는 자치법규라고 할 수 있다.

조망이익의 침해는 두 가지 측면으로 나타난다. 특정한 자연적 또는 인공적 경관을 바라보는 적극적 요소로서의 全景眺望利益과, 주택의 창면적에서 하늘이 보이는 면적 비율을 의미하는 천공률 침해에 따른 압박감과 폐쇄감을 갖지 않도록 하는 소극적 요소로서의 天空眺望利益이 있다. 조망이익은 건강하고 쾌적한 생활을 유지하기 위한 생활이익이므로 그 침해가 인정되면 事後的으로 불법행위에 기초한 손해배상청구권을 인정할 수 있다. 그러나 조망이익을 침해하였다고 하더라도 私法上の權利로 인정할 만한 실체를 가졌다고 볼 수 없으므로, 민법 제2조의 권리남용이 인정되지 않는 한, 事前的인 방지청구권을 인정할 수는 어렵다고 본다. 다만, 조망이익 가운데 천공 조망이익의 침해가 있는 경우에는 일조권의 침해와 유사하게 압박감이나 개방감 상실과 따른 인간다운 생활을 하는데 필수적인 생활환경의 유지를 위해서 민법 제217의 생활방해로 인한 적당한 조처의 내용으로서 그 침해건물의 제거나 예방과 같은 事前的인 방지청구권을 행사할 수 있다고 본다.

## I. 序 論

조망이익은 토지나 건물의 소유자가 인근 건물의 신축으로 인하여 그 시야를 차단 당하지 않고 종래대로 주변의 전경을 조망하여 심미적 만족감이나 정신적 안정감을 누릴 수 있는 생활의 이익이다.<sup>1)</sup> 한편, 주거공간의 전면에 차폐물이 존재하지 않아 폐쇄감이나 심리적 압박감을 느끼지 않고 거주할 수 있는 환경이 된다.<sup>2)</sup> 이러한 주거공간에서 전면이 폐쇄되지 않고 개방감을 느낄 수 있는지를 판단하는 방법으로 거실창

1) 權 誠의 4인, 假處分の 研究, 博英社, 2002, 502면 참조.

2) 우리 법원은 조망이익과 경관이이익을 명확하게 구별하지 않으나(대판 2004. 9. 13. 2003다64602 (고척동 사건), 주로 公法的인 規制를 통해 보호되는 객관적, 지리적, 문화적인 성격의 景觀利益과 주로 私法的 救濟를 통해 보호되는 주관적, 심미적, 감정적인 眺望利益은 구별할 필요가 있다. 그리고 음식점 호텔 등 영업공간에서의 營業眺望과 아파트, 주택 등의 주거공간에서의 住居眺望으로 분류하여 볼 수 있다. 이 가운데 住居眺望은 주택의 거실이나 베란다 등에서 특정한 자연적 또는 인공적 경관을 전체적으로 바라본다고 하는 積極的인 要素로서의 全景眺望利益과, 차폐물이 없어 창문을 통하여 일정비율 이상의 하늘을 바라다 볼 수 있어 압박감과 폐쇄감을 갖지 않도록 하는 消極的 要素로서의 天空眺望利益으로 구분할 수 있다. 우리 대법원은 양자를 별개의 생활이익으로 파악하고 있다. 대판 2014. 2. 27. 2009다40462 참조.

면적에서 하늘이 보이는 면적을 의미하는 천공률에 의해서 판단한다.<sup>3)</sup>

우리 대법원 판례의 태도를 살펴보면 조망이익 침해의 경우에는 조망이익을 일정한 요건하에 생활이익으로서 법적인 보호의 대상은 될 수 있다고는 보지만<sup>4)</sup>, 일조권의 침해로 인한 법적 보호에 비하여는 조망권을 하나의 독립된 권리로 인정하는 것에는 비교적 엄격한 입장이다. 즉, 손해배상청구를 인정하는 경우는 있지만, 조망이익의 침해를 이유로 한 사전적인 조망방해의 제거나 예방청구를 위한 防止請求權<sup>5)</sup>을 인정하는 것은 비교적 예외적이고 신중한 입장이라고 할 수 있다.<sup>6)</sup>

한편, 우리 대법원 판례<sup>7)</sup>의 입장을 보면 조망이익의 침해와 경관이익의 침해를 구별하지 않고 “조망이익은 원칙적으로 특정의 장소가 그 장소로부터 외부로 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한

3) 인간의 시야는 60°원추체로서 일상생활에서 작용하는 시야의 범위는 시선의 좌우측 및 상하로 30°로서 60°가 한계인데, 시야의 중심을 기준으로 좌우 및 위쪽으로 27°의 범위 내에서 마주보는 건물 밖의 외부공간의 조망이 확보되어야 폐쇄감 혹은 압박감이 현저히 감소한다고 한다. 서울고판 2005. 10. 28. 2004나56457 참조. 천공률은 지평선을 고려할 때 최고 50% 내외인 바, 천공률에 따라 실제로 느끼를 수 있는 압박감이나 폐쇄감은 40%이상이면 양호하고, 30%이상 40%미만이면 보통이며, 20%이상 30%미만이면 약간 심하고, 10%이상 20%미만이면 심하며, 10%미만이면 매우 심한 정도라고 한다. 서울고판 2004. 9. 1. 2003나82275.

4) 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(고척동 사건).

5) 事前的인 妨害의 禁止를 청구하는 권리를 표현하는 방법으로 일본이나 국내 일부에서 留止請求權, 中止請求權, 禁止請求權이라는 등이 사용되고 있으나, 妨害가 일어나지 않도록 防禦하고 禁止하는 權利라는 의미에서 ‘防止請求權’이라는 용어로 사용 한다.

6) 대법원은 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(고척동 사건)에서 조망방해로 인한 생활이익의 침해가 있을 때 일정한 요건하에 불법행위를 이유로 한 손해배상청구가 가능하다고 하고 있으나, 위 사건이나 대판 2007. 6. 28. 2004다54282(용산 리바뷰아파트 사건)에서는 손해배상청구를 인정하지 않았다. 그러나 대판 2007. 9. 7. 2005다72485(덕소 현대아파트 사건)에서는 개방감 상실로 인한 천공조망이익의 침해에 대한 손해배상청구를 인정한 사례는 있다. 그리고 방지청구권에 관하여는 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대 사건)이나 대판 1997. 7. 22. 96다56153(봉은사 사건)에서 민법 제214조의 소유권에 기초한 방해배제청구권을 근거로 건축공사의 금지를 청구한 사례가 있는데, 이 판례는 조망이익보다는 경관이 부산대학교의 교육환경이나 봉은사의 종교환경 보호에 중점이 놓여있다는 점에서 조망이익 보다는 경관이익의 보호에 관련된 판례로 평가되고 있다(李東遠, “眺望權侵害에 관한 判例의 動向”, 法曹 第589號, 法曹協會, 2005. 10, 250면; 윤철홍, “경관이익 보호에 관한 사법적 고찰”, 土地法學 제29-2호, 한국토지법학회, 2013. 12, 19-20면). 이 두 사례를 제외하고는 조망이익이나 경관이익을 근거로 사전적인 방지청구권을 사례는 없다. 아울러 우리나라에서 주로 문제가 되는 아파트 등의 주거공간에서의 조망이익 침해를 이유로 한 사전적인 방지청구권을 인정한 대법원 판례는 없다.

7) 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(고척동 사건).

목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 당해 건물의 소유자나 점유자가 그 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우”에 법적인 보호가 된다고 한다. 그런데 특정한 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우라는 기준은 주로 住居眺望 중 全景眺望利益에 관하여 적용될 수 있는 기준이다.

주거공간에서의 조망이익은 한강조망이나 수려한 풍경을 바라볼 수 있는 법적으로 보호할 필요성이 있는 생활이익으로 일부 하급심으로 제외하고는 대법원에서 전경조망이익을 이유로운 손해배상청구나 방지청구권이 인정된 사례는 없다.<sup>8)</sup> 오히려 아파와 같은 주거공간에서의 조망에서는 천공률 침해에 따른 폐쇄감이나 압박감과 같은 천공조망이익의 침해가 더 문제되고 있다.<sup>9)</sup> 일본에서는 관광지나 호텔 등의 영업조망이 주로 법적 분쟁이 이루어졌다면, 우리 나라에서는 초기에는 교육환경이나 종교환경 등 조망이익이 문제된 경우도 있으나, 대체로 아파트 등의 주거공간에서의 조망이익 침해로 인한 재산적 손해가 주로 문제가 되는 것이 현실이다.

조망이익 침해시의 구제방법을 검토하기 위해서 조망이익의 법적 성질이 무엇인지의 문제와 조망이익을 보호하기 위한 법적 근거는 무엇인지의 문제는 구별하여 살펴볼 필요가 있다. 즉, 조망이익이 사법상의 독자적인 권리로 인정될 수 있는지의 여부가 조망이익의 법적 성질의 문제이다. 조망이익의 권리성을 인정하면 그 권리에 기초하여 사후적인 손해배상청구권이나 사전적인 방지청구권을 인정할 수 있겠지만, 조망이익이 독자적인 권리로 인정되지 않는 경우에도 민법상의 어떠한 법적 근거에 기초하여 법적 구제를 청구할 수 있는지의 문제가 조망이익 보호의 법적 근거의 문제이다.

8) 하급심으로 한강조망이익을 인정한 사례로는 서울중앙지결 2007. 8. 20. 2007카합1546(혹석동 오륜빌라 사건)가 있으나, 대법원에서는 대판 2007. 6. 28. 2004다54282(용산 리바뷰아파트 사건)이나 대판 2007. 9. 7. 2005다72485(덕소 현대아파트 사건) 등에서 한강의 조망가치성은 인정하고 있지만, 수인한도 내라고 보아 손해배상청구가 기각되었다. 이러한 대법원의 판단이 부동산 거래에서 조망이 차지하는 비중을 지나치게 과소평가하여 거래 관행과 상치되는 것으로 대법원이 2004년 고척동사건에서 제시하는 기준이 현실을 충분히 반영하지 못하므로 조망권의 경제적 가치를 충분히 반영할 필요가 있다는 비판이 있다. 염정욱, 일조권·조망권의 침해와 그 사법적 구제방안, 釜山法潮論集 創刊號, 부산지방변호사회, 2006, 63면.

9) 대법원은 천공조망이익에 관하여는 대판 2014. 2. 27. 2009다40462(용인 처인구 사건)에서 그 구체적인 보호요건을 제시하고 있다.

즉, 조망이익의 권리성을 인정하지 않더라도 소유권에 기초한 방해배제청구권이나 상린관계에 기초하여 청구하거나 또는 불법행위청구권의 효과로서 방지청구권이 인정될 수 있을지의 여부를 살펴보고자 한다. 아울러, 그 동안 우리 판례에서 문제된 주거조망이익이 문제된 우리 대법원 판례의 흐름과 특징을 살펴보고, 조망이익의 보호를 위한 개별적인 보호요건을 판례를 중심으로 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 眺望利益 法的 保護 與否에 관한 判例의 展開

### 1. 所有權에 기초한 物權的請求權의 認定

우리 대법원이 조망이익을 침해한 경우에 이를 법적 보호의 가능성을 처음으로 제시한 것판례가 1995년 부산대학교 사건<sup>10)</sup>에서이다. 그러나 그 방법은 조망권을 직접적으로 인정하는 방식이라기 보다는 대학교라고 하는 교육기관에서의 교육환경 이익의 침해를 인정하는 것이었다. 그리고 그 법적인 근거에 관하여도 소유권에 기초한 물권적 청구권에 근거하여 공사중지를 위한 가처분사건을 인용하는 방식이었다.

이 판례는 부산대학교 인근에 강암주택이라는 건설회사가 24층의 아파트를 신축하려고 하자 부산대학교가 공사중지 가처분을 신청한 사안이다. 여기서 대법원은 “인접 대지 위에 건축중인 아파트가 24층까지 완공되는 경우, 대학교 구내의 첨단과학관에서의 교육 및 연구 활동에 커다란 지장이 초래되고 첨단과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 저하되며 대학교로서의 경관·조망이 훼손되고 조용하고 쾌적한 교육환경이 저해되며 소음의 증가 등으로 교육 및 연구 활동이 방해받게 된다면, 그 부지 및 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해받게 되는 대학교 측으로서는 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있고, 이 경우 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할

<sup>10)</sup> 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대학교 사건).

정도를 넘어서는지 여부는 피해의 성질 및 정도, 피해이익의 공공성과 사회적 가치, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성과 사회적 가치, 방지조치 또는 손해회피의 가능성, 공법적 규제 및 인·허가 관계, 지역성, 토지이용의 선후 관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하였다.

여기서 대법원은 조망침해가 있을 경우 소유권에 기초하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다고 하면서 민법 제217조의 생활방해가 되는지 여부에 대한 판단을 보류한 채, 다만 그 위법성의 판단기준으로 수인한도를 판단하는 기준을 제시하고 있다. 이 판례에서는 우리 대법원이 眺望이라는 표현을 처음 사용하였고, 조망을 독자적 법익으로 인정한 것은 아니지만 피침해토지의 소유권에 기초한 물권적 청구권으로 공사증지를 위한 가치분을 수용하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나 조망 그 자체를 법익으로 하였다기 보다는 대학교 건물 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 기능 및 활용성이 저하된다든지 조용하고 쾌적한 교육환경이 저하되어 교육 및 연구활동이 방해된다는 측면에서의 교육환경이익의 침해를 이유로 하였다는 점에서 본래 의미의 조망보호에 관한 판례로 보기에는 미흡하다고 볼 수 있다.

조망이익 침해를 이유로 한 공사증지 가치분과 같은 방지청구권의 법적 근거에 관한 학설로는 첫째, 1995년 부산대학교 사건 이후 대법원이 취하는 입장인 민법 제214조의 소유권에 근거한 物權의 請求權說<sup>11)</sup>이다. 즉, 조망이익이 본래의 소유권의 내용에 포함되지 않았을지라도 소유권의 내용은 시대에 따라 변용될 수 있음을 고려하여 소유권에 내재한 사용·수익권에 조망이익이 포함되어 있다고 해석하는 것이다. 물권적 청구권설의 입장을 취할 경우에도 민법 제217조의 상린관계에 관한 규정의 적용을 배제하는 것은 아니므로 민법 제214조와 제217조의 생활방해에 관한 상린관계 규정을 중첩적으로 적용하기도 한다.<sup>12)</sup> 이에 대하여는 조망이익의 주된 피해법익

11) 전경운, 眺望權의 成立與否, 比較私法 제12권 제2호, 韓國比較私法學會, 2006. 6, 31면; 문준섭, 조망침해에 대한 사법적 구제, 民事判例研究 제29권, 박영사, 2007, 123면; 그리고 조망권은 권리는 아니고 사용권, 수익권, 처분권 등과 더불어 소유권의 내용을 이루는 “권능” 가운데 하나라는 입장도 조망권의 법적 보호근거를 소유권에 기초하고 있는 것으로 보인다. 안경희, 환경민사소송의 최근 동향과 쟁점 그리고 향후과제, 환경법과 정책, 강원대 비교법학연구소, 2011. 11, 82면; 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대학교 사건); 대판 1997. 7. 22. 96다56153(1차 봉은사 사건); 대판 1999. 7. 27. 98다47528(2차 봉은사 사건) 등.

12) 문준섭, 앞의 논문, 119면. 1995년 부산대학교 사건도 방지청구권의 법적 근거로는 소유

이 인간의 쾌적한 생활 자체임에도 불구하고 이러한 생활이익의 침해를 소유권의 침해나 물권적 침해로 구성하는 것은 과도기적 이론구성으로 다소 의제적이라 할 수 있고, 물권을 갖고 있지 않은 자는 청구권행사의 주체가 될 수 없다는 비판이 있다.<sup>13)</sup> 생각건대, 토지 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치므로 인접토지에 건축물을 축조함으로써 조망침해를 한다고 하더라도 그것이 권리남용이나 상린관계의 수인한도를 넘지 않는 한, 토지소유권에 근거하여 물권적 청구권을 행사하는 것은 토지소유권의 범위를 인접토지에 擴張하는 것이라 할 수 있다.<sup>14)</sup> 나아가 조망이익을 누리는 것은 그 부동산에 거주하는 인간의 이익이므로 토지소유권을 매개해서만 방해의 배제나 예방을 청구할 수 있다면 임차인이나 사용자 처럼 소유권을 갖지 않는 사람은 조망이익 침해시 방지청구권의 주체가 될 수 없다는 점에서 바람직하지 않다. 따라서 자기 토지의 경계 내에서 건축물 축조하는 것이 이웃 토지의 조망을 침해한다고 하더라도 권리남용이나 상린관계의 수인한도를 넘지 않는 한 방지청구권의 근거가 될 수 없다고 본다.

둘째, 相關關係說은 생활방해에 관한 민법 제217조를 근거로 하여 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 것으로 이웃 토지를 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조처를 할 의무가 있다는 규정을 조망침해에 적용하는 것이다. 즉, 민법 제217조는 매연, 열기체 등 생활방해에 종류를 예시적으로 열거하고 있을 뿐 ‘기타 이와 유사한 것’을 확정하는 것은 전적으로 학설과 판례에 위임되어 있으므로 조망방해도 기타 이와 유사한 것에 포함 될 수 있다는 입장이다.<sup>15)</sup> 이 입장에 대하여는 민법 제217에 의한 보호는 원칙적으로 不可量物에 의한 環境侵害

권을 들고 그 위법성을 판단함에 있어서는 민법 제217조의 수인한도를 파악하고 있다.

- <sup>13)</sup> 文琮燮, 環境侵害에 대한 留止請求, 環境法の 諸問題(上) 裁判資料 第94집, 법원행정처, 2002, 288면; 李應世, 日照權 侵害와 環境訴訟, 환경법의 제문제(하) 재판자료 第95집, 법원행정처, 2002, 272면; 全京暉, 日照權과 展望權에 관한 小考, 延世法學研究 第5집 제2권, 연세법학연구회, 1998. 11, 27면.
- <sup>14)</sup> 그러나 자기 토지 경계안에 무제한적 건물을 축조하는 것을 허용하면 도시공간의 공평한 이용을 저해하므로 공법적인 측면에서의 건축기준을 통해서 일반적 객관적 규제를 실시하고, 사법적인 측면에서의 상린관계법적 제한을 통하여 토지이용의 합리화를 도모하는 것이다.
- <sup>15)</sup> 金載亨, 所有權과 環境保護-민법 제217조의 意味와 機能을 中心으로-, 人權과 正義 第276호, 大韓辯護士協會, 1999. 8, 31면; 李相泰, 物權法, 법원사, 2000, 205면; 金鍾律, 眺望權의 法的 構成論, 法曹 第539호, 法曹協會, 2004. 4, 111면; 이재목, 조망권의 법적 근거와 보호범위, 人權과 正義 第346호, 大韓辯護士協會, 2005. 6, 38면.

로서 불가량물의 유입이 있는 적극적인 침해에 적용되는 것으로서 조망방해와 같은 消極的 侵害에는 적용될 수 없다는 비판이 있다.<sup>16)</sup> 독일 민법은 제906조에서 생활방해 중에서 不可量物의 流入(Zuführung unwägbarer Stoffe)이라고 하는 적극적인 표현을 사용하고 있기 때문에 해석론상 동조에 예시된 방해사유 외에 ‘類似的한 妨害(ähnliche Einwirkungen)’의 개념 속에 可量物은 물론 일조권이나 조망이익과 같은 소극적인 것은 포함되지 않는다고 보는 것이 독일의 다수설의 입장이다.<sup>17)</sup> 아울러 消極的 侵害가 소유물방해배제청구권과 방해예방청구권에 관한 독일 민법 제1004조에서의 ‘侵害(Beeinträchtigung)’의 개념에 포함되지 않는다고 한다. 왜냐하면 자기의 토지 경계를 넘지 않고서 자기의 토지를 이용하는 것은 독일 민법 제903조(소유자의 권능)에 따른 소유권의 행사로 보아야 한다는 것이다.<sup>18)</sup> 그런데 우리 민법 제217조는 민법상 공해에 관한 원칙규정으로 조망방해와 같이 소극적 침해를 포함하더라도 민법 제217조의 문언에 반하는 것은 아니므로 이를 넓게 해석할 필요가 있고, 우리 민법상 생활방해를 적극적 침해와 소극적 침해를 구별하지 않는다는 것을 든다.<sup>19)</sup> 또 불가량물을 엄격한 물리학적 개념이 아니라 넓은 개념으로 파악하여 일정한 토지이용과 불가피하게 결합되는 간섭도 포함되는 것이고,<sup>20)</sup> 소극적 침해라고 하여 민법 제217조의 방해에서 제외할 이유는 없고, 다만 소극적 방해가 허용되는가의 방해의 위법성의 문제로 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>21)</sup> 생각건대, 우리 민법 제217조가 독일 민법의 ‘불가량물의 적극적 유입’이라는 표현 대신 ‘기타 이와 유사한 것’이라고 규정하고 있음에도 독일 민법의 해석론은 그대로 답습하여 소극적 침해로 인한 환경침해를 배제할 필요는 없다고 본다. 오히려 민법 제217조는 민법상 환경침해에 관한 기본규정임을 감안할 때 날로 새롭게 등장하는 다양한 형태의 환경이익의 침해에 대하여 유연

16) 柳元奎, 民法 제217조 注解, (郭潤直 편집대표)民法注解(V), 博英社, 1992, 247면; 전경운, 앞의 논문(註11), 10면; 李應世, 앞의 논문, 274면.

17) 이에 대한 상세는 Bamberger/Roth, BGB Bd 2, 2003, §906 Rn. 18f; MünchKomm/Säcker, BGB 3.Aufl. §906 Rn. 27, S.608f.

18) 이에 대한 상세는 MünchKomm/Medicus, BGB 3.Aufl. §1004 Rn. 28, S.969f; Staudingers Komm/Karl-Heinz Gursky BGB 12Aufl. §1004 Rn. 49, 66.

19) 金載亨, 앞의 논문, 38면; 李相泰, 앞의 책, 207면; 權 誠 외 4인, 앞의 논문, 502면; 柳昌昊, 眺望權에 관한 연구-민법 제217조의 적용가능성을 중심으로-, 法制研究 제29호, 한국법제연구원, 2005, 209면.

20) 李英俊, 韓國民法論(物權編), 博英社, 2004, 417면.

21) 柳元奎, 앞의 책, 245면.

하에 대처하기 위한 포괄적 규정으로 해석할 필요가 있다. 따라서 조망이익과 같은 소극적 환경침해에 대하여도 민법 제217조의 생활방해로 인한 상린관계 규정에 근거하여 방지청구권을 행사할 수 있다고 본다.

셋째, 不法行爲說로서 우리 민법상 불법행위의 성립요건으로 권리의 침해를 요하지 않으므로 조망이익의 침해로 손해가 발생하면 불법행위가 성립할 수 있으며, 불법행위의 효과로서 손해배상청구 뿐만 아니라 방해제거 및 예방청구까지 할 수 있다는 견해이다.<sup>22)</sup> 우리 민법이 명예훼손의 경우에 예외적으로 原狀回復을 인정하고 있는 점에 비추어 조망침해로 인한 불법행위의 효과로서 방지청구권을 인정할 수 있다는 것이다. 우리 민법이 불법행위의 효과로서 손해배상을 청구할 수 있도록 한 것은 입법 당시의 통상적인 구제방법을 규정한 것이라 할 것이다. 만약, 조망이익 침해시 손해배상청구권만 인정하고 방해배제청구권을 인정하지 않는다면 그 보호와 구제가 유명무실화 될 수 있으므로 일정한 요건하에 방해배제청구권을 인정할 필요가 있다고 한다.<sup>23)</sup> 생각건대, 손해배상의 방법에 관하여 독일 민법이 원상회복주의<sup>24)</sup>를 취하는 것과 달리 우리 민법은 금전배상주의를 취하고 있으므로 불법행위의 효과로서 방지청구권을 인정하는 것은 민법의 기본 체계에 반하고<sup>25)</sup>, 생활방해에 대하여 민법 제217조에 별도의 명문규정을 두고 있는 우리 법체계하에서 굳이 불법행위의 효과로서 방지청구권을 인정할 필요는 없다고 본다.<sup>26)</sup>

요컨대, 조망이익 침해로 인한 방지청구권을 인정할 경우 그 법적 근거로는 민법 제217조의 생활방해로 인한 상린관계 규정에 근거하여 조망이익 침해를 매연, 열기체,

22) 李勇雨, 公害防止訴訟, 裁判資料 제2집, 법원행정처, 1979, 225면; 金基善, 韓國債權法各論, 법문사, 1988, 455면; 清水兼男, 公害差止の不法行爲法的構成, 民商法雜誌 臨時增刊: 法と權利(1) 臨時增刊 第78卷 第1號, 有斐閣, 1978. 4, 384頁.

23) 權 誠 외 4인, 앞의 책, 512면.

24) 불법행위에 관한 원상회복주의를 취하는 독일민법에서도 원상회복의 의미 속에 현재나 장래의 침해가능성에 대한 방해제거나 방해예방은 포함하지 않으므로, 불법행위법상의 원상회복이 생활방해에 대한 방지청구에는 적용될 수 없다. 전경운, 일조권과 전망권의 타당성에 대한 검토, 사법행정 제455호, 한국사법행정학회, 1998. 11, 29면.

25) 柳元奎, 앞의 책, 298면; 金鍾律, 조망권의 법적 구성론, 法曹 第559號, 法曹協會, 2003. 4, 107면; 신병동·이재목, 조망방해와 수인한도의 판단기준- 대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결을 중심으로-, 홍익법학 제15권 제3호, 홍익대 법학연구소, 2014. 9, 677면.

26) 柳元奎, 앞의 책, 310면.

액체, 음향, 진동, 기타 이와 유사한 것으로 보아 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당한 조치의 하나로서 방지청구권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

## 2. 眺望利益의 法的保護의 對象性を 認定

부산대학교 사건 이후 대법원이 조망을 침해한 것을 이유로 공사중지청구를 인정한 판례는 1997년<sup>27)</sup>과 1999년의 2차에 걸친 봉은사 사건<sup>28)</sup>이다. 이 사건은 조망침해를 이유로 하고 있으나 종교환경이익 고려하여 생활이익으로서의 가치가 있다고 객관적으로 인정되면 법적인 보호의 대상이 될 수 있다고 판시하였다.

이 사건은 봉은사로부터 6m의 이격거리를 둔 높이 87.5m의 19층 고층건물을 건축 중인 자에 대하여 일조침해, 경관이나 조망, 종교적 환경이익의 침해를 이유로 공사금지처분을 신청한 사안이다. 이 판례에서 일조침해는 인정하지 않았으나 종교적 환경이익의 침해를 이유로 전체 건물 중 16층부터 19층까지의 공사를 금지하였다. 그 후 2차 봉은사 사건에서는 1차 사건의 피고를 포함하여 피고가 추가된 사안에서 1차 사건과 동일하게 운봉빌딩의 16층부터 19층까지의 공사를 금지하였다.

대법원은 “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것이라 할 것이므로, 인접 대지에 건물을 신축함으로써 그와 같은 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에는 토지 등의 소유자는 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를 할 수 있고, 이와 같은 청구를 하기 위한 요건으로서 반드시 건물이 문화재보호법이나 건축법 등의 관계 규정에 위반하여 건축되거나 또는 그 건축으로 인하여 소유자의 토지 안에 있는 문화재 등에 대하여 직접적인 침해가 있거나 그 우려가 있을 것을 요하는 것은 아니다”라고 판시하였다.

이 판례는 일조권의 침해와 별도로 종교적 환경이익의 침해를 이유로 소유권에 기초한 방해의 제거 및 방해의 예방청구로서 공사중지를 인정하였다는 점에 의미가

27) 대판 1997. 7. 22. 96다56153(1차 봉은사 사건).

28) 대판 1999. 7. 27. 98다47528(2차 봉은사 사건).

있다. 이에 관하여 조망침해가 독자적으로 인정된 것이 아니라 寺刹의 宗教的 平穩을 인정한 것으로 보는 견해<sup>29)</sup>도 있다. 이 사건도 조망침해를 법적으로 보호함에 있어서 학교의 교육환경이익의 침해를 이유로 한 물권적 청구권을 인정한 것처럼 사찰의 종교적 환경이익의 침해를 이유로 한 물권적 청구권의 행사라는 점에서 그 대상이 대학교에서 사찰로 바뀌었다는 점만 차이가 있는 것 같지만, 봉은사 사건에서는 그 외에도 조망이익이 법적 보호의 대상이 될 수 있음을 명시적으로 판시하였다는 점에 의미가 있다. 즉, “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것이라 할 것”이라고 하여 조망이익에 대하여 法的 保護의 對象性을 인정하고 있다.

### 3. 眺望의 權利性 認定與否

대법원이 조망이익을 법적으로 보호함에 있어 피침해 토지의 교육환경 이익<sup>30)</sup>이나 종교환경이익의 침해<sup>31)</sup>를 이유로 물권적 청구권에 근거한 공사중지 가치분을 인정한 대법원 판례가 나온 이후에도 2003년 수서램프 사건<sup>32)</sup>에서는 여전히 조망이익을 반사적 이익에 불과하다고하는 판시를 하고 있다.

이 사건은 서울 강남구 삼성동 올림픽도로 남쪽에 인접한 11층 규모의 빌라와 9.1m간격을 두고 고가도로가 설치되어 위 빌라의 2층에 거주하는 원고가 한강조망의 16.87%가 감소하였다며 그 침해에 대한 손해배상을 청구한 사안이다. 대법원은 원고가 주택을 분양받기 이전에 이미 설계가 완료되어 다른 부분의 공사가 시작되었고, 그 전에 관할구청이 위 램프건설과 관련된 도면을 비치하여 열람하도록 하였던 점, 일조량은 인공적으로 이를 증가할 수 없지만 조망은 시야를 상하·좌우로 이동함으로써 보다 나은 상태를 창출할 수 있는 점, 원고가 위 부동산에서 한강을 조망할 수

<sup>29)</sup> 徐敏錫, “조망이익의 침해행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위한 요건과 그 판단 기준 및 건물 신축으로 인한 일조방해가 불법행위를 구성하는지 여부의 판단 기준 등”, 대법원판례해설 제67호, 법원행정처, 2008. 상, 276면.

<sup>30)</sup> 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대학교 사건).

<sup>31)</sup> 대판 1997. 7. 22. 96다56153(1차 봉은사 사건).

<sup>32)</sup> 대판 2003. 11. 14. 2003다27108(수서램프사건).

있는 이익은 위 부동산과 한강 사이에 장애물이 없는 관계로 인하여 누리게 되는 反射的 利益에 불과한 점, 위 고가교량의 건설로 인하여 일조침해를 입은 점이 없는 점 등의 제반사정에 비추어 원고의 청구를 기각한 원심의 판결을 그대로 유지하였다.

위 판결은 일조권에 침해를 인정하지 않고 다른 여러 가지 사안과 종합적으로 고려하였지만, 조망이익은 원고의 부동산과 한강 사이에 장애물이 없는 관계로 누리게 되는 반사적 이익에 불과하다고 하여 그 권리성을 부정하고 있다.

그러나 불과 1년 후인 2004년 신림동 사건<sup>33)</sup>에서는 일조침해와 조망침해를 모두 인정한 원심판결을 그대로 인정하는 방식이지만, 조망권이 단순한 반사적 이익에 불과하여 법령상의 권리로 인정할 수 없다는 피고의 주장을 배척하고 있다. 즉, “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 그에게 있어 하나의 생활이익으로서의 가치를 지닌다고 객관적으로 인정된다면 법적 보호의 대상이 될 수 있는 것이므로 (대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결 등 참조), 조망권은 우연히 자신의 주택 앞에 다른 건축물이 존재하지 않음에 따른 반사적 이익에 불과하여 법령상 권리로까지 인정할 수 없다는 피고 관악구의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다”고 판시하고 있다.

이 판결은 서울 관악구 신림동에 위치하여 어떤 특별한 아름다운 풍경이 있는 것이 아닌 단순한 시야장애의 경우에도 법적 보호의 대상이 되는 조망이익으로 파악하고 있고,<sup>34)</sup> 대법원이 조망이나 조망이익이라는 표현 대신 조망권이라는 용어를 사용하고 있지만, 조망권의 권리성을 인정했다기 보다는 원심판결을 인용하는 과정에서 나온 표현으로 보인다. 아울러, 같은 날 선고된 구로 고척동 사건<sup>35)</sup>에서는 조망이익이 법적 보호의 대상이 되기 위한 요건을 구체화하여 제시하고 있다는 점에서 대법원이 조망이익을 단순히 반사적 이익으로 보는 태도에서는 벗어났다고 보아야 할 것이다.

조망이익의 권리성 여부에 관한 학설의 태도는 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다.

33) 대판 2004. 9. 13. 2004다24212(신림동 사건).

34) 김경호, 조망이익의 침해와 수인한도론 -대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결-, 判例研究 第19輯, 釜山判例研究會, 2008, 357면.

35) 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(고척동 사건).

첫째는, 2003년 수서랩프 사건<sup>36)</sup>이 취하고 있는 反射的 利益說<sup>37)</sup>이다. 헌법상의 소유권은 법률에 의해서 제한 될 수 있음에도 불구하고 불확정 이념인 조망이익이란 이름으로 타인의 소유권을 제한하는 것은 공인할 수 없다는 것이다. 그러나 조망이익을 단순히 자연의 은혜에 불과하다고 보거나 건물의 소유자나 점유자가 조망의 대상 사이에 차폐물이 존재하지 않았던 우연한 사정에 의하여 사실상 누리게 되는 일종의 반사적 이익이라고 볼 수는 없을 것이다.

둘째는, 權利說의 입장에서는 헌법상의 環境權으로부터 조망권이 도출된다는 입장<sup>38)</sup>과 인간의 건강, 감정, 정신에 악역향을 초래하는 조망방해에 대하여 人格權으로부터 조망권이 도출된다는 입장<sup>39)</sup>이 있다. 그러나 헌법 제35조의 환경권으로부터 국민들에게 직접 구체적인 私法上的 權利가 직접 도출된다고 볼 수 없고 조망권이 환경권의 하나로 인정되려면 명문의 법률규정이나 관계법령의 취지나 조리 등을 통하여 권리의 내용이 구체적으로 확정될 수 있어야 할 것이다.<sup>40)</sup> 인격권설에 대하여는 독일 민법과는 달리<sup>41)</sup> 우리 민법은 제751조에서 인격적 이익의 침해에 관한 소극적 보호규정을 두고 있을 뿐 적극적 보호객체로서 일반적인 인격권을 규정하지 않은 상황에서 조망권과 같은 소극적 생활방해에 대하여 민법상의 인격권에 근거하는 것은 방법론적으로 적당하지 않은 점이 있다.<sup>42)</sup> 그리고 조망권이 인격적 이익에 관한 것이라고 하지만 부동산이라고 하는 특정의 장소에 부여된 것이지 인간에게 부여된 것이 아니기 때문에 이를 일신전속적인 인격권에 결부시키는 것은 다소 무리며, 해당 부동산

36) 대관 2003. 11. 14. 2003다27108(수서랩프 사건).

37) 全京暉, 日照權과 展望權의 法的 妥當性에 대한 검토, 司法行政 제455호, 韓國司法行政學會, 1998. 11, 36면.

38) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 2001, 646면; 崔相鎬, 環境權, 螢雪出版社, 1998, 45면 이하; 趙鍾炫, “環境權의 民事法理”, 債權法에서의 自由와 責任(金亨培教授華甲紀念論文集), 博英社, 1994, 670면 이하.

39) 權 誠의 4인, 앞의 책, 504-505면.

40) 李應世, 앞의 논문, 273면; 文瑤燮, 앞의 논문, 296면; 金載亨, 43면, 尹眞秀, 앞의 논문, 14면; 대관 1995. 9. 15. 95다23378.

41) 독일민법에서는 불법행위로 인한 손해배상의무에 관한 제823조에서 一般的 人格權(allgemeine Persönlichkeitsrecht)에 관한 규정을 두고 있다. 일반적인 인격권을 두고 있는 독일에서도 일반적 인격권이 근거로 환경침해에 대하여 상린관계나 불법행위의 법적 근거가 될 수 있는가에 대하여 부정적인 입장이 주류적이다(Dieter Medicus, Schuldrecht II, besonderer Teil, 7. Aufl., Rdnr, 780).

42) 柳元奎, 앞의 책, 301면.

산을 소유하거나 거주하는 자에게만 조망이익이 부여되어야 한다면 인격권의 보편적 가치성에 반하는 측면이 있다.<sup>43)</sup>

셋째는, 1997년 봉은사 사건<sup>44)</sup>과 2004년 신림동 사건<sup>45)</sup> 등이 취하는 입장으로 조망이익을 법적으로 보호의 대상이 되는 生活利益<sup>46)</sup>이다.

살피건대, 조망이익의 침해시 불법행위에 기초한 손해배상청구는 권리의 침해를 요구하지 않고 있으므로 반드시 권리일 필요는 없다. 그러나 사전적인 방지청구권의 근거로서는 권리성을 요구하므로 조망권이 방지청구권을 행사할 수 있는 독자적인 권리라고 볼 수 있는지의 문제이다. 私法上 權利概念에 관한 통설적인 입장인 권리법력설에 따르면 권리는 일정한 이익을 향수하기 위하여 법이 인정하는 힘이라고 한다.<sup>47)</sup> 따라서 권리성을 취득하기 위해서는 법적으로 보호받을 수 있는 일정한 이익이 있어야 하고 그러한 권리가 정당화되기 위한 법적인 근거가 있어야 한다. 조망이익도 생활이익으로서 가치가 있다고 객관적으로 인정이 된다면 법적인 보호의 대상이 된다고 볼 수 있다. 그러나 법적인 보호의 필요성이 있는 이익이라고 하더라도 조망권이라는 권리가 도출될 수 있는 법적 근거가 있는가? 권리설에서 제시되는 주된 근거는 헌법상의 환경권과 민법상의 인격권에 근거하고자 한다. 그러나 전술한 바와 같이 헌법상의 환경권의 私法上의 權利性을 인정하기 어려운 측면이 있고, 우리 민법상 소극적으로 규정된 인격권으로부터 방지청구권을 도출할 수 있는 조망권이라는 독자적인 권리가 도출되기는 어려울 것이다. 따라서 조망이익은 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 조망이익이 객관적으로 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있다는 生活利益說의 입장이 타당하다고 본다. 이러한 생활이익으로서의 조망이익은 법적인 보호의 대상은 될 수 있지만 그 자체로 일정한 청구권이 발생한다고 볼 수 없고, 그 침해시에 손해배상의 청구나 방지청구권을 행사하기 위해서는 불법행위나 민법 제217조의 적당조치의 하나로서

43) 양재모, 앞의 논문, 298면; 문준섭, 앞의 논문, 119면.

44) 대판 1997. 7. 22. 96다56153.

45) 대판 2004. 9. 13. 2004다24212; 대판 2004. 9. 13. 2003다64602; 대판 2007. 9. 7. 2005다72485.

46) 金明龍·尹大成, 眺望利益侵害의 違法性, 環境法研究 제30권 제3호, 韓國環境法學會, 2008. 12, 414면.

47) 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 58면; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2013, 82면.

방지청구권 등의 별도의 법적 근거를 필요로 한다고 보아야 한다.

### Ⅲ. 眺望利益의 法的 保護要件에 관한 判例 檢討

#### 1. 眺望利益 保護要件의 具體化

대법원이 조망이익 보호를 위한 요건에 관하여 구체적인 기준을 제시한 판례가 2004년 구로 고척동 사건<sup>48)</sup>이다. 이 판례를 통하여 그 동안 조망이익을 객관적으로 보호할 만한 가치가 있는 생활이익이라면 법적으로 보호의 대상이 된다고 한 입장에서 더 나아가 조망이익이 보호되기 위한 법적보호요건과 위법성 판단을 위한 수인한도를 판단하는 구체적 기준을 제시하였다는 점에 의미가 있다.

##### 1) 사실관계 및 판결의 내용

서울 구로구 고척2동에 소재한 5층 아파트의 재건축 조합은 그 지상에 16층 내지 21층의 아파트 13동을 건립하기 위하여 대우주식회사와 아파트 건축도급계약을 체결하였다. 그런데 이 부근 소망도로 하나를 사이에 두고 나란히 어어져 있는 29세대의 주민들은 대우주식회사의 아파트가 신축되어 각 동의 아파트가 들어설 경우 자신들의 일조권 및 조망권이 침해된다고 하여 대우주식회사를 상대로 손해배상 청구소송을 제기하였다.

원심은 이 사건 아파트가 언덕 위에 위치하고 있어 재건축 이후 원고들의 주택에서의 천공률(天空率)이 현저하게 낮아져 조망에 있어서도 상당한 장애를 받는 점, 이 사건 아파트의 신축으로 새로운 일조방해나 조망의 제한을 받는 고통이 더 크므로 단순한 일조시간뿐만 아니라 일조시간의 감소비율, 조망의 제한 정도 등을 고려하여 수인한도를 넘는 일조방해, 조망이익 제한 등의 피해를 입은 것으로 판단하여 손해배상청구를 인정하였다.

이에 대하여 대법원은 일조방해 및 조망이익 침해로 인한 손해배상청구 부분을

<sup>48)</sup> 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(구로 고척동 사건).

파기환송하였다. 즉, “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 외부로 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 사회 통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되는 경우에 비로소 법적인 보호의 대상이 되는 것이라고 할 것이고, 그와 같은 정도에 이르지 못하는 조망이익의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법적인 보호의 대상이 될 수 없다. 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 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 해의(害意)를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 정도 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다” 라고 판시하였다.

## 2) 위 判決의 意義

이 판결은 그 동안 아파트 등의 주거조망이 침해된 경우 그 법적 보호의 대상이 되는지의 여부에 대한 판결은 있었으나<sup>49)</sup>, 이 판결을 통하여 조망이익을 법적으로 보호하기 위한 요건과 수인한도의 판단방법에 관한 구체적인 기준을 처음으로 제시하였다는 의미가 있다. 위 판결 전에 대학교의 교육환경침해나 사찰의 종교환경침해를

<sup>49)</sup> 부산고판 1999. 4. 29. 98나10656(해운대 사건).

이유로 조망이익을 보호한 사례가 있었으나<sup>50)</sup>, 이 사건에서는 住居用 建物에 있어서도 독자적으로 법적 보호가치가 있으면 조망이익으로 보호될 수 있음을 제시한 판결이라 할 수 있다.<sup>51)</sup> 위 판결에서는 조망이익이 법적인 보호의 대상이 되기 위한 요건과, 조망침해행위가 사법상 위법한 행위로 평가되기 위한 수인한도의 판단방법을 나누어 제시하고 있다. 보호하기 위한 요건 법적 보호의 대상이 되기 위해서는 1) 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정되어야 한다는 점, 2) 특정 장소의 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정되어야 한다는 점을 제시하고 있다. 그리고 수인한도를 판단하는 방법에 관하여 1) 지역성, 2) 조망이익의 내용, 3) 조망방해의 상황, 4) 방해의 회피가능성 여부, 5) 가해자의 해의여부 등을 종합하여 판단하여야 한다고 기준을 제시하고 있다. 이 판결에서는 이후의 조망이익 판단의 기준을 제시하고 있으나, 이 사건에서는 주거조망이익 침해가 수인한도의 이내라고 보아 손해배상청구를 기각하였다. 이하에서는 위 판결에서 제시하는 기준을 판례를 중심으로 검토하여 보호자 한다.

## 2. 眺望利益의 具體的인 判斷方法

### 1) 眺望利益의 法的 保護要件

#### (1) 價値性

대법원은 조망이익의 보호요건으로 “특정의 장소가 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 價値를 가지고 있을 것”을 요구하고 있다. 대법원의 판례에서 가치성의 요소로 고려되는 것으로는 眺望價値性과 自然眺望性이라는 두 가지 요건이 있다.

먼저, 眺望價値性란 경관이 아름다운 곳이어야 한다는 것으로 한강 조망이익이나 남산조망이익 또는 북한산 조망이익과 같이 특정의 장소를 조망하여 심미적인 만족감이나 정신적인 안정감을 누리게 되는 생활이익을 가져야 함을 의미한다. 일본에서는

50) 대판 1995. 9. 15. 95다23378(부산대학교 사건); 대판 1997. 7. 22. 96다56153(봉은사 사건).

51) 선병욱, 앞의 논문, 152면; 김수학, 앞의 논문, 547면. 다만, 위 판결에서는 조망의 대상으로 보호받을 아름다운 경관이 존재하지 않는 사안으로 보아 조망이익에 대한 손해배상청구는 기각되었다.

조망과 경관을 대체로 구별하여 사용한 이래로 대체로 이를 구별하는 경향이<sup>52)</sup>, 우리 나라에서도 이를 구별하여 취급하는 견해가 많다.<sup>53)</sup> 즉, 조망이익은 개인이 특정 장소에서 좋은 경치나 풍경을 향유할 수 있는 개인적 이익을 의미하지만, 경관이익은 객관화되고 광역화된 가치 있는 자연상태(자연적 경관, 역사적 경관, 문화적 경관)을 형성하고 있는 경치나 풍경을 향유할 수 있는 공공적이익이라고 한다.<sup>54)</sup> 그러나 우리 대법원 판례는 “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것”이라고 하여 조망과 경관을 명확하게 구별하여 취급하지 않고 있는 것으로 보인다.<sup>55)</sup> 즉, 조망이든 경관이든 특정의 장소에서 조망하여 심미적인 만족감이나 정신적인 안정감으로 누리는 정도의 객관적인 생활이익이 되지 않는다면 조망이익으로서의 보호대상이라고 할 수 없다고 한다.

조망이익의 보호를 위한 요건을 구체적으로 제시한 2004년 고척동 사건에서는 조망가치성에 관한 요건을 충족하지 못한 것으로 판단하고 있다. 즉, “원고들의 주택 주위에는 특별히 경관으로서 내세를 만한 것이 없고, 이 사건 아파트 건축으로 인하여 원고들의 주택에서 남쪽으로는 조망이 종전보다 나쁘게 되었으나, 이 사건 아파트가 건축되기 전부터 원고들 소유의 주택에서 남쪽을 바라볼 때 대부분 위 언덕 및 그 위에 있던 이 사건 아파트 건축 전의 5층 아파트 단지에 의하여 시야가 가로막혀 남쪽으로는 조망이 양호하지 못하였던 사실을 알 수 있다”고 하여 원고들의 주택의 남쪽에 조망이 종전보다는 나쁘게 되었으나 특별히 경관으로서 내세를 만한 것이 없다고 하여 조망가치성을 부정하고 있다.

또한 2004년 공주 정안면 사건<sup>56)</sup>에서도 마을 앞을 가로지르는 폭 10미터 넓이의 도로가 산골마을 주택들의 조망이익을 침해하였는지에 대하여 “원고 등이 전래적으로

52) 牛山 積(編輯代表), 大系 環境・公害判例 7卷, 旬報社, 2001, 161頁 以下; 片山直也, “京都岡崎有樂莊事件”, *ジュリスト別冊171號(環境法判例百選)*, 有斐閣, 2004. 4, 156頁.

53) 송오식, 조망방해와 사법적 구제, *比較私法* 第14卷 第2號, 韓國比較私法學會, 2007. 6. 190-192면; 안경희, 앞의 논문, 167면; 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. 4, 252면.

54) 이동원, “일조권 및 조망권에 침해에 대한 판례의 동향”, 『불법행위법의 새로운 동향(대법원·한국민사법학회 공동주최 학술대회 발표집)』, 韓國民事法學會, 2004 12, 111면.

55) 대판 2007. 6. 28. 2004다54282(용산 리바뷰아파트 사건).

56) 대판 2004. 9. 24. 2003다3402(공주 정안면 사건).

향유하여 오던 산골마을의 정취나 분위기가 저해(원심은 상실되었다고 보았으나, 상실되었다고까지 보기는 증거가 부족하다.)”고 판시하여 전래적인 산골마을 앞을 가로 지르는 10미터 넓이의 도로공사가 조망이익을 침해하였다고 볼 수 없다고 하여 조망가치성을 부정하고 있다.

그리고 2007년 남산공원 사건<sup>57)</sup>에서도 “원고의 주택 전면에 위치한 야산이나 남산공원에 대한 조망이익을 누리고 있었음을 인정할 수 있으나, 기록에 비추어 볼 때 위 야산이나 남산공원에 대한 조망권이 그 자체로 자연적, 문화적으로 중요한 가치를 지니고 있다고 보기 어렵다”고 하여 원고의 주택 전면에 보이는 야산이나 남산공원의 조망가치성을 인정하지 않는다.

하급심 판례 가운데서는 1999년 해운대 사건<sup>58)</sup>에서는 “조망권이 인정되더라도 피해 아파트에서 바라볼 수 있는 해운대의 경관 중 이 사건 건물에 가려 조망방해를 받으리라고 보이는 것은 동백섬과 솔밭유원지의 일부 및 해운대의 일부에 불과하다”고 하여 부산에서 동백섬과 솔밭유원지의 일부와 해운대의 일부만 보이는 경우에 조망가치성을 인정하지 않는다.

또 2005년 부산빌라 사건<sup>59)</sup>에서도 “원고들이 주장하는 조망이익이라는 것도 이 사건 빌라 주위에 고층건물이 아닌 중소규모의 아파트, 단독주택 및 공장이 있었던 사정으로 인하여 야산과 하늘 등의 자연환경을 조망할 수 있었던 정도에 불과한 것으로 보인다”라고 하여 그 조망가치성을 부정하고 있다.

이에 비하여 조망대상의 조망가치성을 인정한 대법원이나 하급심의 판례는 주로 한강조망과 관련되는 것이 많다.

먼저, 2003년 수서래프 사건<sup>60)</sup>에서는 서울 강남구 삼성동 올림픽도로 남쪽에 인접한 11층규모의 빌라와 9.1m간격을 두고 고가교량이 설치에 의하여 위 빌라의 2층에 거주하는 원고들이 일조권과는 상관없이 독자적으로 한강조망이익의 침해가 문제된 사안이다. 이 사건에서 대법원은 피해 부동산의 북동쪽 거실 내에서 창문으로부터 일정 거리만큼 떨어져 측정한 한강조망 천공률이 16.87%가 감소하였음을 인정하였지

57) 대판 2007. 6. 14. 2005다72058(남산공원 사건).

58) 부산고판 1999. 4. 29. 98나10656판결(해운대 사건).

59) 부산고판 2005. 7. 8. 2004나19678, 19685(병합), 19692(병합)(부산빌라 사건).

60) 대판 2003. 11. 14. 2003다27108(수서래프 사건).

만, “원고가 위 부동산에서 한강을 조망할 수 있는 이익은 위 부동산과 한강 사이에 시야의 장애가 없는 관계로 누리게 되는 반사적 이익에 불과하다”고 본 원심의 판결이 타당하다고 하였다.

다음으로, 2007년 용산 리바뷰 아파트 사건<sup>61)</sup>에서는 “원고들이 조망을 누리던 한강의 경관이 매우 아름다운 것으로서 법적으로 보호받는 조망의 대상이 되기에 충분하다고 할 것”이라고 하여 한강조망의 조망가치성을 인정하고 있다.<sup>62)</sup> 아울러, 덕소 현대아파트 사건<sup>63)</sup>에서도 한강조망이 법적으로 보호받는 대상이 된다는 것을 전제하고 있다.

2007년 흑석동 오륜빌라 사건<sup>64)</sup>에서는 서울 흑석동 소재 2-3층 규모의 빌라 소유자인 신청인들이 피신청회사가 오륜빌라의 동북쪽에 위치한 토지상에 지상 10층규모의 아파트를 신청하는 공사를 하고 있는 것에 대하여 이 아파트가 신축될 경우 동작대교를 중심으로 한 한강에 대한 조망이익이 심각하게 침해될 것이라고 주장하면서 공사금지가처분신청을 한 사건이다. 이에 대하여 “우리나라 주택의 경우 남향 또는 남동향으로 건물을 짓는 것이 일반적이라 할 것인데 위 신청인들이 소유하고 있는 건물은 남향 내지는 남동향으로 건물을 짓는데 별다른 제약이 없었던 것으로 보임에도 한강의 경관을 조망할 수 있도록 동북쪽 내지 북동향으로 지어져 있고 그 방향으로 전면 유리창을 내고 있는 점, 위 신청인들은 모두 40대 중반에서 70대 후반에 이르는 중장년층으로 그 중 상당수는 20-30년에 가까운 오랜 기간 동안 거주하고 있는데 그와 같은 오랜 기간 동안 위 건물에서 거주해 온 배경에는 서울의 도심지역에서 쉽게 찾아 볼 수 없는 한강의 수려한 경관을 조망할 수 있다는 것과 이를 통해 미적 만족감 내지 심리적 안정감을 얻을 수 있다는 것이 중요한 요인으로 작용하였던 것으로 보이는 점, 위 건물에서는 동작대교 복단을 중심으로 한 한강의 경관은 전체적으로

61) 대판 2007. 6. 28. 2004다54282(용산 리바뷰아파트 사건).

62) 2007년 용산 리바뷰아파트 사건에서 대법원이 처음으로 한강조망의 조망가치성을 인정하였다. 특히 위 사건은 2004년 고척동 사건에서 실시한 추상적인 기준이 구체적으로 어떻게 적용되는지를 실시한 판결이다. 다만, 조망이익은 가해토지의 자유로운 행사와의 관계에서 제약될 수 밖에 없는 성질을 가짐으로서 수인한도 내라고 판단하여 손해배상청구를 인정하지 않음으로 일조의 이익에 비하여 약한 보호를 받을 것임을 분명히 하였다. 徐敏錫, 앞의 논문, 330-331면.

63) 대판 2007. 9. 7. 2005다72485(덕소 현대아파트 사건).

64) 서울중앙지법 2007. 8. 20. 2007카합1546(흑석동 오륜빌라 사건).

조망할 수 있는데, 위와 같은 한강의 경관은 질적인 면에서 상당한 가치를 가지는 것으로 보이는 점을 비롯하여 건물의 위치 및 신축 경위, 조망의 대상이 되는 경관의 내용 및 성격 등에 비추어 보면 한강의 수려한 경관은 매우 아름다운 것으로 법적으로 보호받는 매우 아름다운 것으로 법적으로 보호받는 조망의 대상이 되기에 충분하다”고 판시하고 있다.

이상으로 살펴보면 우리 법원이 법적 보호의 대상으로서의 가치성을 판단하는 첫째 기준으로서의 조망가치성을 인정하는 것은 한강조망의 경우라고 할 것이다. 한강조망은 용산 리바뷰아파트 사건이나 덕소 현대아파트사건 등에서처럼 남쪽조망의 경우뿐만 아니라 올림픽대로 수서램프사건이나 흑석동 오륜빌라 사건처럼 한강을 북쪽으로 바라다 보이는 경우에도 그 조망가치성을 인정하고 있다. 그러나 한강조망이익이라고 하여 인위하게 조망가치성을 인정할 것이 아니라 구체적인 상황에서의 조망가치를 고려하여 판단하여야 하고 대체로 남향으로 거실을 배치하는 현실에 비추어 볼 때 한강을 북쪽으로 바라다 보이는 조망의 경우에 신중하게 판단할 필요가 있다. 즉, 흑석동 오륜빌라 사건의 경우에는 한강 쪽을 바라다 보기 위해 전면 유리창을 북동향으로 낸 점이라든지 거주자들이 40대 중반에서 70대까지의 중장년 층으로 상당수가 20-30년간 거주하였던 점 등을 고려한 것으로 보인다.

다음으로 가치성을 판단하기 위한 기준으로 自然眺望性(人工眺望 排除)이라고 함은 보통의 일반적인 평지에서 바라다 보이는 조망이 아름다워 심미적인 만족감이나 정신적인 안정감을 누리게 되는 생활이익을 가져야 한다는 것으로 인공적으로 건물을 축조하거나 지대를 높여서 바라다 보이는 조망가치성을 획득하게 된 경우에는 법적인 보호대상으로서의 조망가치성을 인정하지 않는다는 것을 말한다.

이에 관하여 2004년 고척동 사건<sup>65)</sup>에서 조망이익의 판단기준이 정립되기 전부터 하급심에서 자연조망성이 조망가치성의 판단기준으로 인정되고 있었다. 즉, 1999년 해운대 사건<sup>66)</sup>에서는 부산의 해운대 해수욕장과 동백섬으로 들어가는 주요 진입로에 위치하는 피해 아파트의 부지가 1982년 수영만 매립공사에 의해 조성된 부지 중의 일부인데, 피해 아파트의 앞쪽에 15미터 경계를 두고 6개동의 초고층 주상복합아파트인 현대다이너스티 건물의 건축을 중지해 달라는 가처분 신청이었다. 이 사건에서

65) 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(고척동 사건).

66) 부산고판 1999. 4. 29. 98나10656(해운대 사건).

부산고등법원은 “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”라고 하여 인공적 시설축조에 의한 조망이익은 조망가치성을 인정하지 않는다고 판시하였다.

대법원 판례 가운데에서도 2007년 용산 리바뷰아파트 사건에서 조망이익의 성립요건으로 자연조망성의 요건을 들고 있다. 이 사건에서 “5층짜리 외인아파트의 뒤에 그보다 높은 10층짜리 건물을 세움으로써 리바뷰 아파트의 한강 조망을 확보한 것처럼, 보통의 지역에 인공적으로 특별한 시설을 갖추으로써 누릴 수 있게 된 조망의 이익은 법적으로 보호받을 수 없다고 하여야 한다. 만일 이러한 경우까지 법적으로 보호받는 조망의 이익이라고 인정한다면 그 건물과 조망의 대상 사이에 있는 토지에는 그 누구도 고층 건물을 건축할 수 없다는 결론이 되어 부당하기 때문이다”라고 판시하였다. 이 사건은 보통의 지역에 인공적으로 특별한 시설을 갖추으로써 누릴 수 있게 된 조망이익은 법적으로 보호받을 수 없다는 것이 조망이익을 부정하기 위한 중요한 기준으로 제시되었다는 점에 중요한 의미가 있다.<sup>67)</sup> 또한 덕소 현대아파트 사건<sup>68)</sup>에서도 원고들 소유의 현대아파트는 도심의 일반주거지역에 위치한 아파트로서 그 부지는 원래부터 이 사건 아파트 부지보다 약 8m 정도 낮은 지대에 위치해 있어 한강을 조망하기에 적합한 장소가 아니었는데, 고층의 현대아파트가 건축됨으로써 조망이익을 누리게 된 경우라고 하여 조망가치성을 부정하고 있다. 즉 “보통의 지역에 인공적으로 고층의 아파트를 축조하여 비로소 누릴 수 있게 된 조망의 이익은 법적으로 보호받을 수 없다”고 하면서 원심판결을 유지하고 있다.

이와 같이 조망의 조망가치가 자연적 상태에서 누릴 수 있는 것이 아니라 인공적으

67) 김민주, 조망권 침해에 관한 판례연구, 아주법학 제6권 제2호, 아주대 법학연구소, 2012, 216면.

68) 대판 2007. 9. 7. 2005다72485(덕소 현대아파트 사건) 이 사건에서는 원고들 소유의 현대아파트는 도심의 일반주거지역에 위치한 아파트로서 그 부지는 원래부터 이 사건 아파트 부지보다 약 8m 정도 낮은 지대에 위치해 있어 한강을 조망하기에 적합한 장소가 아니었는데 고층의 현대아파트가 건축됨으로써 비로소 원고들이 조망의 이익을 누릴 수 있게 된 사실을 인정한다. 보통의 지역에 인공적으로 고층의 아파트를 축조하여 비로소 누릴 수 있게 된 조망의 이익은 법적으로 보호받을 수 없으며, 결국 원고들이 구분소유하는 현대아파트가 그 장소로부터 한강을 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있어 그 조망의 이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정하기 어렵다고 판시하였다.

로 건물이나 시설을 축조함으로써 누리게 된 것이라면 고층의 건물을 축조함으로써 서울 야경이나 한강조망 등은 얼마든지 개선할 수 있는 것이므로 이를 보호하기 위해 그 전면에 어떠한 건물을 축조할 수 없게 된다. 이러한 것을 조망이익이라고 한다면 먼저 건축한 자에게 우선권을 부여하는 것이어서 이를 조망이익의 보호대상에서 배제하여야 할 필요가 있기 때문이다.

## (2) 重要性

조망이익의 2번째 법적 보호요건으로는 특정 장소에서의 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축된 경우와 같이 건물의 소유자나 점유자가 건물로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 重要性을 갖는다고 인정되어야 한다는 것이다. 대법원 판례 가운데 2004년 공주 정안면 사건<sup>69)</sup>에서는 “원고 등의 주택이 그 장소로부터 외부를 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있고, 그와 같은 조망이익의 향유를 하나의 중요한 목적으로 하여 그 장소에 건물이 건축되었다거나 원고 등의 주택으로부터 향유하는 조망이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정하기에는 부족하므로, 원고 등의 조망이익은 법적인 보호의 대상이 되지 아니한다고 볼 여지가 있다”고 한다. 또한 2007년 남산공원 사건<sup>70)</sup>에서는 “원고의 주택은 주거용일 뿐 경승지나 휴양지에 위치한 영업용 건물이나 휴양시설과 같이 특별히 조망이익의 향유를 목적으로 건축되고 그 경관이나 조망이 객관적으로 중요한 의미를 지니고 있는 등의 장소적 특수성을 가지고 있음을 인정할 수 없으므로, 원고의 주택이 위 야산이나 남산공원에 대한 조망이라는 관점에서 특별히 독립된 가치를 갖고 있다거나 원고에 의한 조망이익의 향수가 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 객관적으로 인정하기는 어렵다”고 판시하고 있고, 2007년 덕소 현대아파트 사건<sup>71)</sup>에서는 “원고들이 구분소유하는 현대아파트가 그 장소로부터 한강을 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있어 그 조망의 이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정하기 어렵다”라고 판시한다.

69) 대판 2004. 9. 24. 선고 2003다3402(공주 정안면 사건).

70) 대판 2007. 6. 14. 2005다72058(남산 공원사건).

71) 대판 2007. 9. 7. 2005다72485(덕소 현대아파트 사건).

이처럼 우리 대법원은 조망이익의 위법성 판단을 위한 수인한도와는 별도로 법적 보호요건으로서 가치성과 중요성을 요구하고 있다. 그런데 이와 같이 조망이익의 법적 보호요건을 별도로 다룰 필요없이 수인한도를 판단하면 족하다는 입장이 있다.<sup>72)</sup> 그러나 논리적으로 조망이익이 법적으로 보호의 대상이 되는 생활이익인지를 먼저 살피고 그러한 조망이익의 침해행위가 위법한가를 판단하는 것이 수인한도이므로 이를 분리하여 검토하는 대법원의 입장이 더 논리적으로 타당하다고 생각한다.<sup>73)</sup> 물론, 조망이익으로서의 가치성과 중요성이 높으면 그에 따라 수인한도도 낮아지게 된다고 보는 상관적 파악도 가능한 것이지만, 조망이익으로서의 가치성과 중요성이 없다면 굳이 수인한도여부를 따질 필요가 없다는 점을 고려하면 조망이익의 법적 보호요건과 위법성의 판단을 위한 수인한도를 별도로 판단하는 것이 타당하다고 본다.

## 2) 違法性的의 要件으로서 受忍限度의 判斷

고척동 사건에서는 수인한도를 판단하는 기준으로 1) 지역성, 2) 피해건물의 상황, 3) 조망이익의 내용, 4) 가해건물의 상황, 5) 가해건물의 건축경위, 6) 회피가능성, 7) 가해자측의 해의 등을 들고 있다. 이하에서는 조망이익의 보호와 관련하여 자주 문제가 되는 地域性, 回避可能性, 加害者의 害意 등을 중심으로 판례의 흐름을 살펴보고자 한다.

### (1) 地域性

조망의 향수를 목적으로 지어진 관광지의 여관, 호텔 등을 소유하는 경우에 조망이익을 향수하는 것이 주위의 토지이용과 조화될 수 있는 것이어야 한다.<sup>74)</sup> 입지지역이 주거지역인지 상업지역인지의 여부, 건물의 용적을 등의 지역적 특성 등이 고려사항이다. 건축 당시에는 전망이 확보되는 지역이라고 하더라도 인접토지가 상업용지 등이어

72) 문준섭, 앞의 논문, 123면.

73) 법적 보호요건은 침해의 대상으로서 불법행위의 성립요건이고, 수인한도의 초과는 위법성의 판단요소로서의 성립요건이라고 보아야 하며, 두 요건은 비록 판단 순서에 있어서 시간적 선후관계를 가지지만 동등한 위치를 갖는 불법행위의 요건이다. 다만, 법적 보호요건이 사회통념상 독자적 이익으로 승인받을 것을 요구하고 있으므로 법적 보호요건과 수인한도요건은 일부 상호 보완적, 중첩적 관계에 있다는 입장도 있다. 김경호, 앞의 논문, 363면.

74) 淡路剛久, 環境權の法理と裁判, 有斐閣, 1980, 110頁 以下.

서 언제든지 고층의 상가건물로 개발가능한 곳이거나, 인접지가 개발제한구역으로 묶여 있더라도 규제가 완화될 예정인 경우 등처럼 수인한도의 판단에 있어서 지역성을 고려하여야 한다. 지역성을 판단함에 있어 법규상 지정되어 있는 것과 실제의 지역 현황이 다르다면 실제의 현황을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

하급심 판례 가운데는 1999년 해운대 사건<sup>75)</sup>에서 지역성으로 고려하고 있음을 볼 수 있다. 이 사건은 수영만 매립지역에 건축된 아파트로서 해운대 해수욕장 길목에 위치고 있는데 15미터 도로를 사이에 두고 일반상업지구에 고층의 주상복합아파트를 신설하려고 하자 공사중지가처분을 신청한 사안이다. 법원은 “이 사건 토지가 영구히 나대지로 방치될 곳이 아니라 상업지역으로서 고층건물이 들어설 곳으로 예정되어 있었”다고 하여 인접지가 상업용지여서 언제든지 고층건물이 들어 설 수 있다는 사정과 “이 사건 건물이 아니더라도 피해 아파트에서는, 인근에 있는 기존의 다른 건물들 (특히 오션타워 및 그랜드호텔) 때문에 모래사장을 비롯한 해운대해수욕장의 전경이 보이지 않는 사실”과 같이 주변지역의 특성상 조망침해를 가져오는 건물의외에 이미 다른 건물에 의해 침해가 이루어진 경우도 고려되고 있다.<sup>76)</sup>

## (2) 回避可能性

우리 법원이 수인한도의 판단요소로서 조망이익의 침해건물이 설계를 변경하거나 대안을 모색할 가능성이 있었는지도 중요한 요소로 보고 있다. 즉, 가해건물의 재산권 행사나 재산적 손실을 최소화하면서 피해건물의 조망이익을 침해하지 않도록 회피하기 위한 노력이나 그 가능성이 있었는지의 여부를 수인한도 판단에 적극적으로 고려하고 있다. 즉 가해자 측에서 가해건물의 인접건물에 조망침해를 가하지 않도록 구조나 배치에 있어서 경제적, 기술적으로 얼마나 배려했는지, 가해자측이 피해자측의 피해보상을 위하여 얼마나 성실하게 교섭에 임하였는지 등의 사정도 수인한도의 판단에 중요한 자료가 될 수 있다.

대법원은 1999년 롯데아파트 사건<sup>77)</sup>에서 “피고와 롯데건설은 서로 비슷한 시기에

75) 부산고판 1999. 4. 29. 98나10656(해운대 사건).

76) 이와 관련하여 건물의 先住者와 後住者 사이에 조망이익 분쟁이 발생하면 선주자에게 우선적 지위가 부여된다. 權 誠 외 4인, 앞의 책, 508면. 따라서 가해 건물이 피해건물보다 먼저 건축된 경우 선주자가 후주자에게 조망이익침해의 책임을 부담하지 않는다.

77) 대판 1999. 1. 26. 선고 98다23850(롯데아파트 사건).

주택건설사업승인을 받고 아파트를 착공하여 주택건설사업 승인을 받을 당시부터 입주자들의 일조권 등의 침해정도를 충분히 예상할 수 있었으므로 각 아파트를 설계·시공함에 있어서 이러한 사정들을 충분히 고려하여 아파트 및 그 부속건물의 배치, 건물의 높이 등의 점에 있어서 입주자들의 일조권 등의 침해 여부를 우선적으로 고려하였어야 함에도 불구하고, 피고는 그 층수를 높이는 설계변경을 하였을 뿐만 아니라 102동과 롯데아파트 5동 사이에 아파트 높이 4층 정도의 용벽을 설치하고, 전기실 등 부속건물을 롯데아파트 쪽으로 변경함으로써 원고들이 입주하고 있는 롯데아파트의 경우에는 모두 수인한도를 넘어서 일조장해를 받고 있음은 물론 조망 및 압박감의 저해, 프라이버시의 침해 정도도 그 수인한도를 넘는다고 보아 피고 및 롯데건설의 위 각 아파트의 건축행위가 비록 건축관계 법령에 위반된 점이 없다 하더라도 그 소유자 겸 입주자들인 원고들에게 쾌적하고 건강한 주거생활을 영위할 생활권을 침해한 불법행위를 구성한다고 판단”하였다. 이 사건에서는 설계변경 등을 통하여 조망침해를 회피하기는커녕 가해자가 층수를 높이는 설계변경을 하였을 뿐 아니라 전기실 등 부속건물을 피해건물 쪽으로 변경함으로써 조망 및 압박감의 저해를 가져왔다고 판단하였다.

2004년 고척동 사건<sup>78)</sup>에서는 “이 사건 아파트가 13동의 987세대에 이르는 비교적 대규모의 단지로서 원고들 주택보다 13~15m 정도 높은 언덕 위에 건축되었다는 점을 고려하면 건축 당시 아파트의 방향이나 높이를 원고들의 조망에 유리하도록 배려할 여지가 있었다고 하더라도 단지 자체의 규모, 단지 배치의 합리성, 동 사이에 확보되어야 할 공간 등에 비추어 보면 원고들의 조망이 그리 크게 개선되었을 것으로 보이지는 아니하다”고 하여 수인한도 내라고 판단하였다.

이에 비하여 2007년 용산리바뷰 아파트 사건<sup>79)</sup>에서도 “건축 당시 아파트의 방향이나 높이를 위 원고들의 조망에 유리하도록 배려할 여지가 전혀 없었다고는 할 수 없겠지만 단지 자체의 규모, 단지 배치의 합리성, 각 동 사이에 확보되어야 할 공간 등에 비추어 보면 그 배치를 달리 하더라도 위 원고들의 조망이 그리 크게 개선될 것으로 보이지 않는다”라고 하여 수인한도 내라고 판단하였다.

즉, 조망의 회피가능성이 있었음에도 회피시도를 하지 않았을 때에는 수인한도를

78) 대판 2004. 9. 13. 2003다64602(고척동 사건).

79) 대판 2007. 6. 28. 2004다54282(용산 리바뷰아파트 사건).

넘는다고 볼 여지가 있지만, 회피가능성이 없었을 때에는 조망침해가 있더라도 수인한도 내라고 파악할 여지가 크다고 할 수 있다.

### (3) 加害者の 恫意

가해자의 조망침해 행위가 피해자의 조망이익을 해하고자하는 주관적 의도가 있었는지의 문제이다. 소수권행사를 빙자한 조망침해 행위는 그 자체로 위법하기 때문에 위법성의 판단을 위한 수인한도의 고려요소가 될 수 있다.<sup>80)</sup> 우리 대법원의 판례 가운데 2007년 용산 리바뷰아파트 사건에서 피고의 인근 한가람아파트의 주민들에게 보상을 지급한 것이 가해자의 해의로 볼 수 있었느냐에 관하여 “피고들이 인근 주민들에게 보상을 하였다든 사정만 가지고 피고들에게 위 원고들에 대한 해의가 있었다고 단정할 수도 없다”라고 판시하고 있다. 이 사건에서는 피고의 인근 주민들에게 보상하였을 뿐 아니라 원고들에 대하여도 1,125만원 내지 3,500만원의 합의금을 제시하였으나 원고들이 거절하였고, 원고들을 포함한 아파트 구분소유자들에게 리바뷰아파트의 리모델링을 제의하였던 점들에 비추어, 가해자가 피해자를 해하기 위한 목적으로 건축이 이루어진 것은 아닌 것으로 판단한 것이다.

## 3. 住居眺望에서 天空眺望利益과 全景眺望利益의 區別

조망이익이란 생활자의 시점에서 먼 곳을 바라보이는 풍경을 통해 얻어지는 주관적인 이익이라면, 경관이익은 지형, 기후, 토양 생물계 등으로 이루어지는 일정 지역의 지리학적·문화적·역사적 특성에 의해 객관적 이익이라 할 수 있다. 조망이익은 침해가 있을 경우에는 私法的 救濟手段인 손해배상이나 방지청구가 가능한 반면, 경관이익은 사회적이고 공공적인 이익에 대한 침해이므로 公法的 救濟(도시계획, 행정소송)을 통해 보호된다. 특히, 우리나라에서도 2007년에 경관법이 제정되어 경관협정제도,

<sup>80)</sup> 조망이익의 침해는 물건의 환경에 대한 자연적 연결이 박탈되는 것을 의미하는 소극적 침해이므로 방지청구권의 행사에 대하여 비판적인 입장에서도 그러한 조망이익을 침해하는 행위가 주관적 가해의사나 의도가 있어 민법 제2조의 권리남용에 해당하는 경우에는 그 효과로서 방지청구권을 인정할 수 있다. 우리 대법원이 조망이익의 침해를 이유로 한 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사함에 있어서 수인한도를 판단하는 요소로서 가해자의 해의를 고려하는 것도 권리남용의 주관적 요소로서의 가해의사와 일맥상통하는 점이 있다고 보인다.

경관계획의 수립 등 공법상의 경관이익을 보호하기 위한 제도가 정비되었다.

주거조망이익은 다시 풍경을 바라다 보는 것이 全景眺望利益이라면 시야차단으로 압박감이나 폐쇄감을 느끼는 것을 天空眺望利益으로 구별할 수 있다.<sup>81)</sup> 우리 대법원도 천공조망이익을 시야차단으로 인한 압박감이나 폐쇄감으로 표현하면서 일조권, 조망이익, 프라이버시 보호 등과 별개의 보호되어야 할 생활이익으로 파악하고 있다.

1999년 롯데아파트 사건<sup>82)</sup>의 수인한도의 판단에서는 “피고와 롯데건설은 서로 비슷한 시기에 주택건설사업 승인을 받고 아파트를 착공하여 주택건설 사업승인을 받을 당시부터 입주자들의 일조권 등의 침해정도를 충분히 예상할 수 있었으므로 각 아파트를 설계·시공함에 있어서 이러한 사정들을 충분히 고려하여 아파트 및 그 부속건물의 배치, 건물의 높이 등의 점에 있어서 입주자들의 일조권 등의 침해 여부를 우선적으로 고려하였어야 함에도 불구하고, 피고는 그 층수를 높이는 설계변경을 하였을 뿐만 아니라 102동과 롯데아파트 5동 사이에 아파트 높이 4층 정도의 용벽을 설치하고, 전기실 등 부속건물을 롯데아파트 쪽으로 변경함으로써 원고들이 입주하고 있는 롯데아파트의 경우에는 모두 수인한도를 넘어서 일조장해를 받고 있음은 물론 조망 및 압박감의 저해, 프라이버시의 침해 정도도 그 수인한도를 넘는다고 보아 피고 및 롯데건설의 위 각 아파트의 건축행위가 비록 건축관계 법령에 위반된 점이 없다 하더라도 그 소유자 겸 입주자들인 원고들에게 쾌적하고 건강한 주거생활을 영위할 생활권을 침해한 불법행위를 구성한다”고 판시한 원심의 입장을 그대로 인정하고 있다. 그리고 손해배상의 범위 산정에 있어서도 “일조장해, 사생활 침해, 시야차단으로 인한 압박감, 소음, 분진, 진동 등과 같은 생활이익의 침해로 인하여 발생한 재산적 손해의 항목 중 토지·가옥의 가격저하에 의한 손해를 산정함에 있어서는 광열비·건조비 등의 지출 증대와는 별도로 일조장해 등과 상당인과관계가 있는 정상가격의 감소액을 부동산감정 등의 방법으로 평가하여야 할 것”이라고 하여 시야차단으로 인한 압박감을 조망이익과 별개로 파악하는 입장을 보였다.

2007년 용산 리바뷰아파트 사건에서도 손해배상액의 산정에 있어서 “일조방해,

81) 광의의 조망이익에는 순수한 의미의 조망이익과 천공조망이익으로 분류된다는 입장도 있다. 이승태, 조망권의 보호범위에 관한 판례의 동향, 人權과正義 제378호, 大韓辯護士協會, 2008. 2, 75-79면.

82) 대판 1999. 1. 26. 98다23850(롯데아파트 사건).

사생활 침해, 조망 침해, 시야 차단으로 인한 압박감, 소음, 분진, 진동 등과 같은 생활이익에 대한 침해가 사회통념상의 수인한도를 초과하여 위법한지를 판단하고 그에 따른 재산상 손해를 산정함에 있어서는, 생활이익을 구성하는 요소들을 종합적으로 참작하여 수인한도를 판단하여야만 형평을 기할 수 있는 특별한 사정이 없다면, 원칙적으로 개별적인 생활이익별로 침해의 정도를 고려하여 수인한도 초과 여부를 판단한 후 수인한도를 초과하는 생활이익들에 기초하여 손해배상액을 산정하여야 하며, 수인한도를 초과하지 아니하는 생활이익에 대한 침해를 다른 생활이익 침해로 인한 수인한도 초과 여부 판단이나 손해배상액 산정에 있어서 직접적인 근거 사유로 삼을 수는 없다”고 판시함으로써 조망침해로 인한 생활이익과 시야 차단으로 인한 압박감을 별개의 생활이익으로 파악하고 있다.

특히, 2007 덕소 현대아파트 사건<sup>83)</sup>에서는 “보통의 지역에 인공적으로 고층의 아파트를 축조하여 비로소 누릴 수 있게 된 조망의 이익은 법적으로 보호받을 수 없으며, 결국 원고들이 구분소유하는 현대아파트가 그 장소로부터 한강을 조망함에 있어 특별한 가치를 가지고 있어 그 조망의 이익이 사회통념상 독자의 이익으로 승인되어야 할 정도로 중요성을 갖는다고 인정하기 어렵다”고 보아 조망이익의 침해를 인정하지 않으면서도 “이 사건 아파트의 건축에 따른 일조침해로 말미암아 원고들 소유 현대아파트의 시가가 하락한 금액을 산정함에 있어서 일조침해로 인한 시가하락액 뿐만 아니라 개방감 상실로 인한 시가하락액을 아울러 고려한 것은 정당하고, 거기에 일조침해 및 개방감 상실로 인한 불법행위책임의 성립에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다”고 판시하여 개방감 상실(시야차단으로 인한 압박감)을 별개의 생활이익으로서 손해배상의 범위에 포함시키고 있음을 알 수 있다. 즉, 이 사건에서는 조망이익의 침해를 부정하였지만, 개방감 상실로 인한 천공조망이익의 침해에 대한 손해배상을 인정한 사례로 볼 수 있어 전경조망이익과 천공조망이익을 별개의 생활이익으로 파악하고 있음을 알 수 있다.

아울러, 2014년 용인 처인구 사건<sup>84)</sup>에서는 “인접 토지에 건물 등이 건축되어 발생하는 시야 차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감 등의 생활이익의 침해를 이유로 하는 소송에서 침해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서서 위법하다고 할 것인

83) 대판 2007. 9. 7. 선고 2005다72485(덕소 현대아파트 사건).

84) 대판 2014. 2. 27. 2009다40462(용인 처인구 사건).

지 여부는, 피해 건물의 거실이나 창문의 안쪽으로 일정 거리 떨어져서 거실 등의 창문을 통하여 외부를 보았을 때 창문의 전체 면적 중 가해 건물 외에 하늘이 보이는 면적비율을 나타내는 이른바 천공률이나 그중 가해 건물이 외부 조망을 차단하는 면적비율을 나타내는 이른바 조망침해를 뿐만 아니라, 피해건물과 가해건물 사이의 이격거리와 가해 건물의 높이 및 이격거리와 높이 사이의 비율 등으로 나타나는 침해의 정도와 성질, 창과 거실 등의 위치와 크기 및 방향 등 건물 개구부 현황을 포함한 피해 건물의 전반적인 구조, 건축법령상의 이격거리 제한 규정 등 공법상 규제의 위반 여부, 나아가 피해 건물이 입지하고 있는 지역에 있어서 건조물의 전체적 상황 등의 사정을 포함한 넓은 의미의 지역성, 가해건물 건축의 경위 및 공공성, 가해자의 방지조치와 손해회피의 가능성, 가해자 측이 해의를 가졌는지 유무 및 토지 이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하고 있다. 그러면서 “갑 아파트의 일부 세대 소유자들인 을 등이 인접 토지에 신축된 병 아파트의 시행사인 정 주식회사를 상대로 조망침해(개방감 상실)에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 병 아파트와 갑 아파트 각 피해 세대 사이의 이격거리와 병 아파트의 높이 및 이격거리와 높이의 비율 등 가해 건물과 피해 건물 사이의 배치관계가 그 지역에서 이례적인 것으로 보기 어려운데도, 이른바 조망침해율의 증가만을 이유로 정 회사의 병 아파트 신축으로 을 등에게 수인한도를 초과한 시야차단으로 폐쇄감이나 압박감이 발생하였다고 본 원심판결에는 시야차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감의 수인한도에 관한 법리오해 등 위법이 있다”고 판시하였다. 이는 시야차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감을 판단하는 요소 가운데 하나로 천공률이나 조망침해율로 보아 조망침해율의 증가만으로 시야차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감이 발생하였다고 판단한 원심판결을 파기환송하였다. 그 이유로서 “조망침해율은 피해건물의 거실이나 창문의 안쪽으로 일정 거리 떨어져서 그 거실 등의 창문을 통하여 외부를 보았을 때 창문의 전체 면적 중 가해건물이 외부 조망을 차단하는 면적비율을 나타내는 수치로서, 가해건물과 피해건물 사이의 이격거리와 가해건물의 높이 및 가해건물의 피해건물 방향의 전면 면적 상호간의 비율이 일정한 경우에는 그 이격거리와 상관없이 조망침해를 수치가 항상 동일하게 유지되지만, 이때에도 사회통념상 가해건물이 피해건물에 보다 가까운 수록 시야차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감의 정도는 커진다고 볼 수 있는 것이므로, 조망침해율 수치가 피해건물에서 느끼는 가해건물에 의한 시야차단으로 인한 폐쇄감

이나 압박감의 정도를 항상 정확하게 반영하는 것으로 볼 수 없다”라는 것을 들고 있다.

이는 대법원이 시야차단으로 인한 압박감과 조망이익의 침해를 별개로 파악하던 입장에서 천공률이나 조망침해율이 증가하였다고 해서 시야차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감은 발생하지 않을 수 있음을 판시한 판결로서 의미가 있다고 하겠다. 시야차단으로 인한 개방감 상실이나 압박감을 의미하는 천공조망이익은 건축물 등에 의해 시야가 차단된다는 점에서는 풍경을 바라다 보는 전경조망이익의 침해와 같다고 볼 수 있다. 따라서 천공조망이익을 일반적으로 조망이익이라고 부르는 전경조망이익의 일종이거나 구성요소의 하나라고 볼 수도 있으나, 우리 대법원의 입장과 같이 천공조망이익은 전경조망이익과 구별할 필요가 있다고 본다.

일본에서의 조망권은 주로 풍경이 뛰어난 곳을 배경으로 하는 여관, 음식점 등을 중심으로 하는 영업조망이익의 보호를 중심으로 먼저 문제가 되고, 일본의 재판소는 그 조망가치를 중요한 영업재산적 가치로 보아 수인한도를 초과하는 경우에 보호하는 입장이었다.<sup>85)</sup> 이에 대하여 우리나라에서는 주로 아파트를 중심으로 하는 주거의 조망이익이 문제되고 있다. 2004년 고척동사건에서 정립된 조망이익의 보호요건은 주로 조망가치와 수인한도를 중심으로 하는 것으로서 주거공간의 전경조망이익에 대하여는 적용될 여지가 적다. 실제로 2007년 흑석동 오륜빌라 사건<sup>86)</sup>과 같은 하급심 사건을 제외하고는 대법원에서 명시적으로 주거의 전경조망이익을 보호한 경우는 없다.<sup>87)</sup> 오히려 주거공간에 대하여는 시야차단으로 인한 폐쇄감이나 압박감 천공조망

85) 東京高裁判 昭和 38. 9. 11.(猿ヶ京温泉眺望事件); 京都地裁決 昭和 49. 9. 19. 昭和(≡)528(京島岡기 有樂莊事件); 松島地裁判 昭和 59. 5. 29. 昭和59(≡)275(松島海岸事件) 등

86) 서울중앙지결 2007. 8. 20. 2007카합1546(흑석동 오륜빌라 사건).

87) 대법원이 조망이익을 보호하기 위한 요건을 구체적으로 제시하지 않고 추상적인 개념으로만 나열하고 있어 개별적인 사안에서 법관에게 지나치게 광범위한 재량권을 위임하고, 그 요건을 지나치게 협소하게 제한하여 일반주택 내지는 공동주택 등의 주거용건물에서의 천공조망침해는 조망이익의 보호범위에서 제외되는 불합리한 결과를 초래할 수 있다고 비판한다(이승태 전계논문, 95면). 그러나 천공조망이익을 일반적인 조망이익(전경조망이익)의 요건에 맞추어 그 보호를 하고자 한다면 그러한 문제가 있다고 할 수 있으나, 전경조망이익과 천공조망이익을 별개의 법적으로 보호가치가 있는 생활이익으로 보는 입장에서는 천공조망이익에서 2004년 고척동사건의 요건을 고수할 필요가 없다. 대법원도 천공조망이익의 보호요건에 관하여는 2014년 용인 처인구사건 판례에서 그 구체적 요건을 판시한 것에서도 알 수 있다. 실제로 주거용 건물에서의 조망이익의 향수 여부에 따라 경제적 가치가 달라질 수 있는 부분은 있다고 하더라도 법적 보호가치 있는 조망이익은 한강조망을 비롯한 일부에서만 문제 될 뿐이고, 아파트를 중심으로

이익을 인정한 사례가 많고 특히 2014년 용인 처인가사건<sup>88)</sup>에서는 조망이익과 구별하여 시야차단으로 인한 압박감(천공조망이익)을 별도의 생활이익으로 인정하기 위한 요건을 구체화하기에 제시하기에 이르렀다. 따라서 우리나라에서 주로 문제가 되는 주거공간에서의 조망이익의 보호는 한강의 전경을 중심으로 인정여부가 논의되는 전경조망이익보다는 도시의 밀집개발에 따른 주상복합아파트와 같은 초고층건물의 등장에 따른 천공조망이익을 중심으로 논의할 필요가 있다. 전경조망이익은 토지소유권의 상린관계적 관점에서 私法上的 救濟가 이루어졌다면, 천공조망이익은 인간다운 생활을 할 권리나 행복추구권의 관점에서 접근할 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 천공조망이익은 일반적인 전경조망이익으로 제한하면 원칙적으로 조망가치성이나 중요성을 인정받을 수 없으므로 주거용 건물에서 천공조망을 침해당하는 경우에는 그 침해의 태양과 상관없이 보호 받을 수 없기 때문이다.<sup>89)</sup> 그리고 주거공간에서 한강조망과 같은 풍경을 바라보면서 느끼는 심미적 만족감이나 정서적 안정감과 같은 전경조망이익과는 달리 천공조망이익은 사람이 거실 전면이 차단됨으로써 느끼는 폐쇄감이나 압박감 불안감 등과 같은 인간다운 생활을 저해하기 때문이다.

住居眺望利益 침해로 인한 구제방법에 있어서도 전경조망이익과 천공조망이익은 구별할 필요가 있다. 일조권의 침해에서는 재산가치 하락 뿐만 아니라 인간다운 생활을 하는데 필수적이라 할 수 있는 햇빛의 부족으로 인한 신체적·정신적 손해가 발생하는 거주환경의 악화가 초래되므로 불법행위로 인한 손해배상청구 뿐만 아니라 민법 제217조에 근거하여 일조침해 부분에 대한 철거나 신축 중인 건물에 대한 공사의 중지를 청구하는 방지청구권을 행사할 수 있다. 마찬가지로 천공조망이익이 침해되는 경우에도 인접한 토지에 차폐건물이 존재함으로써 느끼게 되는 압박감, 개방감 상실, 폐쇄감 등은 인간다운 생활을 위한 필수적인 요소라는 점에서 일조권과 유사한 점이 있다. 따라서 천공조망이익 침해의 경우에는 손해배상청구 뿐만 아니라 민법 제217조의 생활방해에 적당한 조치로서 방지청구권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

그러나 협의의 주거조망이익 침해라고 할 수 있는 전경조망이익의 경우에는 한강과

하는 고밀도 밀집개발에 따른 천공조망이익의 보호가 더 중요한 문제로 제기되고 있다. 따라서 천공조망이익을 일반적인 조망이익의 보호요건에 따라 보호하기 보다는 2014년 용인 처인가사건에서 대법원이 제시하는 요건에 따라 별개의 법익으로 보호할 필요가 있다고 본다.

88) 대판 2014. 2. 27. 2009다40462(용인 처인가 사건).

89) 이승태, 앞의 논문, 93면.

같은 풍경을 바라봄으로써 느끼는 심미적이고 주관적인 감정을 통해 얻은 것이고 조망방해로 인한 피해도 주로 건물의 재산적 가치하락이라고 하는 경제적 측면이 강하다고 할 수 있으므로 손해배상청구 외에 민법 제217조에 근거한 방지청구권은 원칙적으로 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만, 조망침해행위가 민법 제2조의 권리남용의 요건을 갖춘 경우에는 권리남용의 효과로서 방지청구권이 논의될 여지는 있다고 본다. 전경조망이익의 침해를 이유로 공사중지를 인정한 하급심 사례는 있지만,<sup>90)</sup> 대법원에서 주거공간에서의 전경조망이익의 침해를 이유로 공사중지 가처분을 인정한 사례가 없다. 2007년 용산 리바뷰아파트 사건에서 “조망 향수자가 누리던 조망의 이익을 부당하게 침해하려는 해의(害意)에 의한 것으로서 권리의 남용에 이를 정도가 아닌 한 인접한 토지에서 조망의 이익을 누리던 자라도 이를 함부로 막을 수는 없다.”<sup>91)</sup> 라고 판시하여, 권리의 행사가 원칙적으로 방지청구권의 대상이 되지 않지만, 권리의 남용의 요건에 해당되는 경우에는 그 권리행사의 제한을 인정할 수 있음을 간접적으로 표현하고 있다.

결국, 주거의 천공조망이익의 침해가 있는 경우에는 불법행위에 따른 손해배상청구 외에 민법 제217조에 근거한 적당한 조치의 내용으로 방지청구권을 행사할 수 있지만, 주거의 전경조망이익의 침해의 경우에는 불법행위에 따른 손해배상 외에 민법 제217조에 근거한 방지청구권은 행사할 수 없다. 다만, 전경조망침해행위가 민법 제2조의 권리남용의 요건에 해당되는 경우에는 권리남용의 효과로서 공사의 중지 등을 청구할 수 있다고 본다.

#### IV. 結論

이상의 검토를 통해 조망이익은 개인적이고 주관적 요소가 강한데 비하여 경관이익은 객관적이고 사회적 요소가 강하다. 그리고 그 구제방법에 있어서도 조망이익은 주로 개인의 재산적 이익의 침해를 구제하기 위한 사법적인 손해배상청구나 방지청구권에 의하지만, 경관이익은 사회적 문화적 환경적 요소가 강하므로 입법을 통한 일반

90) 서울중앙지결 2007. 8. 20. 2007카합1546(흑석동 오륜빌라사건).

91) 대판 2007. 6. 28. 2004다54282(용산 리바뷰아파트 사건).

적 보호나 행정소송을 통한 공법적 구제가 더 적합하므로 양자의 이익은 구별하여 보호할 필요가 있다. 특히 2007년부터 경관법이 제정 시행되고 있다는 점에서 조망이익의 판단에 있어서 경관적 요소보다는 천공조망이익을 중점으로 하여 판단할 필요가 있다.

주거의 조망이익의 침해는 두 가지 측면으로 나타난다. 특정한 자연적 또는 인공적 경관을 바라보는 적극적 요소로서의 全景眺望利益과, 주택의 창면적에서 하늘이 보이는 면적 비율을 의미하는 천공률 침해에 따른 압박감과 폐쇄감을 갖지 않도록 하는 소극적 요소로서의 천공조망이익이 있다. 조망이익은 건강하고 쾌적한 생활을 유지하기 위한 생활이익이므로 그 침해가 인정되면 事後的으로 불법행위에 기초한 손해배상 청구권을 인정할 수 있다. 그러나 조망이익을 침해하였다고 하더라도 私法上的權利로 인정할 만한 실체를 가졌다고 볼 수 없으므로, 민법 제2조의 권리남용이 인정되지 않는 한, 事前的인 방지청구권을 인정할 수는 어렵다고 본다. 다만, 조망이익 가운데 천공조망이익의 침해가 있는 경우에는 일조권의 침해와 유사하게 압박감이나 개방감 상실과 따른 인간다운 생활을 하는데 필수적인 생활환경의 유지를 위해서 민법 제217의 생활방해로 인한 적당한 조치의 내용으로서 그 침해건물의 제거나 예방과 같은 事前的인 방지청구권을 행사할 수 있다고 본다.

주거조망이익은 전경조망이익과 천공조망이익으로 구분하여 파악할 필요가 있고, 사후적인 손해배상청구권을 인정하는 것은 그 권리성을 인정하지 않아도 민법 제750조에 근거하여 청구할 수 있다. 그러나 사전적인 방지청구권은 그 인정근거를 달리하여 보아야 할 것이다. 즉, 전경조망이익의 경우에는 원칙적으로 손해배상청구 외에 사전적인 방지청구권을 인정할 수 없으나, 예외적으로 민법 제2조의 권리남용의 요건을 충족하는 경우에는 그 권리남용의 상태로서 방해물의 제거로서 방지청구가 인정된다고 본다. 그러나 천공조망이익의 침해의 경우에는 민법 제217조의 생활방해로 인한 적당한 조치의 내용으로서 방지청구권이 인정될 수 있다고 본다.

## 참고문헌

- 구재균, “조망권에 관한 판례연구”, 『環境政策研究』, 제7권 제3호, 環境政策學會, 2008. 가을호.
- 權 誠의 4인, 『假處分の 研究』, 博英社, 2002.
- 김 현, “일조권과 조망권대법원 2004. 9. 13. 선고 2004다24212 판결 손해배상-”, 『大韓土木學會誌』, 제53권 제10호, 大韓土木學會, 2007. 8.
- 김경호, “조망이익의 침해와 수인한도론 -대법원 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결-”, 『判例研究』, 第19輯, 釜山判例研究會, 2008, 2.
- 김남욱, “경관의 이익보호에 관한 공법적 고찰”, 『土地法學』, 제29-2호, 한국토지법학회, 2013. 12.
- 김남욱, “조망권에 대한 법적보장”, 『環境法研究』, 第31卷 第3號, 한국환경법학회, 2009. 12.
- 金男旭, “眺望權의 法理”, 『環境法研究』, 第27卷 第1號, 韓國環境法學會, 2005. 4.
- 金明龍 · “尹大成, 眺望利益侵害의 違法性”, 『環境法研究』, 第30卷 第3號, 韓國環境法學會, 2008. 12.
- 김민규, “경관이익의 사법적 보호를 위한 법리 검토”, 『土地法學』, 제30-1호, 한국토지법학회, 2014, 6.
- 김민규, “경관이익침해와 불법행위책임의 만남”, 『土地法學』, 제27-2호, 한국토지법학회, 2011. 12.
- 金世圭, “우리 판례상에 나타난 조망, 경관권에 관한 고찰”, 『環境法研究』, 第27卷 第3號, 韓國環境法學會, 2005. 12.
- 金鍾律, 조망권의 법적 구성론, 『法曹』, 第559號, 法曹協會, 2003. 4.
- 노희승, “조망권 침해에 관한 연구”, 『法學研究』, 第35號, 韓國法學會, 2009. 8.
- 柳昌昊, “眺望權에 관한 研究 - 민법 제217조의 적용가능성을 중심으로 -”, 『法制研究』, 제29호, 한국법제연구원, 2005. 12.
- 文玟燮, “環境侵害에 대한 留止請求”, 『環境法の 諸問題(上) 裁判資料 제94집』, 법원행정처, 2002.
- 문준섭, “조망침해에 대한 사법적 구제”, 『民事判例研究』, 제29권, 박영사, 2007.

- 박진근, “조망권에서 바라본 경관법의 법적 검토”, 『法과 政策研究』, 第8輯 제1호, 한국법정책학회, 2008. 8.
- 배성호, “조망이익의 법적 보호”, 『人權과 正義』, 第356號, 大韓辯護士協會, 2006. 4.
- 徐敏錫, “조망이익의 침해행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위한 요건과 그 판단 기준 및 건물 신축으로 인한 일조망해가 불법행위를 구성하는지 여부의 판단 기준 등”, (2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결 : 공2007상, 1135)”, 『대법원판례해설』, 제67호, 법원행정처, 2008. 상
- 선병욱, “조망이익의 침해와 그 보호”, 『判例研究』, 第18集, 서울지방변호사회, 2005. 1.
- 손윤하, “환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제-일조, 조망 및 생활소음을 중심으로-”, 『저스티스』, 第81號, 韓國法學院, 2004. 12.
- 손윤하, “조망이익 보호요건 및 시공사의 책임”, 『법률신문』, 제3326호, 2004. 12.
- 송오식, “조망·경관권의 침해와 환경권의 사권성”, 『法學論叢』, 제24집, 전남대 법률행정연구소, 2004. 12.
- 송오식, “조망방해와 사법적 구제”, 『比較私法』, 第14卷 第2號, 韓國比較私法學會, 2007. 6.
- 신병동·이재목, “조망방해와 수인한도의 판단기준-대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다 40462 판결을 중심으로-”, 『홍익법학』, 제15권 제3호, 홍익대 법학연구소, 2014. 9.
- 안경희, “眺望權에 관한 小考”, 『財産法研究』, 第23卷 第2號, 韓國財産法學會, 2006. 10.
- 안경희, “환경민사소송의 최근 동향과 쟁점 그리고 향후과제”, 『환경법과 정책』, 제7권, 강원대 비교법학연구소, 2011. 11.
- 양재모, “眺望 등 不動産環境利益의 私法的 保護-眺望利益의 私法的 權利侵害認定與否-”, 『漢陽法學』, 第20卷 第4集, 漢陽法學會, 2009. 11.
- 염정욱, “일조권·조망권의 침해와 그 사법적 구제방안”, 『釜山法潮論集』, 創刊號, 부산지방변호사회, 2006.
- 柳元奎, “民法 第217條 注解”, 『民法注解(V)(郭潤直 編輯代表)』, 博英社, 1992.
- 柳昌昊, “眺望權에 관한 연구-민법 제217조의 적용가능성을 중심으로-”, 『法制研究』, 제29호, 한국법제연구원, 2005.
- 윤의섭, “조망권의 재검토”, 『成均館法學』, 第19卷 第3號 別권, 成均館大 比較法研究

- 所, 2007. 12.
- 尹一九, “사법상 환경권과 예방적 보호수단”, 『民事法學』, 第45卷 第1號, 韓國民事法學會, 2009. 6.
- 윤철홍, “경관법상 ‘경관협정’에 관한 사법적 고찰”, 『法學研究』, 第24卷 第2號, 忠南大 法學研究所, 2013. 12.
- 윤철홍, “경관이의 보호에 관한 사법적 고찰”, 『土地法學』, 제29-2호, 한국토지법학회, 2013. 12.
- 이동원, “일조권 및 조망권에 침해에 대한 판례의 동향”, 『불법행위법의 새로운 동향 (대법원·한국민사법학회 공동주최 학술대회 발표집)』, 韓國民事法學會, 2004. 12.
- 李東遠, “眺望權侵害에 관한 判例의 動向”, 『法曹』, 第589號, 法曹協會, 2005. 10.
- 이상욱·배성호, “경관이의 법적 보호에 관한 연구 : 일본에서의 학설과 판례를 참조하여”, 『比較私法』, 第35號, 韓國比較私法學會, 2006. 12.
- 이승태, “조망권의 보호범위에 관한 판례의 동향”, 『人權과 正義』, 제378호, 大韓辯護士協會, 2008. 2.
- 李應世, “日照權 侵害와 環境訴訟”, 『환경법의 제문제(하) 재판자료』, 제95집, 법원행정처, 2002.
- 이재목, “조망권의 법적 근거와 보호범위”, 『人權과 正義』, 第346號, 大韓辯護士協會, 2005. 6.
- 李泰喆, “眺望權 侵害와 損害賠償請求-대법원 2007. 6. 28. 선고, 2004다54282 판결을 중심으로”, 『東亞法學』, 제40호, 東亞大法學研究所, 2007. 8.
- 전경운, “日照權과 展望權에 관한 小考”, 『延世法學研究』, 제5집 제2권, 연세법학연구회, 1998.
- 全京暻, “日照妨害와 展望妨害成立의 法的 根據와 그 限界-大判 1999. 1. 26. 98다23850, 관례공보 제77호, 351면-”, 『民事法學』, 第18號, 韓國民事法學會, 2000. 5.
- 전경운, 眺望權의 成立與否, 『比較私法』, 第12卷 第2號, 韓國比較私法學會, 2006. 6.
- 정민호, “眺望權의 法理의 再檢討”, 『法學論叢』, 第34卷 第2號, 檀國大 法學研究所, 2010. 12.
- 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. 4.
- 趙鍾炫, “眺望權”, 『환경보전』, 제26권(2004. 11.), 환경보전협회, 2004
- 趙鍾炫, “環境權의 民事法理”, 『債權法에서의 自由와 責任(金亨培教授華甲紀念論文集)』, 博英社, 1994.
- 崔相鎬, 『環境權』, 螢雪出版社, 1998
- 崔義鎬, “일조·조망권과 관련한 일본에서의 논의 및 최근 재판례의 분석”, 『裁判資料』, 第111輯(下), 법원행정처, 2005. 12.
- 허상수, “고층건물의 신축으로 인한 조망·경관권침해”, 『判例研究』, 第12集, 釜山判例研究會, 2001.
- 清水兼男, “公害差止の不法行爲法的構成”, 『民商法雜誌 臨時增刊: 法と權利(1) 臨時增刊』, 第78卷 第1號, 有斐閣, 1978.
- 九山英氣, “日照權의 構成”, 『ジュリスト臨時增刊』, 法律學의 爭點(V) No.3-2 (85.07): 民法의 爭點 II, 1985. 7.
- 吉川日出男, “眺望權序說”, 『民法學と比較法學의 諸相 I』, 信山社, 1996.
- 淡路剛久, “眺望·景觀의 法的保護에 關する 覺書”, 『ジュリスト』, 692號 有斐閣, 1979.
- 淡路剛久, 『環境權의 法理と裁判』, 有斐閣, 1980.
- 大塚 直, “生活妨害의 差止에 關する 最近의 動向と 課題”, 『新·現代損害賠償法講座②』, 1998.
- 阿部泰隆/淡路剛久, 『環境法』, 有斐閣, 2006.
- 玉田勝也, “眺望·展望沮害事件”, 『實務法律大系』, 第6卷(公害), 青林書院新社, 1974.
- 志田祥, “眺望妨害と不法行爲責任”, 『裁判實務大系』, 第16卷, 青林書院, 1978.
- 清瀨信次郎, “眺望權論”, 『亞細亞法學』, 19권1·2號 合併號, 1985.
- 好美清光 외 2人, 『日照·眺望·騒音의 法律紛爭』, 有斐閣, 1999.
- Dieter Medicus, Schuldrecht II, besonderer Teil, 7. Aufl., Rdnr, 780.
- Bamberger/Roth, BGB Bd 2, 2003, §906.
- MünchKomm/Säcker, BGB 3.Aufl. §906.
- MünchKomm/Medicus, BGB 3.Aufl. §1004.
- Staudingers Komm/Karl-Heinz Gursky BGB 12Aufl. §1004.

## [Abstract]

**Consideration of Protection Principle of Case Law for  
Prospect Benefit**

Choi, Chang-Ryeol  
(Prof. Univ. Dongguk, Seoul)

Prospect benefit is an interest in life the owner of a land or a building can enjoy aesthetic satisfaction or mental satisfaction by taking view of surrounding landscape without his or her view not being interrupted due to construction of a nearby building. In that the infringement of prospect benefit enjoys actual benefit by an accidental circumstance that there is no obstacle on the land between the prospect object and the building infringed, it has something in common with the infringement of right to enjoy sunshine. Concerning right to enjoy sunshine, our Supreme Court's precedent recognizes its nature of right, but in case of infringement of prospect benefit, it becomes an object of protection in law, but it is somewhat strict tendency that this is recognized as a right.

And Supreme Court's precedent does not distinguish the infringement of prospect benefit and that of landscape benefit. However prospect benefit has the nature of individual and property benefit, while landscape benefit is an infringement to social and public interest, so there should be a difference in judicial remedy in case of infringement on landscape benefit should make a difference. That is to day, landscape benefit is an interest in life to maintain a healthy and pleasant life, so if the infringement is accepted, then a follow-up claim for damages based on a tort can be accepted. However in that landscape benefit can not be seen as a right having a definite substance to be protected as a right in private law, it looks difficult to accept a prior claim for suspension. And Scenic Conservation Act as a special law to protect landscape benefit was established and has been come into effect since 2007. According to this Act, land owners can enter into a landscape agreement to conserve beautiful landscape and support fund for that, and an action to conclude the landscape agreement can be seen as a contract in private law. If the landscape entered into

and made public through the deliberation of the landscape commission and authorization of local government, it takes effect, which can be said to be a legislation of self-government to regulate its internal side of a partial society.

The infringement of prospect benefit is indicated as two aspects a whole view prospect benefit looking at a specific natural or artificial landscape, a sky prospect benefit as a passive factor not to have a sense of pressure and a sense of closing according to the infringement of sky ratio meaning the ratio of area the sky is seen from the window area in a house. Prospect benefit is an interest in life to maintain a healthy and pleasant life, so if the infringement is accepted, a claim for damages based on a tort can be admitted afterwards. However, if prospect benefit was infringed, but it can not be seen as having a substance acceptable as a right in private law, so long as abuse of right is not recognized under Article 2, the Civil Law, it looks difficult to accept a prior claim for suspension. Provided however in case there is an infringement in sky prospect benefit of prospect benefit, it can be said to exercise a prior claim for suspension about the removal and prevention of the affected building as the content of a proper action due to life nuisance of Article 217, the Civil Law in order to maintain an essential life environment for a living worthy of human dignity according to a sense of pressure and loss of a sense openness in the same way as the infringement of right enjoy sunshine.

주 제 어: 조망이익, 경관이익, 전경조망이익, 천공조망이익, 상린관계, 방지청구권  
Key Words: Prospect Benefit, Scenery Benefit, whole view prospect benefit, Relationships of Adjacency, Injunction