

토지 상공에서의 드론의 비행자유에 대한 제한과 법률적 쟁점

신홍균*

목 차

I. 문제의 제기

II. 재산법적 법률관계에 따른 제한

1. 재산법적 법률관계의 내용
2. 소유권에 대한 방해제거청구권의 근거
3. 위법성 쟁점
4. 결론

III. 인격권 침해 비행의 제한

1. 인격권에 관한 일반적 고찰
2. 인격권 침해제거청구권의 인정근거 및 요건
3. 드론에 의한 인격권 침해
4. 위법성 쟁점
5. 결론 : 공법적 기준의 필요성

IV. 결론

* 국민대학교 법과대학 교수 (E-Mail : sojs@khu.ac.kr).

I. 문제의 제기

하늘이 누구나 이용할 수 있는 자원이라는 생각은 이제 구현될 수 있다. 즉 누구나 그런 수단을 가질 수 있다. 드론이 그것이다. 드론은 혁신적 기술이다. 기동성, 가격 접근성, 조작성 등, 여러 가지 측면에서 기존의 산업과 생활을 바꿀 수 있기에 충분한 성능을 드론은 갖추고 있다. 그래서, 4차 산업혁명을 맞이하여 드론의 이용량은 폭증할 것으로 예상되고 있다. 하늘에는 이제 드론이 왕래하는 항로가 열릴 것이 분명하다고 하겠다. 토지의 수직 상공에 소유권이 미친다는 로마법의 원리가 이제 드디어 진정한 도전자를 만나게 되었다. 하늘을 날아다닐 드론의 비행의 자유가 그것이다.

비행의 자유는 토지 소유권과 상충한다. 누구나 이용할 수 있는 하늘을 날아다니는 누군가의 재산인 드론은, 그 밑의 토지 소유권자의 재산권과 상충한다. 그 상충은 양면성을 갖는다. 공법상의 비행의 자유, 사법상의 재산권의 행사, 그리고 토지에 대한 사법상의 재산권의 행사가 그것이다. 드론의 비행의 자유와 토지 소유권의 상충은 기본권적 이익의 상충이기도 하고, 드론과 토지에 대해서 각각 존재하는 소유권간의 상충이기도 하다. 각각의 소유권을 인정하면, 이제 하늘은 산산이 파편화되고, 하늘은 누구나 이용할 수 있는 자원이지만, 토지 소유자 누구든지 드론을 배제할 권리를 행사하려고 할 것이다.¹⁾

일정 중량 이상의 드론은 공법상의 비행승인제도 및 등록제로 관리되고, 드론 각각의 위치정보, 용도 정보 등이 관리되는 시스템에 의해서²⁾, 공법상의 안전규제가 시행되고 있다. 다만, 그러한 안전규제의 영역 외의 드론³⁾이 현재에 비해

1) 예컨대, 드론이 사용하는 주파수를 방해하여 드론과 조정자간의 통신을 두절시켜서, 드론을 수직 방향으로 추락하게 하는 anti-drone jammer가 시판되고 있다.

<https://www.perfectjammer.com/drone-signal-jammers.html>

2) 현행 항공법 제2조 개념 정의에 따르면, 초경량비행장치 개념에 무인비행장치가 포함되고, 동법 시행규칙에 따르면 무인동력비행장치의 개념에는 연료의 중량을 제외한 자체 중량이 150킬로그램 이하인 무인비행기 또는 무인회전익비행장치가 포함된다. 자체 중량이 150킬로그램을 초과하는 기기중에서 사람이 탑승하지 아니하고 원격조종에 의하는 기기는 항공안전법 시행규칙 제2조의 개념 정의에 따르면 “항공기”로 정의된다. ; 드론의 법적 개념 정의에 관한 연구로는 김성미, “드론의 현행 법적 정의와 상업적 운용에 따른 문제점”, 한국항공우주정책·법학회지, 제33권제1호, 한국항공우주정책·법학회, 2018.6.30., 3-43면을 참조함

서 폭증할 것으로 예상되며, 이는 드론의 소유자와 토지 소유자간의 다양한 법률적 다툼이 증대할 가능성을 예고하고 있다. 이제는, 드론의 사생활침해의 우려만이 아니라, 드론의 비행이 위축되는 우려도 제기된다. 본 연구는 그러한 드론, 즉 비행계획의 승인을 득할 의무가 면제되는 25킬로그램 이하의 드론, 특히 그중에서도 조종증명 의무도 면제되는 12킬로그램 이하의 자체중량을 갖는 드론을 중심으로 살펴보고자 한다.

드론의 비행에 대해서는 현재까지는 주로 그로 인한 피해에 대해서 많은 연구 논문이 발간된 바 있지만⁴⁾, 드론의 비행의 자유에 대한 연구는 상대적으로 미진하다고 보인다. 이에 본 연구는 드론 비행의 자유를 중심으로, 그러한 자유의 행사와 제한에 관한 법률적인 논점에 대해서 살펴보고자 한다. 이를 위해서, 본 연구는, 드론 비행의 자유와 토지 소유권간의 상충 문제를 한편으로는, 재산법적 법률관계로 파악하고, 다른 한편으로는 그 자유와 토지 소유권간의 관계를 인격권으로서의 사생활보호이익에 대한 침해 관계로 파악하고 살펴봄으로써, 드론

-
- 3) 최대이륙중량이 25킬로그램 이하인 무인비행기 또는 무인회전익비행장치는 비행계획의 승인의무로부터 면제되며, 항공안전법 시행규칙 제66조의2에 따라서, 자체무게가 12킬로그램 이하인 무인비행기 또는 무인회전익비행장치가 사업에 사용되는 경우에 조종자 증명이 요구되지 않는다. 항공안전법 시행규칙 제306조에 따르면, 무인비행기, 무인헬리콥터 또는 무인멀티콥터 중에서 연료의 중량을 포함한 최대이륙중량이 250그램을 초과하는 무인비행장치에 대해서는 조종증명이 요구되고, 그 이하인 장치에 대해서는 요구되지 않는다. 항공안전법 제122조 및 시행령 제24조에 따라서, 무게 연료의 무게를 제외한 자체무게가 12킬로그램을 기준으로, 그 기준을 초과하는 초경량비행장치는 신고의무가 부과된다. 즉 초경량비행장치의 종류, 용도, 소유자의 성명, 개인 정보 및 개인위치정보의 수집 가능 여부 등을 국토교통부장관에게 신고하여야 한다. 초경량비행장치 신고를 받은 국토교통부장관은 그 초경량비행장치소유자 등에게 신고번호를 발급하여야 하며, 초경량비행장치소유자 등은 발급받은 신고번호를 해당 초경량비행장치에 표시하여야 한다.
 - 4) 김선이, “무인항공기의 사생활 침해에 관한 법적 고찰”, 동아법학 제65호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 267-299면 ; 김선이, “무인항공기의 사생활 침해에 대한 법적 대응: 미국 정책, 입법안 분석을 중심으로”, 한국항공우주정책·법학회지, 제29권제2호, 한국항공우주정책·법학회, 2014.12.30., 135-161면 ; 류창호, “드론의 운행과 토지소유권의 침해”, 경희법학, 제50권 제4호, 2015. 232-279면 ; 류창호, “토지소유권의 상하범위에 관한 연구 - 지하공간에 대한 한계심도와 대심도의 차별적 권원취득을 중심으로”, 외법논집 제7집(1999) ; 박신욱, “무인항공기에 의한 소유권 및 사생활 침해에 관한 연구”, 민사법학 제70호(2015.3) ; 박창석, “무인항공기와 사생활의 자유”, 공법연구 제43집 제3호, 한국공법학회 2015.2, 281-304면; 백수원, “프라이버시 보호를 위한 무인항공기(드론) 규제 개선 방안 연구”, 성균관법학 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2016.3, 313-340면

비행의 자유를 도모할 수 있는 이론적 연구 결과를 도출해 보고자 한다.

II. 재산법적 법률관계에 따른 제한

드론의 비행은 공역(air space)을 이용하는 것이고, 그 공역은 공법과 사법이 동시에 경합과 조화속에 적용되는 영역이다. 공역이라는 공간에 대해서는 항공안전법 등의 공법이 적용되고, 동시에 토지 소유권에 관한 사법이 적용된다. 공법과 사법은 공역을 이용할 권리를 두고서 경합한다. 공법과 사법의 이원화 체계에서 그러한 경합은 불가피하다고 생각되기도 하지만, 그 조화는 이론상으로나 판례상 모색되기 마련이고, 공역에 대해서도 마찬가지일 것이다.

그러한 조화의 모색은 경합의 내용에 대한 포착으로부터 출발한다. 공역에 대한 경합의 내용은, 공법의 경우는 공역을 비행할 공법상 권리와 이익, 그래서 그 권리와 이익을 실현하기 위해서 드론이라는 재산을 사용할 권리와 이익, 그리고 사법의 경우는, 토지를 사용, 수익할 권리와 이익이다. 그래서 공법과 사법의 경합의 내용은 비행의 자유와 토지 소유권의 상충이고, 이는 곧 재산법적 법률관계로 파악된다.

1. 재산법적 법률관계의 내용

1.1. 드론 비행의 자유

헌법 제23조에 따라서, 모든 국민의 재산권은 보장되며 그 내용과 한계는 법률로서 정해진다. 즉, 재산권은 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성된다. 다만, 그러한 형성에 있어서 입법자의 입법재량은 제한을 받는다. 그 논거는 재산권이 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하므로 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유 실현의 물질적 바탕을 의미하며 자유와 재산권은 상호 불가분의 관계라는 점이다.⁵⁾ 입법자의 입법형성의 자유의 제한

에서 더 나아가서, 일부 학설은, 재산권은 입법자에 의한 형성이 없더라도 인정되어야 한다고 본다. 즉, “어떠한 재산을 사용, 수익할 수 있는 사적 유용성과 원칙적인 처분권을 본질로 하는 재산권은 법률로 구체적인 내용과 한계가 형성되어 있지 않는 경우에도 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 인간의 자주적이고 주체적인 삶을 이루어나가기 위한 범위에서 헌법적으로 보장되어 있어야 한다.”⁶⁾

드론의 경우, 항공안전법 제127조는 “국토교통부장관이 초경량비행장치의 비행안전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는” 그 비행을 제한하는 공역을 지정하여 고시할 수 있음을 규정하고 있다. 즉 그러한 공역에서는 드론이라는 재산권의 행사가 제한된다. 특히 동 규정은 그러한 비행안전의 필요라는 특정한 필요가 있는 경우에 비행을 제한하므로, 원칙적으로 금지하지 않는다는 전제를 담고 있다, 그래서 드론의 비행은 금지된 상태가 면해지는 것이 아니라 원래 금지되지 않은 행위라고 보인다. 즉 드론의 비행의 자유는 인정된다고 추정된다.

그러한 비행의 자유는 항공안전법의 이와 같은 입법 태도만이 아니라 드론이라는 장치에 대해서 소유자가 갖는 일정한 재산권에 근거한다고도 볼 수 있다. 즉 위에서 살펴 본 바와 같이 특별한 형성입법이 없어도 재산권의 성립은 인정되며 드론의 경우도 이에 해당한다고 볼 수 있다. 예컨대 드론을 시장에서 구입한 소유자는 해당 드론을 사용하고 수익할 재산권을 갖고 있음은 당연하고, 그 재산권에는 드론의 비행의 자유가 포함된다고 볼 수 있다. 또한 항공안전법의 위와 같은 규정은 그러한 자유의 존재를 추정하게 하는 근거가 될 수 있다. 요컨대, 드론의 비행할 권리는 사실상의 비행할 권리가 아니라 법률로 보다 구체화된 권리이다.⁷⁾

1.2. 토지 상공에의 소유권

민법 제212조는 “토지의 소유권은 정당한 이익있는 범위내에서 토지의 상하에 미친다”고 규정하고 있다. 통설에 따르면 정당한 이익의 개념은 일반적 정의

5) 헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정

6) 이명웅, “헌법 제23조의 구조”, 헌법논총, 헌법재판소, 제11집, 2000, 315-317쪽

7) 재산권의 형성에 관한 헌재 결정례는 헌재 1993. 7. 29. 선고 92헌바20 결정; 헌재 2000. 2. 24. 선고 97헌바41결정 ; 헌재 2000. 6. 29. 선고 98헌마36 결정

라기보다는 구체적 거래관념에 따라서 결정되어야 한다.⁸⁾ 항공기의 비행에 관련된 거래관념이 쟁점이 되는 관례(이하 “헬기 하강풍 방해 사건”이라 칭함)에서, 법원은 정당한 이익의 존재와 그에 따른 토지 상공에 대한 소유권을 인정한 바 있다.⁹⁾

1.2.1. 헬기 하강풍 방해 사건 : 사건의 경과

헬기 착륙장 인근의 병원을 경영하고 있는 원고는 2010년4월 대전광역시 서구청장에게 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설(사무소)에서 장례식장으로 변경해 달라는 내용의 허가신청을 하였다. 그러나 대전광역시 서구청장은 신청 접수 약1주일 후에, 충남지방경찰청장으로부터 장례식장을 이용하는 이용객들의 안전을 보호하기 위하여 허가를 제한하여야 할 중대한 공익상의 필요가 있어 부동의한다는 의견이 있다는 등의 이유로 위 건축물용도변경 허가신청을 불허하겠다는 내용의 처분을 하였다.¹⁰⁾ 이에 원고는 2010년10월 대전광역시 서구청장을 상대로 용도변경 불허가처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대해 법원은 2011년8월10일자 선고에서 “헬기의 하강풍으로 인하여 장례식장에 왕래하는 사람들이나 물건들에 심각한 피해를 입힐 우려가 큰 것으로 보이고, 이는 이 사건 건축물의 용도를 장례식장으로 변경하는 것을 거부할 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에 해당된다”는 등의 이유로 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 이에 대한 원고의 항소와 상고가 모두 기각되어 위 판결이 그대로 확정되었다.

이와 같이 토지의 이용이 헬기의 비행으로 인해서 방해를 받는 사실관계에서, 1심 법원은 헬기가 토지의 소유권이 미치는 토지의 상부를 통과한다고 보았다. 다만, 금지청구를 수용할 만큼의 방해는 아니고 수인한도내에 있는 방해라고 보았다.¹⁰⁾ 반면에 2심은 “이 사건 토지의 소유권이 미치는 이 사건 토지의 상공 부분을 헬기의 이·착륙 항로로 사용함으로써 이 사건 토지에 대한 원고의 소유권을 침해”하고 있다고 판단했다. 또한 타인 토지의 상공 부분을 권원없이 사용할 수는 없다고 판시하면서 헬기가 소유권이 미치는 상공을 비행했다고 설시했

8) 류창호, 전제논문, 673면

9) 대법원 2016.11.10. 선고 2013다71098 판결

10) 대전지방법원 2012. 8. 16. 선고 2010가합7823 판결

다.. 다만 1심과 달리 토지의 소유권 행사를 방해하고 있다고 보고 소유권의 직접적 침해를 인정하면서 비행금지를 명했다.¹¹⁾ 한편, 3심은 “헬기의 이·착륙 항로로 사용되는 이 사건 토지의 상공 부분에 대하여 정당한 이익이 있다 할 것이므로 이 사건 토지 소유권은 그 상공 부분에 미친다”고 판시하고 있다.

1.2.2. 헬기하강풍방해 사건 : 토지 소유권의 범위

2심과 3심은 그 논증 방식과 토지 소유권에 대한 전제에 있어서 차이를 보여주고 있다. 3심은 2심에 대해서 “원심은 피고가 이 사건 헬기장에 헬기를 이·착륙시키면서 이 사건 토지의 소유권이 미치는 상공 부분을 헬기의 이·착륙 항로로 사용함으로써 이 사건 토지에 대한 원고의 소유권을 침해하고 있으므로, 원고는 이 사건 토지의 소유권에 터 잡아 피고를 상대로 이 사건 토지의 상공을 헬기의 이·착륙 항로로 사용하는 행위의 금지를 구할 수 있다고 판단”하였다고 설시하였다. 판결문에 따르면, 3심은 위와 같은 설시에 바로 이어서, “사실관계를 거래관념에 비추어 보면, 원고는 헬기의 이·착륙 항로로 사용되는 이 사건 토지의 상공 부분에 대하여 정당한 이익이 있다 할 것이므로 이 사건 토지 소유권은 그 상공 부분에 미친다 할 것”이라고 설시하고 있는 바, 3심의 논증에서는 “토지의 상공 부분에 대하여 정당한 이익”이 있어서 토지 소유권이 상공 부분에 미친다. 이 논증은 2심에 대해 3심이 파악한 내용과 대비된다. 즉 3심이 파악한 2심의 논증은 “토지의 소유권에 터 잡아” 이 사건 행위의 금지를 구할 수 있다는 것이다.

3심의 논증은 2심의 파기환송의 논거를 밝히는 부분에서도 2심의 논증과 구분된다. 3심은 “소유권에 터 잡아”라는 표현을 다시 사용하면서, 2심이 그와 같은 태도로 “토지 상공의 비행으로 인한 토지소유자의 정당한 이익 침해에서 참을 한도 및 방해의 제거 및 예방 등 방지청구권에 관한 법리를 오해”하고 있다고 판시하고 있다. 이에 따르면 참을 한도에 대한 판단은 “토지 상공의 비행으로 인한 토지소유자의 정당한 이익 침해”를 대상으로 한다. 이와 같은 2심과 대비되는 3심의 논증에 따르면 참을 한도에 대한 판단은 정당한 이익을 대상으로 하고, 그 정당한 이익이 있다면 토지 소유권은 그 상공 부분에 미친다.

11) 대전고등법원 2013. 8. 27. 선고 2012나4891 판결

1.2.3. 학설

일반적으로 학설상, 항공기의 비행은 원칙적으로 토지소유권을 침해하지 않지만 낮은 고도의 비행은 소유권의 침해로 될 수 있다고 한다.¹²⁾ 반면 토지소유권은 지상의 무한대까지 미치는 것이 원칙이고, 정당한 이익이 없는 경우에는 토지소유권의 효력이 미치지 않는 것으로 보기도 한다.¹³⁾ 위 판례의 사실관계 및 판례의 논증에 대해서, 일부 학설은 피고가 토지 상공을 비행하는가의 문제는 원고의 토지 활용 범위 문제가 되고, 해당 상공은 토지 소유자의 정당한 이익이 있는 범위 내에 있다고 볼 수 있다고 보고 있다.¹⁴⁾ 또한 다른 학설은 토지의 사용에 장애가 발생하기 때문에 정당한 이익이 인정된다고 보고 있다.¹⁵⁾

2. 소유권에 대한 방해제거청구권의 성립

2.1. 드론에 의한 방해행위태양

일반적으로, 소유권침해의 모습은, 먼저 적극적인 침해로서 토지 울타리를 무너뜨리거나 축대를 붕괴시키는 등과 같이 물건의 직접적인 손상이나 훼손을 발생시키는 직접적 침해, 침해자 자신의 토지나 건축물에서의 행위로 인해서 인근 토지의 일조량을 줄이거나 조망을 방해하는 등의 소극적인 침해, 인접한 토지나 주택에 오염물질을 매개체로 하여 토지, 공기 또는 정숙한 환경에 침해를 일으키는 간접적인 침해, 주택단지에 인접하는 러브호텔, 불쾌한 냄새를 발산하는 영안실 등과 같이 인접한 토지나 건축물의 소유자에게 심리적인 침해를 발생시키는 관념적 침해 등으로 구분될 수 있다.

토지 상공에 발생원이 있는 직접적 방해로서 대표적인 것은 전술한 헬기강풍

12) 이은영, 「물권법」 제4판, 박영사, 2006, 425면. 류창호 전계논문에서 재인용

13) 관윤직 대표집필, 「민법주해(V)」, 박영사, 2007, 172면(김상용 집필부분) 류창호 전계 논문에서 재인용

14) 한승수, “항공기 비행에 의한 피해와 민사적 쟁점 - 대법원 2016.11.10. 선고 2013다 71098 판결의 검토”, 중앙법학회, 중앙법학 제22집 제1호 2020년 3월, 104면

15) 권영준, “토지 소유권이 토지 상공에 미치는 범위”, 민법판례연구 I, 박영사, 2019. 6. 28, 90면 “이, 착륙으로 인하여 발생하는 헬기의 하강풍이 토지 상공에서 지표까지 미친다는 점도 원고가 Y토지를 자신이 원하는 형태로 사용, 수익하는 데 큰 장애가 되었다. 따라서 이 상공 부분은 토지 소유자의 정당한 이익이 미치는 부분이다.”

방해 사건에서의 강풍이지만, 15킬로그램 이하의 드론은 그러한 강풍을 발생시키지는 않는다고 판단된다. 반면에 토지 상공에서 비행하는 드론이 소유자의 사생활을 관찰하는 방해는 직접적 방해이다. 이는 후술하게 될 인격권으로서의 사생활보호 이익에 대한 침해이다. 이 경우에 정당한 이익이 미치는 범위, 즉 방해가 연원하는 높이는 영상정보기기가 사생활 보호이익을 침해할 수 있는 고도라고 할 수 있다.

또한, 드론의 비행은 그 비행이라는 행위 자체만으로도 방해를 구성할 수 있다.¹⁶⁾ 토지 상공에서 비행하는 드론이 추락할지도 모른다는 우려, 사생활 공간에 근접한다는 불안 등으로 인해서 토지 소유자가 받는 정신적 불편함이나 불안감은 토지의 이용에 방해에 이를 수가 있다. 예컨대, 2018년7월16일, 3살과 7살 딸들과 같이 자신이 거주하는 주택 앞마당에 있던 토지 점유자가, 주택 앞마당을 비행하는 드론을 본인 소유의 공기총으로 격추하는 사건이 발생한 바 있다. 당시 드론의 고도는 5 내지 15미터였던 것으로 법원 판결문은 적시하고 있다. 독일 1심 법원은 그러한 격추 행위가 긴급피난의 요건을 충족한다고 판시하면서, 재물손괴죄를 부정하였다.¹⁷⁾ 이 판결은 드론으로 인한 위협의 존재와 방해를 인정한 것으로 해석되며, 우리 민법상 “관념적 방해”가 인정된 사건이라고 볼 수 있다.

우리 판례상 그러한 관념적 방해, 즉 불쾌감과 위압감으로부터 보호받을 생활이익의 존재를 인정한 판례로는 이른바 “봉은사 사건”이 대표적이다.¹⁸⁾ 봉은사 사찰 안을 인접 건물에서 내려다 볼 수 있다는 점에서 토지의 이용이 침해된다고 법원은 판시하였다. 이 사건에서 법원은 “사찰에서 수행하는 승려나 불공 등을 위하여 출입하는 신도들에게도 그들의 일상생활이나 종교활동 등이 감시되는 듯한 불쾌감과 위압감을 불러일으킴으로써 결국 원고 사찰이 종래 유지하여 온 조용하고 쾌적한 종교적 환경이 크게 침해될 우려”, 즉 “관념적 방해”를 인정

16) Hillary B. Farber, “Keep Out! The Efficacy Of Trespass, Nuisance And Privacy Torts As Applied To Drones”, 33 GASTULR 359 Georgia State University Law Review (Approx. 62 pages). 드론의 비행으로 인한 생활방해(nuisance)에 관한 연구로서, 드론의 비행만에 의해서 자신의 생활이 방해받는다라는 일종의 증거가 수립될 수 있다고 보는 학설(400면)

17) 김성미, “항공우주정책법학회지 제35권제1호, 2020.3.31., 15-16면

18) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결

하였다.¹⁹⁾ 위 판결에서 법원은 그러한 생활이익의 보호를 위해서 민법 제214조에 기한 소유권 방해제거청구권을 인용하였다.

2.2. 관념적 침해에 대한 방해제거청구권의 근거

이러한 관념적 침해와 같이 직접성이나 공간적·물적 침해가 없는 방해에 대하여 일부 학설은 방해배제청구권을 원칙적으로 부정하고 예외적인 경우에만 인정하는 입장이고²⁰⁾ 반면에 일부 학설은 침해의 유형과 상관없이 타인의 정당한 이익이 있는 소유권에 대한 수인한도를 넘는 침해가 있는 이상 방해로 보아야 한다는 입장이다.²¹⁾ 이에 관념적 침해에 대한 방해제거청구권의 근거에 대한 검토가 필요하다.

관념적 침해의 방해제거의 근거를 민법 제214조 또는 제217조에서 찾는가에 따라서 학설은 나뉜다. 먼저 민법 제217조에 따른 생활방해에 포섭되는가를 중심으로 살펴보면, 이에 대한 부정설은 동 조항에 따른 방해는 매개체를 요건으로 하는데, 관념적 침해는 그러한 매개체를 필요로 하지 않는다는 입장이다. 따라서 관념적 침해에 대한 방해제거청구권이 성립한다면, 이는 제214조에 포섭된다는 입장이다. 긍정설은 우리 민법이 물리적 침해와 정신적 침해를 구분하지 않으므로, 정신적 침해인 관념적 침해도 제217조에 포섭된다는 입장이다. 따라서 제214조와 제217조간의 체계적 관계에 대한 검토가 필요하다.

2.2.1. 민법 제214조와 제217조의 관계

두 조문의 관계에 대해서 일부 학설은 두 조항의 적용 영역은 상이하지만 방해제거청구의 근거를 하나라고 본다. 즉 민법 제217조에 포섭되는 방해에 대한

19) 대법원 1999. 7. 27 선고 98다47528 판결

20) 郭潤直 편집대표, 民法注解[V], 박영사, 1992, 245-246면(梁彰洙); 註釋民法 物權(1), 507-508면(金先錫). ; 김진우, “독일법상의 소유물방해제거청구권의 ‘방해’”, 재산법연구 제29권 제4호, 한국재산법학회, 2012, 40-43면. ; 이종덕, “증강현실 기술의 활용과 물권 침해 - 포켓몬GO 게임을 중심으로”, 한양대학교 법학연구소, 법학논총, 2017, 25면에서 재인용

21) 김형석, “소유물방해배제청구권에서의 방해의 개념 -대법원 2003.3.28. 선고, 2003다5917 판결의 평석을 겸하여-”, 법학 제45권 제4호 (2004), 서울대학교 법학연구소, 402-403면.

제거청구는 제214조에 근거한 것이라고 보는 입장이다,²²⁾ 이에 반해서 일부 학설은 217조에 포섭되는 방해에 대한 제거청구는 212조가 아니라 217조에 규정된 조치라는 개념에 근거한다는 입장이다.

둘째, 수인한도를 둘러싸고, 217조는 수인한도론이 적용되고 214조는 수인한도가 적용되지 않는다면, 두 조항의 적용 영역이 같다고 보는 논리적으로 모순이라고 보는 학설이다. 이에 따르면 두 조문의 적용 영역은 다르다고 보아야 한다는 설이다. 예컨대, 민법 제217조가 무형적 경계의 침해에 대해 다루고 있다는 점을 고려한다면, 유형적 경계의 침해의 경우에는 민법 제214조만이 고려된다는 입장이 이 견해이다.²³⁾

셋째, 위 둘째의 학설에 대립되는 설로서, 214조에 포섭되는 방해행위의 위법성 판단에 있어서 방해자와 방해받는 자간의 관계를 고려하여 후자의 수인한도를 고려함이 판례와 다수 학자들의 견해라고 보는 입장이다. 이에 해당하는 판례로는 이른바 “부산대 사건”이 손꼽힌다.²⁴⁾ 인근 건축물이 증축되면서 부산대의 교육환경이 저해됨을 이유로, 부산대가 제기한 유지청구에 대해서 법원은 “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 있다”고 실시하면서 유지청구를 인용하였다. 학설은 이 판례에서의 쟁점 방해가 민법 제214조의 요건을 충족한 것이 명백하기 때문에 동법 제217조의 성립여부를 물을 필요가 없다는 의미라고 본다.²⁵⁾

사건으로는, 제214조는 소유권의 방해, 제217조도 마찬가지로 소유권의 방해이지만, 인접한 주민이 살아가면서 불가피하게 발생시키는 방해를 인접 주민이 수인하게 할 의무를 규정한다고 해석한다면, 두 조항의 관계는 전체집합과 부분집합의 관계라고 봄이 타당하다고 판단된다.²⁶⁾ 그러나, 전체집합과 부분집합의 관계로 보는 입장이 논리적인 설명이 되지 않는 경우가 있다. 즉 부분집합에 속하지 않지만 전체집합에 속하는 경우에, 예컨대, 민법 제217에 포섭되지 않는 방해인데 수인한도론이 적용되는 경우이다. 위의 부산대 사건이 이 경우에 해당한다.

22) 안경희, “관념적 침해에 대한 소고”, 재산법연구 제20권 제2호, 2003년, 75면 “

23) 박신욱, 전개논문, 423면

24) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결

25) 윤용석, “생활방해와 소유권의 침해”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구, 2006, 36Page

26) 박준서 편집대표, 주석민법, 제217조(이상태 집필부분), 541면

2.2.2. 관념적 침해에 대한 수인한도론의 적용

214조와 217조간의 구분 및 그 관계에 대한 논의는 수인한도를 적용하는 판례와 학설의 일치를 꾀함에 있지만 큰 실익은 없어 보인다. 반면에 수인한도를 적용함이 논리적으로 타당하다고 보는 이유가 여러 견해들에서 제시되고 있다.

앞의 부산대 사건을 소극적 방해라고 파악하면서 일부 견해는 “소극적 방해는 방해자의 권리 행사에 기인하는 것이므로 방해를 받는 자는 통상 이를 수인할 의무가 있다고 해석”된다고 본다.²⁷⁾ 이 견해에서는, 그래서, 그 수인한도를 초과한다고 평가되면 그에 대한 방해제거청구권은 성립한다고 본다. 또 다른 견해에서는 관념적 침해가 수인한도론의 적용 대상이 되는 근거를 제217조 제2항의 인용기준을 유추적용하여야 한다는 점에서 찾는다.²⁸⁾

이러한 소유권에 대한 관념적 침해의 경우에 수인한도를 보는 입장은 침해의 위법성 판단이 당연히 요구된다는 전제에서, 소유자의 이익과 상대방의 이익이 비교 형량됨이 자연스럽다는 태도에 따르고 있다고 판단된다. 즉 적극적 침해의 위법성은 소유권의 절대성에 근거해서 당연히 있다고 보는 반면에, 관념적 침해는 적극적 침해에 비해 간접적이고 약한 방식의 침해라고 볼 것이므로 방해로 인해 야기되는 상대방의 피해 정도에 대한 비교형량에서 이러한 점을 고려하면 족하다는 입장이다.²⁹⁾ 이러한 학설의 입장은, 사건으로는, 관념적 침해의 위법성을 판단함에 있어서, 침해의 정도에 맞추지 않고 적극적 침해의 경우와 같이 취급하는 것은 적절하지 않다는 점에 근거하고 있다고 판단된다.

요컨대 관념적 침해에 대한 방해제거청구권의 근거가 제214조 아니면 제217조인지에 대해서는 불확실하더라도, 그 침해의 위법성을 판단함에 있어서 수인한도론을 적용함이 침해의 정도에 맞추어서 방해제거청구권의 성립 여부를 판단하게 한다는 장점을 갖는다. 그러한 적용은 민법 제214조에 근거한 물권적 청구권으로서 수인한도를 따지지 않고 관념적 침해의 위법성을 인정하는 태도에

27) 김재형, “所有權과 環境保護 — 民法 제217조의 意味와 機能에 대한 檢討를 중심으로 —”, 民法論 I, 박영사, 2004 403면

28) 안경희, 전계논문 76면

29) 방해제거청구권의 요건 중 하나로 ‘위법성’을 들면서 소유권의 보호와 대립하는 상대방의 일정한 이익에 의하여 뒷받침되는 경우에 이들 이익을 비교형량하여 방해의 허용여부를 정하는 것이 중요한 의미를 가진다고 설명하는 견해가 있다, 양창수, 권영준, “권리의 변동과 구제”, 박영사, 2017, 458면, 이종덕 전계논문에서 재인용

비해서 자기책임의 원칙에 보다 충실히 부합한다고 볼 수 있다.

3. 위법성 쟁점

전술한 바와 같이 토지 상공에 대한 정당한 이익이 있고, 또한 도론은 비행할 권리를 갖는다면, 이는 법적 이익간의 상충이다. 헌법의 간접적 효력설에 따르면 그러한 상충은 이익형량에 의해서 해결될 수 있다. 그러나 전술한 헬기 하강 풍 방해 판례에서 법원은 강화된 수인한도 기준에 따라서 판결한 바 있다. 또한 전술한 바와 같이, 토지 소유권에 대한 관념적 침해에 대해서는 수인한도론을 적용함이 타당하다.

3.1. 기본권 상충시의 이익형량

헌법은 기본권의 근거가 되고, 두 국민은 기본권의 주체이고, 따라서 두 주체간의 관계는 기본권관계이다. 기본권관계는 사법을 통해서 규율되고, 헌법은 효력상 우위의 지위를 갖지만 적용상 우위의 지위를 갖지는 않는다. 이러한 입장의 근거에는 국민은 사인이고 사인 서로간의 관계는 사적자치가 원칙인 사적질서의 영역이고, 이는 공법의 하나인 헌법이 적용되는 영역과 구별된다는 입장이 자리잡고 있다.

우리 판례와 학설은 기본권의 간접적 적용설(기본권의 간접적 효력)을 취하고 있다. 간접적 효력설이 다수설인 이유는 공법 질서와 사적자치와의 조화를 위해서 기본권이 날 것 그대로 사법관계에 적용되지 않게 함에 있다고 보고 있다.³⁰⁾ 헌법재판소는 노동조합의 집단적 단결권과 근로자의 단결선택권이 상충한 사건에서, "두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(=규범조화 적 해석) 등을 들 수 있"다고 판시한 바 있다.³¹⁾

이를 구체적으로 살펴 보면, 헌법의 기본권 규정은 민법의 내용을 형성하고

30) 허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌법재판소, 헌법논총 25집, 2014, 5~64 page

31) 헌재 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95,96,2003헌바9(병합) 결정

그 해석기준이 됨으로써 간접적으로 사법관계에 효력을 미친다는 점이 전제되고,³²⁾ 첫째, 하나의 법률관계를 둘러싸고 상이한 법적 이익이 충돌하는 경우에, 인격권이 재산권에 우선하는 등의 기본권간의 서열에 따를 수 있고, 둘째, 그러한 경우에 어느 쪽 이익이 더욱 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 행위의 최종적인 위법성 유무가 판단된다.³³⁾ 셋째, 재산권적 이익이 아니라, 특히 인격권으로서의 이익이 쟁점이 되는 경우에는 추상적인 이익형량에 의하여 양자택일식으로 어느 하나의 기본권만을 쉽게 선택하고 나머지를 희생시켜서는 안되며, 충돌하는 기본권이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점을 찾으려 노력함이 원칙이다. 예컨대, 종교 교립학교에서의 종교교육이 종교의 자유를 침해해서 불법행위를 구성함을 이유로 제기된 소송에서, 대법원은 사립 학교의 교육 내용에 대한 제한은 위헌이 아니라고 전제하면서, 학생의 종교의 자유와 학교의 권리, 양자의 기본권 모두 인격적 가치 및 자유권적 가치를 가지므로 추상적인 이익형량만으로는 우선하는 기본권을 정할 수 없다고 판시했다.³⁴⁾

드론과 토지 소유권간의 방해관계를 재산권적 관계로 한정해서 볼 때에, 위의 세 가지 기준이 적용될 여지는 없으므로, 드론과 토지의 이익간의 우열을 비교하는 이익형량에 따라서 위법성을 판단함이 타당하다.

3.2. 추상적 이익형량과 수인한도

3.2.1. 추상적 이익형량과 수인한도론의 적용 여부

방해제거청구권과 같은 물권적 청구권의 성립을 위해서 수인한도 초과가 요구되는가에 대해서는, 절대적 지배권으로서의 소유권에 대한 침해를 대상으로 하므로, 원칙적으로 위법성의 판단이 요구되지 않는다고 본다. 그러나 전술한

32) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결(공2010상, 897): “헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법(私法)을 포함한 모든 법영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다.”

33) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2008다42430 판결

34) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 판결

헬기 강풍방해 사건에서 3심은 이익형량이 요구됨을 판시하면서 원심을 과기 환송하였다. 법원은 “토지 상공에 대한 정당한 이익이 ‘참을 한도’를 넘어 침해되어 원고가 피고를 상대로 그 금지를 청구할 수 있다고 단정하기 어렵다”고 판시하고 있다.

물권적 청구권의 인용에 있어서, 법원이 제217조에 따라서 수인한도론을 적용했다고 보기도 하나, 판결문에 따르면, 법원은 제217조가 아닌 제214조만을 검토의 기초로 삼았다. 제214조만에 따른다면 수인한도의 초과를 논증할 필요없이 방해제거청구를 인용함이 법리상 허용되지만, 법원은 불법행위에 따른 손해배상책임의 성립에 대해서는 수인한도가 초과되어야 함을, 그리고 방해제거청구의 인용을 위해서는 이익형량이 요구된다고 판시했다. 이러한 법원의 입장은 일반적인 경향이고 합리적인 의의를 갖는다고 평가되고 있다. 예컨대, 물권적 청구의 인용을 다투는 사건에서, 법원이 원고측의 수인한도를 따지지 않고 방해배제청구를 인용하면, 혹시 원고측의 수인의무가 인정되는데 동시에 피고의 방해제거의무도 인정되는, 즉 청구이유별 판결 결과가 상충하는 모순이 발생하므로, 수인한도를 따지는 입장이 타당하다.³⁵⁾

토지 상공을 비행하는 드론에 의한 방해의 경우에도 그러한 측면에서 추상적 이익형량 내지는 수인한도를 물음이 타당하다고 판단된다.

3.2.2. 판단의 요소

위 판례에서 법원은 손해배상청구 사건에서의 수인한도와 유지청구 사건에서의 이익형량을 다르게 취급한다는 전제에서 판단하고 있다. 다수의 유지청구 소송에서도 법원은 손해배상 소송에서의 수인한도 보다 엄격한 기준을 적용하고 있다. 즉 소음 등의 방해제거를 위한 유지청구 소송에서는 회피조치가 갖는 경제적 비용이 고려된다. 예컨대, 고속도로 소음을 제거하는 조치는 고속도로라는 사회 인프라 시설의 공공성만이 아니라 고속도로를 이용하는 제3자의 이익도 관련된다. 법원은 “방음대책 이행으로 인하여 피고 등이 받게 될 이익과 원고 및 이 사건 고속도로의 이용자들이 받게 될 불이익 등을 비교, 교량하였어야 한다”라고 판시하고 있다.³⁶⁾ 드론의 비행의 경우에 우회로의 존재가 회피조치에

35) 한승수, 전계논문, 109면

해당한다. 전술한 헬기소음사건에서도 지형적 특성상, 헬기가 사건 토지 상공을 지나칠 수밖에 없었다는 사정이 고려되면서, 3심은 방해제거청구를 인용한 하급심을 파기, 환송한 바 있다.

일부 판례에서는 공공성이 고려되면 수인한도의 기준이 상승한다.³⁷⁾ 고속도로 소음방해제거청구 사건에서, 대법원은 고속도로의 공공성을 언급하는 한편, 도로공사는 전국의 고속도로를 관리하는데, 이 사건에서 도로소음 방지조치를 결정하면 이를 전국의 고속도로에 적용하여야 하게 되고, 그렇다면 도로공사의 부담이 너무 커지게 된다고 실시하면서, 해당 소음은 고속도로 인근주민의 수인한도를 넘지 않는다고 판결했다. 또 다른 고속도로 소음 관련 사건에서, 원심은 수인한도 판단에 있어서 실외소음도를 환경정책기본법상 소음기준과 비교하여 판단했으나, 대법원은 도로의 공공성 등을 실시하면서 실내소음도를 기준으로 판단하여야 한다고 보고, 이 사건 소음은 수인한도내의 소음이라고 판결했다.³⁸⁾ 3심은 비행중지 명령의 결정을 위해서는 금지를 요구하는 토지 소유자의 이익을 헬기 비행의 이익 및 일반 국민이 이익과 불이익과 비교형량하여야 한다고 판시했다.³⁹⁾

요컨대 방해제거청구와 수인의무의 판단에 있어서, 판단 요소의 차이는, 방해의 회피비용, 공공성 및 제3자의 이익 등이다. 토지 상공을 비행하는 드론의 경우에, 방해의 회피비용은 무시할 정도로 작다고 추정된다. 왜냐하면 특정 토지위를 우회하는 비행이 추가로 비용을 소요하는 경우는 없을 것이라고 추정되기 때문이다. 공공성 및 제3자의 이익 측면에서는 혹시 드론이 산불감시라던가, 경찰용 등으로 사용되는 드론인 경우에, 특정 토지위를 우회해서 비행한다면 굳이 공공성 여부를 따질 여지조차 없어진다. 따라서 드론의 경우에 추상적 이익형량과 수인한도간의 차이는 없다고 보인다.

요컨대, 토지 상공을 비행하는 드론이 토지 소유권에 미치는 방해의 위법성을 판단함에 있어서는 토지 소유자의 이익과 드론 비행의 이익에 대한 추상적 이익형량이 아니라 토지 소유자의 수인의무의 성립, 즉 수인한도를 초과하는 방해인

36) 대법원 2015.10.15. 선고2013다89433 판결

37) 대법원 2015.9.24. 선고 2011다91784 판결

38) 대법원 2016.11.25. 선고 2014다57846 판결

39) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결

가를 물음이 적절한 판단 기준이라고 판단된다. 그 수인한도는 토지 소유자의 정당한 이익이 침해되는 정도에 대한 것이고, 그 정당한 이익의 존재는 관념적 방해가 발생하는 토지 상공일 것이다. 그러한 방해는 드론이 토지에 얼마나 가까이 비행하는가와 얼마나 토지 상공에 머무르는가의 함수 관계로 측정될 수 있다. 토지 상공에 머무르지 않고, 통과만 한다면, 드론이 토지에 가까이 접근했다라도 관념적 방해의 발생 가능성은 줄어들고 발생량도 줄어든다고 볼 수 있다. 또는 드론이 토지 상공을 느린 속도로 통과한다면, 그 고도가 높을수록 관념적 방해의 발생 가능성은 줄어들고 발생량도 줄어든다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾

4. 결론

드론이 토지 상공을 비행하더라도 인격권으로서의 이익에 침해를 하지 않는, 즉, 재산법적 법률 관계하에 비행한다면, 그 위법성은 그 침해가 수인한도를 초과하는가에 관한 개별 사안별로 판단됨이 타당하고, 그렇다면, 드론이 토지 상공을 마치 국제 해양법상 영해내의 외국 선박에게 인정되는 “무해통항권”에 비유될 수 있는 “무해하게 신속히 통과하는 비행”을 한다면 토지 상공의 드론 비행에 위법성은 없다고 판단된다.

40) 본 연구자의 이러한 견해에 대해서, 익명의 심사위원은, 근거가 전혀없고, 타당성에도 의문이 든다는 심사의견을 제시하고 있는 바 본 연구자는 심사위원의 그러한 의견을 존중함을 밝힌다. 다만, 드론의 비행에 대한 미국의 입법 과정을 살펴보면, 드론의 운영자와 그로 인한 잠재적 피해자간의 관계에 대해서, 일률적인 기준보다는 사안별 해결 태도가 일부분이나마 채택되고 있다. 예컨대, 잠재적 피해자로부터 드론의 비행거리가 물리적으로 이격되어야 한다는 태도가 아니라, 사안별로 한편으로는 드론 비행의 필요성과 피해 방지 가능성, 다른 한편으로는 잠재적 피해자의 이익과 합리적 기대 수준 등이 고려되어야 한다는 태도가 그것이다. 본 연구자는, 그러한 시각에서, 잠재적 피해자가 겪는 피해의 정도를 드론의 다양한 비행 방법에 따라서 분별할 수도 있다는 입장을 취하고, 이와 같은 의견을 제시하고 있다. 익명의 심사위원의 심사의견이 지적하는 바와 같이, 이는 객관적 근거가 없이, 본 연구자의 주관적 의견을 밝힌다.

Ⅲ. 인격권 침해 비행의 제한

드론은 각종 카메라와 음향기기 등을 탑재하고 피사체를 촬영, 기록하고, 전송할 수 있는 기능을 갖출 수 있다. 또한 드론은 조용히 비행하면서 은밀하게 피사체에 접근하고, 추적할 수도 있다. 아울러 드론은 예전에 비해서 상대적으로 짧은 시간안에 광범위한 지역을 촬영하면서 불특정다수의 사생활의 비밀과 자유를 방해할 수 있다. 따라서 드론에 의한 사생활침해 가능성은 상당히 높다고 봄이 일반적이다. 언론기관은 드론을 취재에 활용할 수 있고, 일반인들도 드론을 사진촬영에 사용하고 있다. 하늘을 날아다니는 드론은 초상권과 사생활이 침해당할 수 있다는 우려를 갖게 하고 있다. 그러한 우려는 전장에서 살펴 본 관념적 방해에 해당한다. 반면에 드론이 실제로 영상정보를 획득해서 초상권, 사생활의 비밀과 자유, 더 나아가서는 개인정보자기결정권도 침해하는 인격권의 침해가 발생할 수 있다.

그런 점에서, 타인의 사생활을 추적하려는 자와 피하려는 자간의 균형 관계는 이제 깨어졌다고 볼 수 있다. 그러한 사정에서는 기존의 권리와 의무의 배분 관계가 다시 검토됨이 바람직하다. 예컨대, 국민의 알권리 충족과 언론의 취재의 자유라는 이익에 의해서 보호되는 드론은 취재 대상을 예전과는 다른 정도로 추적하고, 방해할 수 있다. 그런 점에서 드론으로부터 사생활의 비밀과 자유를 보호하기 위해 제도적 개선이 필요할 수 있다.⁴¹⁾

41) 개인 또는 사유재산을 감시할 의도로 드론을 이용하여 사진촬영을 하는 행위를 범죄로 규정하고 아울러, 민사상 방해금지청구권을 인정하고 있는 법령으로서는 미국, 텍사스주 주법 V.T.C.A., Government Code § 423.003

§ 423.003. Offense: Illegal Use of Unmanned Aircraft to Capture Image

- (a) A person commits an offense if the person uses an unmanned aircraft to capture an image of an individual or privately owned real property in this state with the intent to conduct surveillance on the individual or property captured in the image.
- (b) An offense under this section is a Class C misdemeanor.
- (c) It is a defense to prosecution under this section that the person destroyed the image:
 - (1) as soon as the person had knowledge that the image was captured in violation of this section; and
 - (2) without disclosing, displaying, or distributing the image to a third party.
- (d) In this section, "intent" has the meaning assigned by Section 6.03, Penal Code.

1. 인격권에 관한 일반적 고찰

드론은 사생활의 비밀과 자유에 대한 새로운 종류의 침해이기에, 그러한 이익이 일반적 인격권에 따라서 충분히 보호되는가에 대해서는 검토가 필요하다.

1.1. 사생활의 비밀과 자유

우리 헌법상 사생활의 비밀과 자유는 인격권으로서 보호된다고 봄이 정설이다. 다만 그렇게 보호되는 이유는 민법의 흠결을 보완한다는 점에 있다고 본다. 독일연방대법원의 인격권에 관한 판결은 그와 같은 논거를 제공하고 있다. 이 판결에서 독일 법원은 인간의 존엄에 대한 권리와 인격의 자유로운 발현에 대한 권리를 모든 사람이 존중해야 할 사법적 권리로 인정하였다.⁴²⁾ 이것이 “일반적 인격권”이다. 일반적 인격권은, 그에 대비되는 “특수한 자유권”들을 보충하는 역할을 한다고 봄이 통설이다. 즉 구체적 자유보장에 의해서 포착되지 않는 영역에서 인간의 존엄이라는 헌법 원리를 보장함이 일반적 인격권에 의한 보충이다. 예컨대 명예 및 명예의 보호가 민사법원에서 일반적 인격권으로서 보호된다는 판례가 축적되었다. 달리 말하면 독일 민법상의 불법행위책임에 관한 흠결이 독일 민법 제823조 제1항에 규정된 “그 밖의 권리”에 속하는 일반적 인격권이었다.⁴³⁾

민법상의 흠결의 보충을 일반적 인격권에서 찾는 입장이라면, 우리 민법에서 그에 상응하는 사정이 있어야 일반적 인격권이 우리 헌법의 해석에서도 도출될 수 있다고 볼 수 있겠지만, 우리의 경우는 그렇지 않다. 즉 우리 학설⁴⁴⁾과 헌재 결정⁴⁵⁾은 헌법 제10조에 근거하여 생명, 신체, 건강, 명예, 정조, 성명, 초상, 사생활의 비밀과 자유 등의 향유를 내용으로 하는 권리를 일반적 인격권이라고 보고 있다.

다만 우리 헌법은 제17조에 별도로 사생활의 비밀과 자유를 보장하고 있기 때

42) BGH GRUR 1955, 197 - Leserbrief.

43) 김일환, “한국헌법상 일반적 인격권 존재여부에 관한 비판적 고찰”, 한국공법학회, 공법연구, 2000 18면

44) 김철수 헌법학개론, 박영사, 2000년, 360면, 권영성 헌법학원론, 2000, 법문사 424면

45) 헌재 1990.9.10 선고 89헌마82 결정

문에 그러한 권리가 일반적 인격권에 포함되는가에 관한 의문이 제기되기도 하는데, 이는 지나치게 독일의 판례와 학설에 편중된 논의 결과일 수도 있다. 우리 헌법상의 일반적 인격권의 내용은 사생활의 비밀과 자유 혹은 정보화 사회에서의 프라이버시권을 포함하는 것으로 볼 수 있기 때문에, 우리 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 보장에도 불구하고 일반적 인격권의 보장에 있어서 우리 헌법 제17조의 해석적 중요성은 상대적으로 크지 않다고 보는 학설도 있다.⁴⁶⁾ 판례도 사생활의 비밀과 자유를 헌법 제10조, 제17조에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리라고 보고 있다.⁴⁷⁾

1.2. 개인정보자기결정권

정보자기결정권의 법적 근거가 헌법 제10조인지, 헌법 제17조인지 다투어지고 있으나, 정보자기결정권은 사법(私法)에서 인격권으로 파악된다.⁴⁸⁾ 예컨대, 법원은 그러한 통제권은 인격권에 포함된다고 보고 “일반적 인격권이나 사생활의 비밀과 자유를 정하고 있는 헌법의 기본권 규정 역시 민법의 일반규정 등을 통하여 사법상 인격적 법익의 보장이라는 형태로 구체화될 것”이라고 보고 있다.⁴⁹⁾

1.3. 드론으로부터 보호받을 특별한 인격권

판례상 인격권의 보호범위는 특정되거나 그 유형이 정의되지 않고 상당히 포괄적으로 인정되고 있다.⁵⁰⁾ 달리 말하면, 인격권의 보호 이익은 그 범위와 유형이 정의되고 있지 않고, 그에 속하는 이익으로서, 생명, 신체, 자유 등과 같이 나열만 되어 있다. 예컨대 인격권으로서의 생명권, 인격권으로서의 신체의 자유 등으로 인격권의 종류가 나열된다.

현재까지의 드론의 사용량이나 빈도, 그리고 그에 대한 학설이나 판례의 축적

46) 박진완, “우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계”, 한국공법학회, 공법연구, 2004 / 30Page

47) 대법원 2006.10.13 선고 2004다16280 판결

48) 권태상, “개인정보 보호와 인격권 -사법(私法) 측면에서의 검토”, 이화여자대학교 법학연구소, 법학논집, 2013년, 39면

49) 권태상, 위 논문

50) 유제민, 전계 논문 446면

도를 고려할 때에, 드론으로 인한 방해나 불편함이 하나의 이익으로 별도로 추가될 정도로 심각하다고 생각되지는 않는다.

다만 인격권에 대한 침해의 정도와 보호받는 이익간의 관계에 따라서 드론으로부터 보호받을 인격권은 별도로 추가될 여지와 필요성도 있다. 예컨대, 자신이 촬영되기가 두려워서 언론사 드론으로부터 도피하여야 하는 경우가 이에 해당한다. 인격권과 그에 대한 침해, 그에 따른 청구권 성립의 요건은 침해의 개념 정의에 따라 달라지는데, 특정 행위가 그 침해 개념에 포섭되는가에 따라 달라진다. 그런데 인격권 침해의 여부는 일방에 의한 타방에 대한 침해 행위만에 대한 심리만으로 정해지지는 않는다고 본다. 즉 인격권 침해인가를 따짐에 있어서 상대방의 행위도 기본권 행위에 속한다면 결국은 기본권간의 이익형량이 수행될 수밖에 없고, 그렇다면 인격권침해의 여부인가는 이익형량의 결과에 따라 달라지고, 그렇다면 침해로부터 보호받을 인격권인가의 여부도 궁극적으로 이익형량의 결과에 따라 달라진다.⁵¹⁾

그래서, 예컨대, 일반적인 방해 수단으로부터 사생활의 비밀과 자유를 보호하는 것이 아니라, 드론으로부터 그러한 보호를 할 수단이나 장치를 마련함이 필요하고, 그래서 그에 부합하는 특별한 인격권이 성립되어, 그에 따라 보호되는 이익이 드론을 비행시키는 이익보다 더 중요하다면, 그러한 인격권은 성립될 수 있다.

2. 인격권 침해제거청구권의 인정근거와 사례

2.1. 인정 근거

방해예방 또는 방해제거청구는 우리 민법상 오직 소유권과 점유권에 기하여

51) 유제민 전계 논문 454면, “‘인격권 침해’가 무엇인지가 문제되는데, 이는 인격권이 보호하는 범위가 매우 포괄적인데다가 그 침해가 문제되는 행위 역시 타인의 기본권 행사로 인한 경우가 많기 때문에 쉽게 판단 하기 어렵다. 예컨대, ‘인격권으로서의 명예권과 표현의 자유의 충돌’, ‘인격권으로서의 일조권 등 생활이익과 재산권의 충돌’의 경우가 대표적인 데, 이 경우 원고의 인격권(명예권, 일조권 등 생활이익)이 제약되었다는 사실 하나만으로 무조건 상대방에게 방해예방·제거청구권을 행사할 수 없을 것이고 구체적 사안에서 양자의 기본권이나 양자의 이익을 비교·형량하여 결정할 수밖에 없다.”

서만 인정된다고 보는 입장은 물러나고, 이제는 한번 침해되면 회복하기 어렵고 손해배상만으로 완전한 회복이 어려운 인격권의 특성에 비추어 방해예방 내지는 방해제거청구권이 인정되어야 한다고 보는 것이 통설적 견해이다.⁵²⁾ 그 인정 근거의 하나가 소유물의 방해예방, 방해제거청구권을 규정한 민법 제214조의 확대적용 내지 유추적용에서 찾아야 한다는 물권적 청구권 유추적용설이다. 물권의 절대성이 인격권에도 유추되어서 그 방해제거가 요구될 수 있다는 입장이다. 다른 인정 근거는 이른바 불법행위법설로서, 회복될 수 없는 피해가 발생함을 막기 위해서 사전에 방해예방 또는 방해제거를 요구할 수 있도록 한다는 입장이다. 이와 같은 두 가지 설이 있지만, 인격권의 개념 자체와 그 취지를 고려하여 보면 인격권의 침해는 금전적 손해를 전보받는 것으로는 그 피해를 회복하기에 부족하므로 통설 및 판례와 같이 인격권 침해에 대한 방해제거청구권을 인정할 필요성이 있다. 즉 인격권은 물권과 같이 절대성도 갖추고 있으면서 동시에 금전으로는 원상회복될 수 없다는 특성을 가지므로, 인격권에 대한 침해는 방해제거청구의 근거가 될 수 있다.

2.2. 사례

사생활보호 이익을 이유로 방해제거청구권이 인용된 많은 판례들은 언론기사에 관한 사건을 다루고 있다, 일부 판례에서 법원은 인격권으로서의 명예권, 또는 사생활의 비밀과 자유의 보호이익의 방해제거청구권의 요건으로서 고의 또는 과실을 배척하는 입장을 보여주고 있다. 즉, 해당 기사의 삭제 청구를 인용하면서 법원은 피고가 그 기사가 진실이라고 믿는데 상당한 이유가 있었다는 등의 사정은 형사상 명예훼손죄나 민사상 손해배상책임을 부정하는 사유는 될지언정 기사 삭제를 구하는 방해배제청구권을 저지하는 사유는 될 수 없다고 판시하면서 명예훼손에 따른 책임과 별도로 방해제거청구권에 따른 책임도 요구됨을 분명히 하였다.⁵³⁾ 마찬가지로, 사생활이 보도가 된 사건에서도, 보도의 대상이 되는 사실의 적시 여부 및 진실인가의 여부를 따지지 않고, 프라이버시가 보도된 자체가 인격권을 침해할 수 있다고 법원은 판시하면서, 고의 또는 과실 여부를

52) 유제민, 위 논문 450면

53) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결

묻지 않고 있다.⁵⁴⁾

한편, 구글 스트리트뷰의 경우에, 구글사는 피사체의 소유자가 희망할 경우 해당 사진을 삭제하는 방침을 시행하고 있다.⁵⁵⁾ 다음 카카오 지도를 제공하는 다음사의 경우에도 사람의 얼굴, 차량 번호판과 같은 사진의 데이터를 삭제한 상태로 제공하고 있다.

3. 드론에 의한 인격권 침해

부산대 사건과 봉은사 사건에서도 법원은 주변의 높은 건물이 내려다보는 토지의 이용자들은 “일상생활이나 종교활동 등이 감시되는 듯한 불쾌감과 위압감”을 갖게 되고, 이것이 소유물 이용의 방해라고 파악했다. 드론은 주변의 높은 건물처럼 소유물을 내려다보게 된다. 이러한 방해는 앞에서 살펴 본 관념적 방해에 해당하게 되는데, 드론은 그러한 관념적 방해에 그치지 않고 사생활을 침해할 수 있다. 예를 들자면 드론은 단지 높은 건물처럼 내려다보는 것에 그치지 않고, 타인의 토지에 가까이 접근해서 사생활을 침해할 수 있다. 타인의 토지, 예컨대 주거공간은 개인의 관념적 지배가 미치며 인격적 법익을 보호함에 불가결하다는 측면에서, 주거공간에 대한 이익은 부동산으로서의 재산권적 이익만이 아니라 프라이버시 이익이다.⁵⁶⁾ 그와 같은 행위는 또한 개인정보의 수집에 해당할 수도 있다. 예컨대, 드론이 수집하는 영상정보는 그 피사체가 누구인지 식별할 수 있는 정보로서 개인정보보호법상의 보호받는 개인정보에 해당할 수 있다. 이에 드론의 영상정보수집은 개인정보자기결정권에 대한 침해를 구성할 수 있다.

54) 대법원 1988.10.10, 선고 85다카29 판결 “개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데 표현의 자유 못지않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것”이라고 실시하고 있다.

55) 정연덕, “Google ‘Street View’와 개인정보 보호의 법적 문제점”, 한국정보법학회, 정보법학, 2009, 23면

56) 조성훈, “주거침입과 정보통신망침입 : 보호법익과 ‘침입’의 해석론을 중심으로”, 선진상사법률연구, 통권 제80호 (2017.10) 333면

4. 위법성 쟁점 : 추상적 이익형량의 한계

드론이 비행하면서 사생활보호 주체의 권리를 침해하는 행위와 유사한 행위로서 보험사 직원에 의한 정보수집이 쟁점인 판례가 참조될 수 있다. 이 사건에서 피고측인 보험사 직원은 보험사기로 의심되는 사고 피해자의 사생활을, 공개된 장소를 포함하여 여러 공간에서 8일동안 원고측을 미행하고 추적하면서 촬영하였다. 원고측은 인격권 침해로 인한 손해배상책임 소송을 제기하였고, 법원은 침해행위의 이익, 필요성, 및 상당성을 피해이익의 정도 및 중대성과 비교하였고, 공개된 장소에서라도 이러한 의도적 감시는 원고들에게 중대한 피해를 입혔다고 판시하였다. 원의 논증은 다음과 같이 요약된다. 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이다.⁵⁷⁾

4.1. 피해이익의 보호범위

피해이익과 침해이익의 비교를 위해서 구체적으로 살펴보면, 피해이익이 보호받는 범위는 장소의 공개성 정도와 방해의 정도에 따라 달라진다고 본다. 여기서 보호받는 범위는 가운데에 가장 핵심 영역으로부터 가장 바깥쪽의 외곽영역으로 구성된다. 장소에 따라서 보호받는 범위는 달라진다. 예컨대, 공개된 장소에서의 사생활의 보호범위는 그렇지 않은 장소에 비해서 축소된다. 즉 외곽영역에 속한 이익은 보호받지 않는다. 반대로 거주 공간에서는 그 범위가 넓다. 공개된 장소에서는 사생활이익의 주체가 자신이 보호받을 범위를 양보한 것이나 마찬가지이다. 공개된 장소에서는 불특정 다수가 서로를 관찰할 기회를 갖지만, 그 관찰은 집중도가 떨어진 이른바 “우연한 관찰”이다. 반면에 이와 대비되는 “의도적 감시”는 특징인이 사생활 이익의 주체를 집중적으로 관찰하는 것인데,

57) 권영준, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 민사판례연구 31, 한국민사판례연구회, 박영사, 2009. 2. 28, 524~525면

이는 외곽영역이 아니라 중간영역이나 핵심영역의 보호이익을 침해한다. 위의 판례에서 보험사 직원들이 공개된 장소에서 관찰한 행위를 위법하다고 판단한 법원의 논거가 이를 예증하여 준다.

드론은 보호범위가 가장 바깥쪽의 외곽영역에서 보호받는 이익, 예컨대, 거주 공간 등에서 사생활 이익을 침해할 수 있다. 거주 공간은 사생활이익의 주체가 평온하게 살아가는 공간이고 따라서 이 공간에서는 사생활의 보호범위가 넓은데, 드론이 이 영역도 침해할 수 있다. 전술한 바와 같이 사생활을 추적하려는 자와 피하려는 자간의 역할관계가 깨졌음의 의미가 여기서 나타난다. 사생활보호 이익의 주체를 추적하려는 비용 대비 효과를 따져볼 때, 드론은 효율적인 수단이다. 추적하려는 자가 사생활보호 이익의 주체의 핵심 영역에 접근하려고 해도, 예전에는 비용 때문에 포기하였다면, 드론은 효율적인 수단이기때문에, 추적하려는 자는 접근을 시도하는 것이 합리적이다. 그래서 예전에는 침해되지 않던 장소에서의 침해 기회가 증가하는만큼, 사생활보호이익 주체의 생활은 위축될 것이다. 궁극적으로는 드론에 의한 침해에 대해서는 종전의 침해수단에 대한 방어권보다 강화된 방어권이 강구됨이 요구될 여지가 있다.

4.2. 피해이익의 정도

피해이익의 종류에 따라서 피해의 정도는 달라진다. 개인정보보호법상의 개인식별정보의 경우 피해의 정도는 일반적인 사생활보호 이익의 피해의 정도보다 크다. 그래서 헌법상의 원칙 및 개인정보보호법상 이러한 정보들은 사생활보호의 경우와는 달리 취급된다. 예컨대, 첫째, 현재는 식별성있는 영상정보를 공개된 장소에서 촬영하는 것도 개인정보를 정보주체의 동의없이 수집하는 행위로서 개인정보자기결정권을 제한하는 행위이고, 그러한 행위는 헌법 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위해 필요한 경우에 한하여 허용될 수 있다고 보고 있다.⁵⁸⁾

둘째, 개인정보로 식별성을 갖춘 영상정보는 정보 주체의 동의없이 사용될 수 없다. 예컨대 지방자치단체가 「폐기물관리법」 제8조 및 제68조에서 규정하는 쓰레기 불법투기 단속 업무를 수행하는 과정에서 촬영한 영상정보에 담겨 있는

58) 헌재 2018. 8. 30. 선고 2014헌마843 결정

불법투기자들을 식별하기 위해서, 해당 정보를 지역 주민들에게 회람시켜서는 안 된다고 해석된다. 개인정보보호위원회는 이러한 행위는 헌법상 기본권침해에 대한 일반원칙, 개인정보보호법상 일반원칙 및 관련 규정에 위배된다고 보고 있다.⁵⁹⁾

셋째, 개인식별성 있는 정보를 담은 영상정보를 획득함에 있어서도 필요최소한도내에서 획득함이 개인정보보호법상 요구된다. 예컨대 철도차량 운전실에서의 영상정보획득의 목적이 안전운행의 확보이므로, 카메라의 촬영범위는 각종 계기판과 안전운행장치 등으로 구성된 운전제어대와 그 위에 위치한 기관사의 두 손이었다는 점에서 개인정보보호법 위반이 아니라고 동 위원회는 결정한 바 있다.⁶⁰⁾

문제는 드론으로 인한 피해이익의 정도는 드론의 비행방식, 탑재된 영상정보 장치의 성능에 따라서 달라질 수가 있을 것이고, 그래서 획득되는 영상정보의 내용, 즉 피해이익의 정도를 일률적으로 규율하기가 어렵다는 점이다. 예컨대, 영상정보장치의 성능이 상대적으로 열악하더라도, 비행 고도가 낮으면, 식별성 있는 개인정보가 수집될 수 있고, 그렇다면 개인정보보호법상의 주의 요건 충족이 요구된다. 또한, 드론에 탑재된 영상정보기기가 드론의 조종을 위해서 필수적인 경우도 있다는 점이 문제점으로 지적될 수 있다.⁶¹⁾

4.3. 드론 비행의 이익과 추상적 이익형량

앞에서 살펴 본 바와 같이, 피해이익의 보호범위의 고려에 있어서, 추적하려는 자와 피하려는 자간의 균형 관계를 드론은 무너뜨린다는 점, 그리고 드론을 조종하여야 한다는 근본적인 필요 때문에 사생활 보호주체의 이익은 정도를 달리하면서 침해된다는 점 등이 고려될 때, 드론으로 인한 사생활침해의 경우에 추상적 이익형량을 통한 해결은 적절하지 않다고 보인다. 왜냐하면, 추적하려는 자와 피하려는 자간의 균형관계가 바뀐 사정은 양자의 이익을 비교하는 추상적 이익형량이 타당성을 갖는 전제 자체를 뒤바꾼 것으로 평가되기 때문이다. 즉

59) 개인정보보호위원회 2013.5.27 결정, 「쓰레기 불법투기행위 촬영 영상자료 공개」 관련 법령 해석

60) 개인정보보호위원회 의안번호 제2015-12-22호, 2015.7.13일 결정, 「철도차량운전실폐쇄회로텔레비전설치관련심의·의결건

61) 이른바 일인칭시점 카메라(First Point of View)가 이에 해당한다.

추상적 이익형량이 당사자간의 이익의 균형을 모색하기에 타당하지만, 이미 이익은 추적하려는 자에게 상대적으로 더 많이 분배되어 있기 때문이다. 이제는 그 이익의 균형을 바로 잡기 위해서, 보다 근본적인 이익형량이 요구된다고 하겠다.

그러한 측면에서, 사생활에 관한 권리를, 정보수집과 이용 매개체의 폭증 속에서, 소극적인 방어권만이 아니라 보호를 위한 청구권적 성격을 가진 것으로 평가하는 입장이 더욱 적절하다고 판단된다.⁶²⁾ 그러한 전제에서, 드론에 의한 영상정보의 수집과 그로 인한 침해의 문제는 추상적 이익형량이 아니라 기본권의 상충이라는 관점에서 파악됨이 바람직하다.

기본권 상충의 문제에 관하여, 헌법재판소는 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다.⁶³⁾ 이와 같은 해결 태도는 헌법재판소만이 아니라 법원도 취하고 있다. 예컨대, 불법 감청을 통한 녹음물의 언론 보도 이용을 둘러싼 사건에서 법원은 보도로 인한 이익과 비밀의 보호 이익의 형량을 판단 기준으로 제시한다고 판시한 바 있고, 같은 사건에서 반대 의견은 추상적 이익형량을 통한 취사선택이 아니라 조화로운 해석을 주장한 바 있다.⁶⁴⁾

그러한 전제에서, 즉, 토지 상공을 둘러싼 분쟁을 기본권에 근거한 법적 이익의 상충으로 파악한다면, 사생활의 보호 등의 인격권으로서의 이익은 드론의 비행 이익보다 우월하므로, 드론 비행에 대한 방해배제청구권이 인용됨이 이론상 타당할 것이다.⁶⁵⁾ 다만, 그러한 기준에 따른다면, 영상정보장치를 탑재한 드론의 비행은 위축될 수 있고, 더 나아가서는 그 비행의 자유가 지나치게 제한될 수 있다.⁶⁶⁾

62) 임규철, “정보화 사회에서의 개인정보자기결정권에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제8권 제3호

63) 현재 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95,96,2003헌바9(병합) 결정

64) 대법원 2011. 3. 17 선고 2006도8839

65) 다만, 헌법 제37조제2항상의 국가안전보장, 질서유지, 및 공공복리 목적의 드론 비행의 이익이 인격권으로서의 이익보다 우월하다고 볼 수 있고, 그러한 이익의 드론 비행의 경우에는 방해배제청구권이 인용되지 않음이 법리상 타당하다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나, 그러한 목적의 비행이익이 설령 크다고 하더라도, 그러한 비행이 국가에 의해 수행된다는 전제에서, 국민의 기본권에 대한 침해에 이르지 않기 위해서는 비례의 원칙이 준수됨이 요구될 것이다.

66) 김성미, 각주 17 전계논문, 26면

5. 결론 : 공법적 기준의 필요성

위와 같은 점을 고려할 때, 공법적 기준이 기본권 상충에 관한 해결책을 제공할 수 있다. 다만 그러한 기준의 제정조차도 쉽지 않은 과제라고 판단된다. 예컨대, 미국의 경우, 2012년 법에 따라서 연방항공청(Federal Aviation Administration, 이하 “FAA”라 칭함)이 25킬로그램 이하의 드론(미국 연방법상 “Small Unmanned Aircraft”)에 관한 규칙을 제정하라는 임무가 부과된 바 있고, 그에 따라서 FAA가 규칙을 제정하는 과정에서, 많은 이익단체들이 사생활보호 관련 규정을 FAA가 입법하라고 요구하였으나, FAA는 결국 이를 수용하지 않은 바 있다. FAA가 그러한 입장을 택한 논거로서는 첫째, 사생활보호에 관해 FAA가 규칙을 제정, 시행하는 것은, FAA의 전통적인 임무가 항공 안전에 관한 것이라는 점을 고려할 때에, 지나치게 확장적(overreaching)이라는 점, 둘째, 그러한 공법적 규제가 채택되어야 함을 많은 전문가와 이익단체 등이 주장했지만, 그런 필요성이 입증되지는 않았다는 점, 셋째, 주법(State law) 및 다른 법률에 의해서도 사생활보호 관련 문제가 취급될 수 있다는 점 등이 제시되고 있다.⁶⁷⁾

이러한 FAA의 입장 채택에는 미국의 일부 주에서 드론으로 인한 사생활침해를 취급하는 법령이 제정, 시행되고 있음이 배경 요소로서 고려되고 있다고 판단된다. 예컨대, 캘리포니아 주의 경우, 영상 촬영이나 음성 녹음의 목적으로 타인의 토지 상공에 진입하는 것이 법률로서 금지되고 있다.⁶⁸⁾ 네바다 주의 경우,

67) 미국 연방항공청 입법보고서 “Operation and Certification of Small Unmanned Aircraft Systems 81 FR 42064-012016 WL 3477138 June 28, 2016 (Approx. 253 pages)”

68) Cal. Civ. Code § 1708.8(a) West's Ann. Cal. Civ. Code § 1708.8

§ 1708.8. Physical or constructive invasion of privacy; personal or familial activities; damages and equitable remedies; employee-employer relationships; defenses; proceedings to recover civil fines

(a) A person is liable for physical invasion of privacy when the person knowingly enters onto the land or into the airspace above the land of another person without permission or otherwise commits a trespass in order to capture any type of visual image, sound recording, or other physical impression of the plaintiff engaging in a private, personal, or familial activity and the invasion occurs in a manner that is offensive to a reasonable person.

(b) A person is liable for constructive invasion of privacy when the person attempts to capture, in a manner that is offensive to a reasonable person, any type of visual image, sound recording, or other physical impression of the plaintiff engaging in a

위와 같은 목적으로 타인의 토지 상공을 250피트 이하로 드론이 비행하는 것이 금지되어 있다.⁶⁹⁾

특히, 미국 플로리다 주의 경우, 위와 같은 비행이 금지되는 조건으로서 드론 비행이 사생활보호에 대한 토지의 소유자의 합리적 기대(reasonable expectation of privacy)를 벗어나야 함이 부과되어 있는 바, 이는 공법적 기준의 제정 방향에 대해 시사점을 주고 있다고 판단된다. 즉, 사생활보호의 주체가 모든 드론은 아니더라도 특정한 무게, 또는 특정한 성능을 가진 드론으로 인한 사생활침해로부터는 보호될 수 있도록 하는 기준을 제정함이 공법적 기준의 역할이라고 생각된다. 그럼으로써, 드론으로 인한 사생활침해에 대해서 보호주체가 의존할 수 있는 제도적 장치가 마련될 수 있다. 드론의 위치정보수집이 그 중의 하나이다. 또는 15킬로그램 이하의 드론이더라도 언론기관이 운용하는 경우에는 등록을 의무화하는 방안도 강구될 수 있다. 예컨대, 언론기관이 운용하는 드론의 위치정보의 제공 의무의 부과, 또는 영상정보장치의 목적이 드론의 운용만을 위한 것이 아니라, 주로 영상정보의 수집인 드론의 경우에 위치정보의 제공 의무의 부과 등이 공법적 기준으로 강구될 수 있다.

private, personal, or familial activity, through the use of any device, regardless of whether there is a physical trespass, if this image, sound recording, or other physical impression could not have been achieved without a trespass unless the device was used.

69) Title 44. Aeronautics (Chapters 493-498), Chapter 493. General Provisions

493.103. Unmanned aerial vehicles: Action for trespass against owner or operator; exceptions; award of treble damages for injury to person or property; award of attorney's fees and costs and injunctive relief

1. Except as otherwise provided in subsection 2, a person who owns or lawfully occupies real property in this State may bring an action for trespass against the owner or operator of an unmanned aerial vehicle that is flown at a height of less than 250 feet over the property if:

(a) The owner or operator of the unmanned aerial vehicle has flown the unmanned aerial vehicle over the property at a height of less than 250 feet on at least one previous occasion; and

(b) The person who owns or occupies the real property notified the owner or operator of the unmanned aerial vehicle that the person did not authorize the flight of the unmanned aerial vehicle over the property at a height of less than 250 feet. For the purposes of this paragraph, a person may place the owner or operator of an unmanned aerial vehicle on notice in the manner prescribed in subsection 2 of NRS 207.200.

그리고, 그러한 위치정보의 제공은 드론의 무해하고 신속한 통과를 내용으로 하는 드론 비행의 자유의 인정 조건으로서 규정됨도 강구될 수 있다.

IV. 결론

인격권으로서의 사생활보호이익을 침해함이 없이, 재산법적 법률관계하에서 드론이 타인의 토지 상공을 비행하더라도, 토지의 소유자가 그 비행의 금지를 구할 사법적인 근거는 약하다고 판단된다. 드론이 해당 토지 상공을 집중적으로 배회하거나 또는 머물거나, 또는 반복적으로 통과하는 비행을 하지 않는 한, 그러한 비행이 수인한도를 초과한다고 입증되기도 어렵고, 따라서 위법하다고 판단되기도 어렵다. 즉 신속하고 무해한 통과 조건하에서 드론의 비행의 자유가 민사법상 제한될 근거가 약하다고 판단된다.

반면에, 사생활보호이익을 침해하는 영상정보의 획득 등에 사용되는 드론 비행의 경우에는, 정보 주체의 방어권을 인정해야 할 이론적 당위성이 발견된다는 전제에서, 인격권으로서의 사생활보호이익이 더 중시됨이 법 이론상 타당하다. 이는 드론 비행의 자유가 지나치게 위축되거나 제한될 여지를 남기게 된다.

그래서 드론의 비행과 그로 인한 피해에 대한 법적인 해결은 당사자간의 추상적 이익형량을 통한 민사적 방식만이 아니라, 공법적 기준에 의한 조화로운 해결 방식에 의하는 것이 바람직하다고 판단된다. 그 기준은 제4차산업혁명을 맞이하여 드론의 역할이 증대됨을 고려할 때에, 보다 적극적인 입법 정책으로 수립됨이 타당하다고 판단된다.

그러한 견지에서, 드론에 관해서는 특별법 형태의 입법도 요구된다고 판단된다. 즉 드론의 비행과 그 운용 행위를 둘러싼 다른 법률과의 관계에 대해서, 특별법이 우선 적용됨이 법령상 규정되는 입법 정책이 요구된다. 예컨대, 현행 항공안전법 제129조는 무인비행장치의 조종자가 개인의 공적·사적 생활과 관련된 정보를 수집하거나 이를 전송하는 경우 타인의 자유와 권리를 침해하지 아니하도록 하여야 할 의무의 근거 규정으로서 작동하지만, 그러한 의무 이행의 형식, 절차 등 세부적인 사항에 관하여는 각각 해당 법률에서 정하는 바에 따른

다고 규정하고 있다. 본 규정이 고려하고 있는 해당 법률은 현행 개인정보보호법인 것으로 추정되는데, 동법에 따른 영상정보장치의 개념에 드론에 탑재된 영상정보장치는 해당되지 않는다고 판단되며, 이를 규율하기 위해서는 법 개정이 필요하다고 봄이 중론이다. 그럼에 있어서, 드론의 영상정보장치에 대한 규율을 개인정보보호의 목적에서 관련 법률이 하도록 하지 않고, 드론 비행의 자유를 도모하고, 그 법적 안정성을 도모한다는 목적하에, 드론에 관련된 특별법이 규율함이 바람직하다고 판단된다.

궁극적으로는, 토지 소유자의 이익과 드론의 비행의 자유가 조화를 찾을 수 있는 시발점이 그와 같은 공법적 기준에 의해서 마련될 수 있다고 판단된다.

참고문헌

[국내 논문]

- 권영준, “토지 소유권이 토지 상공에 미치는 범위”, 민법판례연구 I, 박영사, 2019. 6. 28, 86-91면
- 권영준, “초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단”, 민사판례연구 31, 한국민사판례연구회, 박영사, 2009. 2. 28, 524~525면
- 권태상, “개인정보 보호와 인격권 -사법(私法) 측면에서의 검토”, 이화여자대학교 법학연구소, 법학논집, 2013년, 39면
- 김선이, “무인항공기의 사생활 침해에 관한 법적 고찰”, 동아법학 제65호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 267-299면
- 김선이, “무인항공기의 사생활 침해에 대한 법적 대응: 미국 정책, 입법안 분석을 중심으로”, 한국항공우주정책·법학회지, 제29권제2호, 한국항공우주정책·법학회, 2014.12.30.
- 김성미, “. 항공우주정책법학회지 제35권제1호, 2020.3.31, 3-32면
- 김일환, “한국헌법상 일반적 인격권 존재여부에 관한 비판적 고찰”, 한국공법학회, 공법연구, 2000 18면
- 김진우, “독일법상의 소유물방해제거청구권의 ‘방해’”, 재산법연구 제29권 제4호, 한국재산법학회, 2012, 40-43면
- 김형석, “소유물방해배제청구권에서의 방해의 개념 -대법원 2003.3.28. 선고, 2003다 5917 판결의 평석을 겸하여”, 법학 제45권 제4호 (2004), 서울대학교 법학연구소, 402-403면.
- 류창호, “토지소유권의 상하범위에 관한 연구 - 지하공간에 대한 한계심도와 대심도의 차별적 권원취득을 중심으로 -”, 외법논집 제7집(1999), 673
- 류창호, “드론의 운행과 토지소유권의 침해”, 경희법학, 제50권 제4호, 2015. 232-279면
- 박신욱, “무인항공기에 의한 소유권 및 사생활 침해에 관한 연구”, 민사법학 제70호 (2015.3), 423면
- 박진완, “우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계”, 한국공법학회, 공법연구, 2004, 30면

- 안경희, “관념적 침해에 대한 소고”, 재산법연구 제20권 제2호, 2003년, 75면 “
 윤용석, “생활방해와 소유권의 침해”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구, 2006,
 36Page
- 이명웅, 헌법 제23조의 구조, 헌법논총 제11집, 2000, 315-317쪽
- 이종덕, “증강현실 기술의 활용과 물권 침해 - 포켓몬GO 게임을 중심으로”, 한양대
 학교 법학연구소, 법학논총, 2017, 25면
- 임규철, “정보화 사회에서의 개인정보자기결정권에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제8
 권 제3호
- 정연덕, “Google ‘Street View’와 개인정보 보호의 법적 문제점”, 한국정보법학회, 정
 보법학, 2009, 23면
- 조성훈, “주거침입과 정보통신망침입 : 보호법익과 ‘침입’의 해석론을 중심으로”, 선
 진상사법률연구, 통권 제80호 (2017.10) 333면
- 한승수, “항공기 비행에 의한 피해와 민사적 쟁점 - 대법원 2016.11.10. 선고 2013다
 71098 판결의 검토”, 중앙법학회, 중앙법학 제22집 제1호 2020년 3월 109면
- 허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계”, 헌
 법재판소, 헌법논총 25집, 2014, 5~64 page

[외국 논문]

- Hillary B. Farber, “Keep Out! The Efficacy Of Trespass, Nuisance And Privacy Torts
 As Applied To Drones”, 33 GASTULR 359, Georgia State University Law
 Review, 2017 winter

[단행본]

- 권영성 헌법학원론, 법문사, 2000
- 곽윤직 편집대표, 民法注解[V], 박영사, 1992
- 김철수 헌법학개론, 박영사, 2000년

[외국 보고서]

- 미국 연방항공청 입법보고서 “Operation and Certification of Small Unmanned
 Aircraft Systems 81 FR 42064-012016 WL 3477138 June 28, 2016

초 록

토지 상공을 비행하는 드론이 토지 소유권에 미치는 방해의 위법성을 판단함에 있어서는 토지 소유자의 이익과 드론 비행의 이익에 대한 추상적 이익형량이 아니라 토지 소유자의 수인의무의 성립, 즉 수인한도를 초과하는 방해인가를 물음이 적절한 판단 기준이라고 판단된다. 그 수인한도는 토지 소유자의 정당한 이익이 침해되는 정도에 대한 것이고, 그 정당한 이익의 존재는 관념적 방해가 발생하는 토지 상공일 것이다. 그러한 방해는 드론이 토지에 얼마나 가까이 비행하는가와 얼마나 토지 상공에 머무르는가의 함수 관계로 측정될 수 있다. 토지 상공에 머무르지 않고, 통과만 한다면, 드론이 토지에 가까이 접근했다라도 관념적 방해의 발생 가능성은 줄어들고 발생량도 줄어든다고 볼 수 있다. 또는 드론이 토지 상공을 느린 속도로 통과한다면, 그 고도가 높을 수록 관념적 방해의 발생 가능성은 줄어들고 발생량도 줄어든다고 볼 수 있다.

드론이 토지 상공을 비행하더라도 인격권으로서의 이익에 침해를 하지 않는, 즉, 재산법적 법률 관계하에 비행한다면, 그 위법성은 그 침해가 수인한도를 초과하는가에 관한 개별 사안별로 판단됨이 타당하고, 그렇다면, 드론이 토지 상공을 마치 국제 해양법상 영해내의 외국 선박에게 인정되는 “무해통항권”에 비유될 수 있는 “무해하게 신속히 통과하는 비행”을 한다면 토지 상공의 드론 비행에 위법성은 없다고 판단된다.

우리 민법상 사생활의 침해로 인한 금지 및 예방청구에 관한 명문 규정은 없다. 그러나 사생활에 관한 권리는 헌법상의 기본권이고, 정보수집과 이용 매개체의 폭증 속에서, 소극적인 방어권만이 아니라 보호를 위한 청구권적 성격을 가진 것으로 평가되고 있다. 드론이 추적하려는 자와 피하려는 자간의 균형 관계를 무너뜨리는 사정을 감안할 때, 보호이익의 주체가 청구권적 성격의 방어권을 가질 당위성이 찾아진다. 그래서 드론이 토지상공을 무해하고 신속히 통과하는 것을 넘어서서, 인격권으로서의 사생활보호이익을 침해하는 경우에, 드론 비행의 위법성을 판단하는 기준은 추상적 이익형량이 아니라, 기본권의 우월성 기준이 적절하다고 판단된다.

인격권으로서의 사생활보호이익을 침해함이 없이, 재산법적 법률관계하에서

드론이 타인의 토지 상공을 비행하더라도, 토지의 소유자가 그 비행의 금지를 구할 사법적인 근거는 약하다고 판단된다. 드론이 해당 토지 상공을 집중적으로 배회하거나 또는 머물거나, 또는 반복적으로 통과하는 비행을 하지 않는 한, 그러한 비행이 수인한도를 초과한다고 입증되기도 어렵고, 따라서 위법하다고 판단되기도 어렵다. 즉 신속하고 무해한 통과의 조건하에서 드론의 비행의 자유가 민사법상 제한될 근거가 약하다고 판단된다. 반면에, 사생활보호이익을 침해하는 영상정보의 획득 등에 사용되는 드론 비행의 경우에는, 정보 주체의 방어권을 인정해야 할 당위성이 크다고 판단되며, 기본권의 상충시에도 인격권으로서의 사생활보호이익이 더 중시됨이 법리상 타당하다.

이러한 법이론적 배경을 고려할 때, 사생활보호이익을 침해할 정도의 성능을 갖춘 드론과 그렇지 않은 드론을 공법의 차원에서 분류하고, 각각에 적용되는 공법적 기준을 제정하여 시행함이 법적 안정성 차원에서 바람직하다고 판단된다.

주제어 : 드론, 비행의 자유, 인격권, 이익형량, 소유권

Abstract

Legal Issues Regarding the Civil Injunction Against the Drone Flight

Hong-Kyun Shin*

The civilian drone world has evolved in recent years from one dominated by hobbyists to growing involvement by companies seeking to profit from unmanned flight in everything from infrastructure inspections to drone deliveries that are already subject to regulations.

Drone flight under the property right relation with the land owner would be deemed legal on the condition that expeditious and innocent passage of drone flight over the land be assured. The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) enshrines the concept of innocent passage through a coastal state's territorial sea. Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal state. A vessel in innocent passage may traverse the coastal state's territorial sea continuously and expeditiously, not stopping or anchoring except in force majeure situations.

However, the disturbances caused by drone flight may be removed, which is defined as infringement against the constitutional interest of personal rights. For example, aggressive infringement against privacy and personal freedom may be committed by drone more easily than ever before, and than other means.

The cost-benefit analysis, however, has been recognized as effective criteria regarding the removal of disturbances or injunction decision. Applying that analysis, the civil action against such infringement may not find suitable basis for making a good case. Because the removal of such infringement through civil actions may result in only the deletion of journal article. The injunction of drone flight before taking the information would not be obtainable through civil action,

* Professor, College of Law, Kookmin University

Therefore, more detailed and meticulous regulation and criteria in public law domain may be preferable than civil action, at present time. It may be suitable for legal stability and drone industry to set up the detailed public regulations restricting the free flight of drone capable of acquiring visual information amounting to the infringement against the right of personal information security.

Key Words : drone, freedom of flight, personal rights, cost-benefit comparison, property rights