航空宇宙政策・法學會誌 第35卷 第1號
2020년 3월 31일 발행, pp. 63~101
http://dx.doi.org/10.31691/KASL35.1.3.

논문접수일 2020. 02. 28
논문심사일 2020. 03. 14
게재확정일 2020. 03. 26

비행안전구역의 사용에 대한 부당이득반환·손실보상 의무의 존부

-서울고등법원 2018. 10. 11. 선고 2018나2034474 판결-

권창영*·박수진**

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 사실관계
Ⅲ. 참조 조문
1. 군사기지 및 군사시설 보호법
Ⅳ. 판시사항
Ⅴ. 비행안전구역
1. 의의
2. 법적 성질
3. 비행안전구역의 지정
4. 미국 판례
5. 효과
Ⅵ. 소유권의 범위와 원고의 정당한 이익의 존부
1. 토지소유권의 범위
2. 이 사건 부동산 상공에 관한 원고의 정당한 이익 유무
Ⅶ. 부당이득반환 의무의 존부
1. 부당이득의 법리
2. 증명책임
3. 피고의 적법한 사용권원
4. 소결
Ⅷ. 손실보상의무의 존부
1. 군사기지법의 규정
2. 합헌성 여부
3. 비행안전구역의 공공성
4. 공용제한에서 손실보상 규정이 없는 경우
5. 소결
Ⅸ. 대상판결의 의의

* 법무법인(유한) 지평 변호사, 법학박사, 한국항공대 항공우주법학과 겸임교수, 항공우주정책・법학회 상임이사, 항공판례연구회 회장 (E-Mail : icaruslex@gmail.com).
** 한국항공대학교 항공우주법 전공 박사과정 수료, 항공판례연구회 연구위원, 대한항공 객실승무원(선임사무장) (E-Mail : nekki1017@naver.com).

Ⅰ. 들어가며

우리나라는 국제정세에 능동적으로 대처하기 위하여 전국에 각종 군사가지를 설치하고, 군사기지의 보호와 비행안전을 위하여 군사기지 주변에 보호구역 등을 설정하고 있다. 국방부장관은 군사기지 주변에 비행안전구역(飛行安全區域)을 지정하거나 이를 변경 또는 해제할 수 있고, 비행안전구역 내에서 그 구역의 표면높이 이상인 건축물의 건축, 공작물・식물이나 그 밖의 장애물의 설치・재배 또는 방치행위는 금지된다.

종래에는 국민들이 기본권제한을 수인(受忍)하는 것이 일반적이었으나, 국민의 권리의식의 증대로 인하여 여러 가지 법률상 쟁송이 증가하고 있다. 초창기에는 비행안전구역 내에서 건축물의 신축 허가와 관련된 문제가 쟁점이 되었고,[1] 최근에는 국가가 비행안전구역을 설정하여 사용하는 경우 토지소유자는 국가를 상대로 부당이득반환 또는 손실보상을 청구하는 사례가 등장하였다. 이 글에서는 위와 같은 쟁점을 판시대상으로 한 서울고등법원 2018. 10. 11. 선고 2018나2034474 판결[2]을 중심으로 논의를 진행하기로 한다.

Ⅱ. 사실관계

(1) 원고는 수원시 권선구 세류동 소재 대지(이하 '이 사건 부동산')에 관하여 1987. 9. 22.부터 2011. 4. 19.까지 수차례에 걸쳐 소유권이전등기를 마쳤다. 피고 대한민국은 1954. 11. 26.경 이 사건 각 부동산 주변에 공군기지(K-13 기지)를 설치하여 이 사건 변론종결 무렵까지 운영하고 있다.

(2) 공군 제10전투비행단장은 2001. 3. 2. 구 군용항공기지법(2002. 8. 26. 법률 제6720호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법') 제6조, 제21조의2 및 같은 법 시행

1) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91누8876 판결.
2) 원고가 상고를 제기하였으나, 대법원 2019. 1. 17.자 2018다283513 판결로 심리 불속행으로 상고 기각되어 확정되었다.

령 제2조에 의하여 "구 법에 의거 현재 해당 행정기관에 비치하여 이해관계인이 열람하도록 하고 있는 군용항공기지구역 구역도에 대해 감사원 감사결과를 근거로 1997. 5. 건설교통부에서 보완을 요구해옴에 따라 K-13 기지 군용항공기지구역 구역도를 정밀하게 재작성하였으므로, 항공기 비행안전과 기지의 보호를 위하여 다음과 같이 재고시합니다"라는 내용으로, 기지 비행안전구역 및 비상활주로 비행안전구역 해당지역에 관한 고시를 하였다. 위 고시에 따르면 이 사건 부동산이 위치한 수원시 권선구 세류동은 K-13 기지의 비행안전구역(5구역) 및 K-13 비상활주로의 비행안전구역(제2구역)에 포함되어 있다.

(3) 구 법 등 성격이 유사한 군사시설보호 관련 규제법을 하나의 법률로 통합하는 「군사기지 및 군사시설 보호법」이 2007. 12. 21.자로 제정되었고, 제정법 부칙 제6조 제2항은 "이 법 시행 당시 종전 군용항공기지법에 따라 지정·고시된 비행안전구역은 이 법에 따른 비행안전구역으로 지정·고시된 것으로 본다"라고 규정하고 있다.

(4) 그 후 피고는 2013. 12. 31. 국방부고시 제2013-475호로 위 세류동 지역에 관한 비행안전구역 중 K-13 비상활주로의 비행안전구역(제2구역) 지정을 해제하였다.

(5) 원고는 제1심[3]에서 부당이득반환을 청구하다가 항소심에서 부당이득반환 및 손실보상을 선택적으로 청구하였다.[4] (i) 원고는 부당이득반환 청구원인으로, 피고가 법률상 원인 없이 원고 소유의 이 사건 부동산 상공에 2001. 3. 2.부터 2013. 12. 31.까지는 지상 13.42m, 해발 41.05m 이상, 2014. 1. 1. 이후는 지상 45m, 해발 71.21m 이상 비행안전구역을 설정하여 배타적으로 사용하면서 원고의 토지소유권이 미치는 범위 내의 상공에서 사용료 상당의 부당이득을 얻고 있고, 원고에 대하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 하였으므로, 이를 부당이득으로 원고에게 반환할 의무가 있다고 주장하였다. (ii) 원고는 손실보상 청구원인

3) 서울중앙지방법원 2018. 6. 27. 선고 2017가합582928 판결.

4) 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심 법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결.

으로, 피고가 원고 소유의 이 사건 부동산 상공에 비행안전구역을 설정하여 배타적으로 사용하고 있으므로, 원고에게 헌법 제23조 제3항에 따라 정당한 보상을 지급하여야 하고, 비록 군사기지법에 구체적 손실보상규정이 없다고 하더라도, 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '공익사업법')에 의하여 손실보상금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

Ⅲ. 참조 조문

1. 군사기지 및 군사시설 보호법 (이하 '군사기지법')

제1조(목적) 이 법은 군사기지 및 군사시설을 보호하고 군사작전을 원활히 수행하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 국가안전보장에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 8. "비행안전구역"이란 군용항공기의 이착륙에 있어서의 안전비행을 위하여 국방부장관이 제4조 및 제6조에 따라 지정하는 구역을 말한다.

제6조(비행안전구역의 지정범위 등) ① 비행안전구역은 항공작전기지의 종류별로 구분하되, 그 지정범위는 별표 1과 같다.

② 제1항에 따른 항공작전기지의 종류별 위치, 비행안전구역의 지정절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[별표 1]

1. 전술항공작전기지

마. 제5구역(내부수평면)은 활주로 중심선 양끝 지점을 중심으로 한 반지름 2,286미터의 원이 제2구역 바깥쪽 변에서 시작하여 제1구역 짧은 변 연장선 교차점까지의 두 원호를 연결(활주로 중심선과 평행하게 연결)하는 선과 제4구역의 긴 변으로 이루어지는 구역으로서 기본표면의 중심선의 높이 중 가장 높은 점을 기준으로 하여 수직상방으로 45미터의 높이를 이루

는 수평인 평면구역으로 하며, 이를 도시하면 별표 2의 제5구역과 같다.

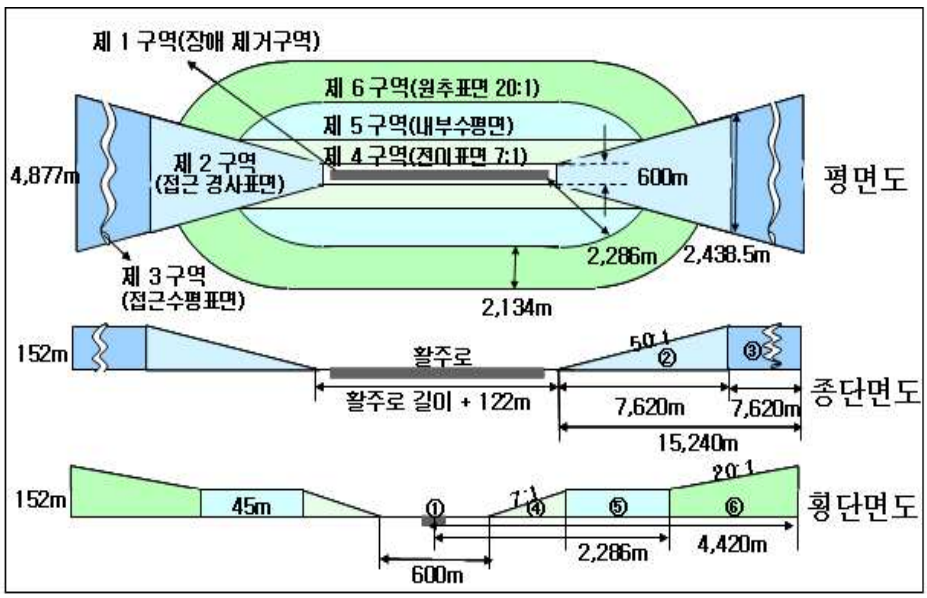
4. 예비항공작전기지

가. 비상활주로

(2) 제2구역은 기본표면의 양끝 짧은 변 바깥쪽에 연접한 구역으로서 기본표면 양끝의 폭 145미터를 짧은 변으로 하고, 그 짧은 변으로부터 2,000미터 떨어진 거리에 있는 945미터의 평행선(활주로 중심선의 연장선에서 양쪽 밖으로 각각 472.5미터)을 긴 변으로 하여 이루어지는 사다리꼴형 내의 구역으로서 기본표면 양끝으로부터 바깥쪽 상부로 향하는 35분의 1의 경사도를 이루는 구역으로 하며, 이를 도시하면 별표 5의 제2구역과 같다.

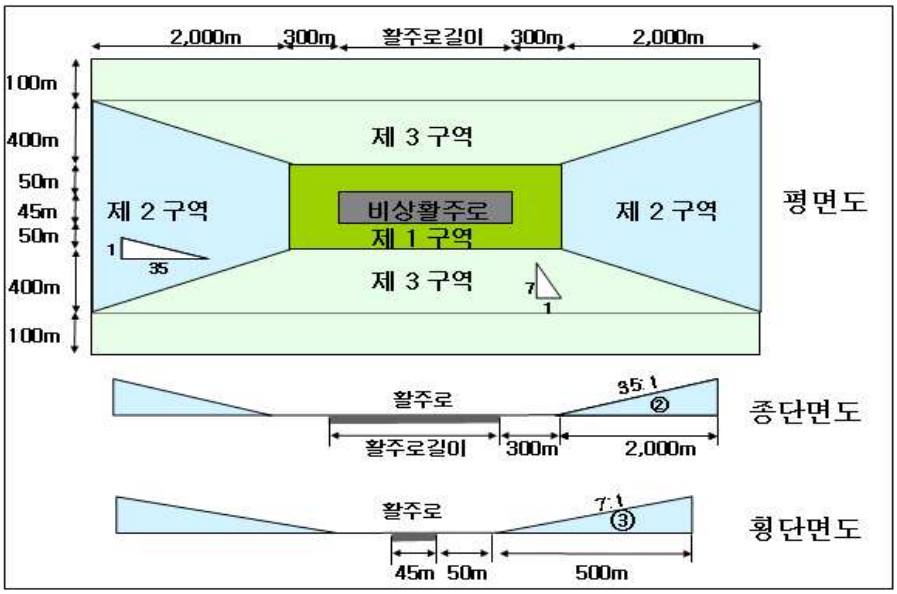
[별표 2]

전술항공작전기지의 비행안전구역



[별표 5]

비상활주로의 비행안전구역



제20조(손실보상) ① 국방부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다. 다만, 그 소유자 및 그 밖의 권리를 가진 자에게 귀책사유가 있을 때에는 그러하지 아니하다.

1. 제9조 제2항에 따른 장애설비등의 사용제한으로 인하여 발생한 손실
2. 제10조 제1항 제1호 또는 제2호에 해당하는 장애물을 제11조 제1항에 따라 제거함으로써 발생한 손실

Ⅳ. 판시사항

(1) 구 군사기지법의 입법 취지, 규정 내용, 비행안전구역의 정의 및 지정 범위 등을 종합하여 고려하여 보면, 비행안전구역은 국가가 군용항공기의 이착륙에 있어서의 안전비행을 확보하기 위한 목적뿐만 아니라, 아울러 그 과정에서

발생할 수 있는 사고를 방지하고 인근 주민들의 생명·신체·재산을 보호하려는 목적으로 지정하는 것으로서, 그 공공성과 사회적 가치를 인정할 수 있다.

(2) 군사기지법의 입법취지와 규정내용, 비행안전구역의 지정 목적과 그 범위, 비행안전구역 내에서의 행위 제한에 관한 규정 등을 종합하여 보면, 비행안전구역은 국가가 군용항공기의 이착륙에서의 안전비행을 확보하기 위한 목적으로 지정하는 것이므로, 국가는 군용항공기의 안전한 이착륙을 위하여 군사기지법이 정한 적법한 절차에 따라 비행안전구역으로 지정된 토지의 상공을 사용할 권리가 있다. 따라서 피고는 군사기지법에 의하여 이 사건 부동산 상공을 사용할 적법한 권원이 인정되므로, 피고가 법률상 원인 없이 이 사건 부동산 상공에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻었다고 할 수 없다.

(3) 구 공익사업법(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것) 제3조는 공용침해의 3가지 유형 중 '공용수용'과 '공용사용'의 경우에만 위 법률이 적용되는 것으로 한정하고 있고, 그에 따라 구 공익사업법은 공용수용과 공용사용에 기한 손실보상관계만 규율하고 있을 뿐 공용제한에 기한 손실보상관계는 규율하고 있지 않다. 따라서 공용제한에 기한 손실보상의 규정이 없는 공익사업법을 근거로 손실보상을 구하는 원고의 주장은 부당하다.

Ⅴ. 비행안전구역

1. 의의

1.1. 도입 배경

국제민간항공기구(ICAO)는 공항에서 항공안전의 확보, 재산권 소유자의 재산권 보호, 공항운영의 효율성 극대화를 위하여 ICAO Annex 14, Doc 9137-AN/898 등에서 장애물 제한제도를 규정하고 있다.[5] 위 규정은 민간항공에만 적용되고

5) 공항장애물 제한표면 제도 개선방안 연구 - 요약보고서-, (사) 한국항행학회, 한국항공교통관제사협회, 2012. 12. 24., 2면.; 장애물 제한표면에 관한 연구로는 김휘양·전종진·유광의, "장애물 제한표면과 항공학적 검토방법의 제도개선에 관한 제언", 「항공우

군사기지에는 적용되지 않지만, 제도의 취지는 군사기지에도 준용되므로 군사기지에는 유사한 제도를 두고 있는데, 미국 국방부는 통합시설기준(Unified Facilities Criteria)[6]에서 비행장의 장애물 제한제도에 관하여 규정하고 있는 것이 그 예이다.[7]

1.2. 취지

(1) 군사기지법은 군사기지 및 군사시설을 보호하고 군사작전을 원활히 수행하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 국가안전보장에 이바지함을 목적으로 하는 법률로(제1조), '비행안전구역'이란 군용항공기의 이착륙 시 안전비행을 위하여 국방부장관이 군사기지법에 따라 지정하는 구역을 말한다(군사기지법 제2조 제8호). 비행안전구역은 이외에도 군용항공기의 이착륙 시 발생할 수 있는 사고를 방지하고, 인근 주민들의 생명·신체·재산을 보호하려는 목적도 아울러 가지고 있다.

(2) 비행안전구역의 제한고도 및 경사도는 수많은 항공기 사고 사례에 대한 연구검토와 비행시험 등을 거쳐 항공기의 이착륙 각 단계별로 설정된 것이다.[8] 특히 제한고도는 비행 중 계기오차나 관제사 또는 조종사의 실수로 초래될 수 있는 고도를 감안하여 설정된 것으로, 제한고도를 초과하는 장애물이 있을 경우에는 항공기와 충돌할 위험이 크다.[9]

1.3. 종류

비행안전구역은 항공작전기지별로 제1구역(障碍除去區域), 제2구역(接近傾斜表面), 제3구역(接近水平表面), 제4구역(轉移表面), 제5구역(內部水平面), 제6구역(圓錐表面) 등이 설정된다.[10] 비행안전구역은 미국 연방 항공국(Federal Aviation

---

주정책·법학회지」 제34권 제1호, 2019. 6., 159~201면 참조.

6) Airfield And Heliport Planning And Design, UFC 3-260-01, 4 February 2019.

7) 위 규정은 해외에 주둔하는 미군기지에도 적용된다. Airfield And Heliport Planning And Design, UFC 3-260-01, 4 February 2019, 1-2.2.

8) 고도제한에서 차폐이론에 관한 연구성과로는 하홍영·김해마중·홍상범, "군용항공기지법상 고도제한의 개선방향 -차폐이론을 중심으로-", 「항공우주법학회지」 제19권 제1호, 2004. 6., 79~107면.

9) 정학진, 「군용항공기지법 개론」, 법률서원, 2002, 123~124면.

Administration)의 규정을 바탕으로 1970년 제정된 뒤 1981년 비행기술발달을 고려한 거리제한의 축소 및 안전구역 구분 단계의 확대 이후 현재까지 큰 틀의 변화 없이 계속 유지되어 오고 있다.[11]

2. 법적 성질

2.1. 재산권의 제약

독일의 행정법학에서는 재산권을 제약하는 법률을 (i) 재산권의 사회적 구속성에 빠른 한계를 규율하는 내용규정(Inhaltsbestimmung)[12]과 (ii) 헌법과 법률에 의해 보장되는 재산권을 공공필요에 의해 수용·사용·제한하는 수용(Enteignung)[13]의 근거법률로 구분한다. 독일의 경우 재산권의 사회적 제약 내지 내재적 한계를 규율하는 내용규정과 보상을 반드시 요하는 재산권의 수용을 구별하는 것이 매우 중요하다.[14]

현재까지 군사시설보호구역이나 비행안전구역의 지정의 법적 성질에 관하여 판시한 판례는 없지만, 강학상 행정청의 결정에 의하여 사권의 행사가 제한되는 효과가 발생하는 점에서 이와 유사한 성격을 지닌 개발제한구역의 지정에 관한 판례에 비추어 보면,[15] 비행안전구역의 지정으로 인한 재산권 제한은 국민이 수인하여야 할, 재산권의 내재적 제한에 해당한다는 해석도 가능할 수 있다. 만약

10) 전술항공작전기지의 비행안전구역은 미국 국방부 UFC 3-260-01의 “Class B Army and Air Force Runway Airspace Plan and Profile Runway Imaginary Surfaces”의 내용과 동일하다. ICAO 시카고 협약 부속서 14에서는 제7구역(외부수평표면)을 추가로 규정하고 있다.

11) 차경상,「군사기지 및 군시설 보호법상 개인의 재산권 보장에 관한 연구」, 고려대 법학석사 학위논문, 2009, 52~53면.

12) 재산권의 내용규정이란 법률의 시행일로부터 장래를 향하여 당해 소유권의 내용을 일반적 객관적으로 규율하기 위한 법규범이다. BVerfGE 72, 66, 76.

13) 재산권의 수용이란 헌법에서 보장하는 재산권을 내용으로 하는 구체적이고 주관적 법적 지위를 특정한 공익상 목적을 위해 제한하는 것이다. BVerfGE 70, 191, 199.

14) 이원우, “군사시설보호구역에 의한 재산권 제한과 피해구제방안”, 한양대「법학논총」제19집, 2002, 18~19면.

15) 도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이다. 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정.

이러한 견해를 취하게 되면, 헌법 제23조 제1항에서 재산권의 내용을 법률로 정하게 하고 있으므로(형성적 법률유보), 재산권의 내용을 정하는 법률에 의한 재산권제한은 내재적 한계로서 그 자체가 재산권의 내용을 규정하는 것이므로 적법하고 또한 아무런 보상도 요구되지 않는다는 결론이 도출된다.[16]

그러나 우리나라에서는 아래에서 보는 바와 같이 공용제한에 해당하더라도 반드시 보상을 해야 하는 것은 아니고, 공용제한으로 야기되는 희생이 특별한 희생인지 여부를 따져 특별한 희생에 해당하는 경우에 한하여 보상을 하여야 한다는 입장이 다수의 지지를 얻고 있으므로, 이에 따르면 재산권의 내재적 한계와 특별한 희생에 해당하지 아니하는 공용제한의 구별은 실익이 거의 없게 된다.

2.2. 군사제한

국가 또는 지방자치단체 등이 일정한 공익목적을 달성하기 위하여 사인의 재산권을 침해하는 것을 공용침해(公用侵害)라 하는데, 이러한 공용침해는 공용수용, 공용사용, 공용제한으로 분류된다.[17] 공용부담(公用負擔)이란 일정한 공공복리를 적극적으로 증진하기 위하여 개인에게 부과되는 공법상의 경제적 부담을 말한다.[18] 공용제한(公用制限)이란 특정한 공익사업이나 복리행정을 수행하기 위하여 또는 일정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인의 재산권에 과하는 공법상 제한을 의미한다.[19] 국민의 재산권은 국가안전보장을 위하여 법률로 제한할 수 있는바(헌법 제37조 제2항),[20] 비행안전구역은 국가안전보장의 구체적 내

16) 이러한 견해는 독일의 연속성이론(Schwellentheorie)과 맥을 같이 하는 것이다. 그러나 연속성이론에 따른다고 하더라도 재산권의 내용을 규정하는 법률은 재산권의 내용규정이고 내재적 한계에 해당하므로 보상이 필요없다고 주장하는 것은 오류이다. 연속성이론에 따른다면 그러한 제한으로 야기되는 희생이 특별한 희생인지 여부를 따져보아야 하기 때문이다. 만일 특별한 희생에 해당한다면, 제한은 수용으로 전환되며, 헌법 제23조 제3항에 따라 보상이 요청된다(이원우, 앞의 글, 20면). 개발제한구역의 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌성이 있다(헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정).

17) 서울고등법원 2013. 5. 3. 선고 2012나34247 판결.

18) 박균성, 「행정법론(하)」, 제18판, 박영사, 2020, 473면.

19) 박균성, 앞의 책, 483면; 정회근, “토지소유권의 제한과 손실보상”, 「토지공법연구」 제20집, 2003, 270~271면.

20) 헌법상의 재산권은 토지소유자가 이용가능한 모든 용도로 토지를 자유로이 최대한 사용할 권리나 가장 경제적 또는 효율적으로 사용할 수 있는 권리를 보장하는 것을

용인 군사기지의 안전을 위하여 군사기지 인근 주변의 재산권을 제한한다는 점에서 공용제한의 일종인 군사부담(軍事負擔) 중 군사제한(軍事制限)에 해당한다.[21]

3. 비행안전구역의 지정

3.1. 행정청

국방부장관은 비행안전구역을 지정하거나 이를 변경 또는 해제할 수 있다(군사기지법 제4조 제1항, 제6조).

3.2. 성립요건

군사시설보호법에 의한 군사시설보호구역의 설정·변경·해제와 같은 행위는 행정입법행위 또는 통치행위로서 이와 같은 행위는 그 종류에 따라 관보에 게재하여 공포하거나 또는 대외적인 공고·고시 등에 의하여 유효하게 성립되고 개별적 통지를 요하지 아니한다.[22] 위와 같이 판례는 보호구역의 지정이 통치행위라고 보고 있다. 그런데 입헌적 법치주의국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하고, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속한다. 다만 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 '통치행위'라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있을 수 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정하더라도 과도한 사법심사의 자제가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 한다.[23] 따라서 비행안전구역의 지정은 설령 통치행위라 하더라도 고도의 정치성

의미하지는 않는다. 입법자는 중요한 공익상의 이유로 토지를 일정 용도로 사용하는 권리를 제한할 수 있다. 따라서 토지의 개발이나 건축은 합헌적 법률로 정한 재산권의 내용과 한계내에서만 가능한 것일 뿐만 아니라 토지재산권의 강한 사회성 내지는 공공성으로 말미암아 이에 대하여는 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있다. 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정.

21) 군사부담이란 국방목적을 위하여 국가가 국민에게 부과하는 국방지원의무를 말한다. 정학진, 앞의 책, 44~45면.

22) 대법원 1985. 1. 22. 선고 83누279 판결, 대법원 1983. 6. 14. 선고 83누43 판결.

을 띤 행위라고 볼 수는 없으므로, 사법적 심사의 대상이 된다고 보아야 한다.

3.3. 지정행위의 법적 성질

군사시설보호구역 설정·고시행위는 위 토지구역내의 소유자 등에게 개별적인 통지를 요하지는 아니한다는 점에서 행정입법적 성격이 있더라도, 개인의 권리 또는 법률상 이익을 개별적·구체적으로 규제하는 효과를 가져온다는 점에서 도시계획법상의 '도시계획결정고시'와 그 성격을 같이 한다.[24]

현재까지 군사시설보호구역이나 비행안전구역의 지정의 법적 성질에 관하여 판시한 판례는 없지만, 이와 유사한 성격을 지닌 도시계획결정에 관하여는 "도시계획법 제12조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이고, 이는 행정소송의 대상이 된다"[25]고 판시한 판례의 취지에 비추어 보면, 군사시설보호구역 설정·고시행위도 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다.

3.4. 비행안전구역의 범위

(1) 항공작전기지의 비행안전구역 중 제5구역은 '활주로 중심선 양끝 지점을 중심으로 한 반지름 2,286m의 원이 제2구역 바깥쪽 변에서 시작하여 제1구역 짧은 변 연장선 교차점까지의 두 원호를 연결(활주로 중심선과 평행하게 연결)하는 선과 제4구역의 긴 변으로 이루어지는 구역으로 기본표면의 중심선의 높이 중 가장 높은 점을 기준으로 하여 수직상방으로 45m의 높이를 이루는 수평인 평면구역'으로 기본표면에서부터 45m 이상의 구간을 의미한다.

(2) 비상활주로에 대한 비행안전구역 중 제2구역은 '기본표면의 양끝 짧은 변 바깥쪽에 연접한 구역으로서 기본표면 양끝의 폭 145m를 짧은 변으로 하고, 그 짧은 변으로부터 2,000m 떨어진 거리에 있는 945m의 평행선(활주로 중심선의 연장선에서 양쪽 밖으로 각각 472.5m)을 긴 변으로 하여 이루어지는 사다리꼴

23) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결.
24) 박영만, 「군사상 필요에 의한 사인의 토지재산권에 대한 공용침해와 그 구제」, 경북대 법학박사 학위논문, 2000, 106~107면.
25) 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결.

형 내의 구역으로 기본표면 양끝으로부터 바깥쪽 상부로 향하는 1/35의 경사도를 이루는 구역'으로 기본표면에서부터 13.42m 이상의 구간을 의미한다.

4. 미국 판례

4.1. Com. v. Rogers, 634 A.2d 245 (Pa. Super. Ct. 1993)

미국 연방항공청(FAA)이 항공안전에 관한 규정을 제정할 권한을 가지고 있지만, 그 규정은 법적 강제력이 없다. 연방항공청은 공항 근처에서 항공안전을 저해하는 건축물의 신축을 제한할 권한이 없다. 이러한 권한은 건축의 허가를 담당하는 주 정부나 지방자치단체에게 인정된다.

4.2. The Carroll Airport Commission (Operating the Arthur N. Neu Municipal Airport) v. Loren W. Danner and Pan Danner, 17-1458 (Iowa 2019)

미국 연방항공청이 공항 근처에서 농장을 소유하고 있는 농부가 지상에서 127ft 높이의 곡물저장소를 신축하는 것은 항공안전에 지장이 없다고 판단하였다 하더라도, 건축물의 신축 여부에 대한 허가권은 공항위원회의 권한에 속하므로, 공항위원회가 곡물저장소의 철거를 명령한 것은 정당하다.

5. 효과

(1) 비행안전구역 내에서 그 구역의 표면높이 이상인 건축물의 건축, 공작물·식물이나 그 밖의 장애물의 설치·재배 또는 방치행위는 금지되고(군사기지법 제10조 제2항), 관할부대장 등은 제10조를 위반한 자 또는 그 위반으로 인한 장애물의 소유자와 그 밖의 권리를 가진 자에게 퇴거를 강제하거나 장애물의 제거, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다(제11조 제1항).

(2) 비행안전구역 내에 위치한 토지상의 건축물을 설치하고자 하는 신청에 대한 허가를 함에는 국방부장관 또는 기지부대장과 협의를 하여야 하고, 이 때 국방부장관 또는 기지부대장이 군사목적의 필요상 불가하다는 회신을 하여 온 경

우에는 허가를 할 수 없다.[26] 이와 같이 군사시설법상 특수한 제도로 관할 군부대에의 협의절차로서 작전성 검토를 들 수 있다. 관할 군부대의 작전성 검토절차는 군사시설 등을 보호하기 위하여 군사시설보호구역 내의 각종 건축물을 신·개축하는 행위에 대해 군부대가 이를 직접적인 통제방식을 채택하고 있지 아니하고 관계 행정기관의 허가 등에 간접적으로 관여하는 형식으로 그 목적을 달성하고 있다.

Ⅵ. 소유권의 범위와 원고의 정당한 이익의 존부

1. 토지소유권의 범위

1.1. 정당한 이익이 있는 범위 내의 토지 상공

토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치고(민법 제212조), 토지의 상공으로 어느 정도까지 정당한 이익이 있는지는 구체적 사안에서 거래관념에 따라 판단하여야 한다.[27] 항공기가 토지의 상공을 통과하여 비행하는 등으로 토지의 사용·수익에 대한 방해가 있음을 이유로 비행 금지 등 방해의 제거 및 예방을 청구하거나 손해배상을 청구하려면, 토지소유권이 미치는 범위 내의 상공에서 방해가 있어야 할 뿐 아니라 방해가 사회통념상 일반적으로 참을 한도를 넘는 것이어야 한다.[28] 이하에서는 토지소유권이 미치는 상공의 범위에 관한 외국 판례에 관하여 간략하게 살펴보기로 한다.

---

26) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91누8876 판결.

27) '정당한 이익'의 존부는 사전에 획일적으로 결정되는 것이 아니라 토지 소유자와 그가 속한 공동체의 관계, 해당 토지와 주변 토지의 관계를 고려하여 거래관념에 따라 유연하게 결정되어야 한다. 권영호·김상명, "입체적 공간을 이용한 토지소유권의 범위",「토지공법연구」제12집, 2001, 374면.

28) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2013다71098 판결. 最高裁 2016. 12. 8. 宣告 平成 27年(行ヒ) 제512, 513호 判決도 이와 같은 취지이다.

1.2. Bernstein of Leigh v. Skyview and General Ltd[29]

1.2.1. 사실관계

(1) 피고 Skyview and General Ltd는 1974. 8. 3. Kent에 있는 원고 Bernstein of Leigh 소유의 농장(Coppings Farm)을 항공사진 촬영하였고, 그 사진을 원고에 매수하도록 권유하였다.

(2) 원고는 피고가 원고의 동의를 받지 아니하였으므로, 원고의 프라이버시를 중대하게 침해하였다고 주장하였다. 원고는 피고에게 사진을 인도할 것, 네거티브 필름을 원고에게 인도하거나 폐기할 것을 요청하였다. 피고의 경영이사 Arthur Ashley는 만약 위와 같은 원고의 요청을 알았다면, 사진과 네거티브 필름을 폐기하고 앞으로는 이와 비슷한 항공사진을 촬영하지 않을 것이라고 하였다. 그러나 피고의 답장은 18세의 비서가 작성하였는데, 비서는 원고에게 네거티브 필름을 15파운드에 매수할 것을 제안하였다.

(3) 원고는 피고가 원고의 농장사진을 촬영하기 위하여 원고 소유의 토지 상공을 고의로 침범하였으므로, 피고가 원고의 소유권 침해와 프라이버시권 침해를 하였다고 주장하였다. 피고는 원고의 농장에 대하여 항공사진을 촬영한 것은 인정하였으나, 인접한 토지 상공을 지나갔을 뿐 원고 토지의 상공을 지나 간 것은 아니라고 주장하였다. 피고는 원고 농장에서 300ft 높이의 상공 및 토지 경계선에서 바깥쪽으로 30m 떨어진 곳을 비행하였다고 주장하였다. 원고는 헬기를 이용하여 피고가 촬영하였던 사진을 재현하였는데, 그 결과 피고가 원고의 토지 경계선에서 1,000ft 상공 및 30ft 안쪽을 비행하였다고 주장하였다. 1974년 당시 사진을 촬영한 조종사는 찾을 수 없었으나, 증거에 의하면 피고는 원고 토지의 상공을 비행한 것으로 인정되었다.

(4) 원고는 청구원인에서 오래된 라틴 법언(*cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad inferos*)[30]을 주장하였다. 토지소유권자는 그 상공에 대하여 일정한 권리가 있다는 것은 오래 전부터 인정되었다. Wandsworth Board of Works v. United Telephone Co 사건[31]에서는 토지소유자에게 토지 상공에 설치되어 있는

29) [1978] QB 479.
30) 토지소유권은 그 위로 무한한 상공과 그 지하까지 미친다.
31) (1884) 13 QBD 904.

전선을 제거할 수 있는 권리를 인정하였고, Gifford v. Dent 사건[32]에서는 원고 소유의 앞마당에 4피트 8인치 돌출하도록 간판을 설치한 피고의 행위는 불법침해(trespass)라고 인정하였다.

1.2.2. 판시사항

(1) 만약 위와 같은 라틴 법언을 문자 그대로 적용한다면, 인공위성이 정원 위를 지나갈 때마다 불법침범에 해당한다는 불합리한 결론에 도달하게 된다. 이 사건에서 쟁점은 토지소유자가 그 토지를 사용·수익할 수 있는 권리와 일반 공중이 과학기술의 발달로 공역사용으로 향유하는 이익을 조정하는 것이다. 이러한 법익균형에 가장 좋은 방법은 토지소유권의 범위를 일반적인 토지의 사용·수익과 토지상공에의 시설물의 설치 등에 필요한 토지상공으로 공역에 대한 소유자의 권리를 제한하고, 그 높이 이상의 공역에 대하여는 일반 공중보다 우선하는 권리는 존재하지 않는다고 선언하는 것이다.

(2) 이러한 법리를 이 사건에 적용하면, 피고가 원고의 토지 상공을 비행하는 것은 불법침해에 해당하지 않고, 설령 피고가 원고 소유의 건물을 촬영하였다고 하더라도 사진촬영행위가 정당한 비행을 불법침해로 변경시키는 것은 아니다. 1949년 민간항공법(Civil Aviation Act 1949) 제40조 제1항(1982년 민간항공법 제76조 제1항에 해당한다)[33]에서도 합리적인 높이 이상에서의 비행은 불법침해나 생활방해에 해당하지 않는다고 규정하고 있다. 다만 피고가 지속적으로 원고의 집을 감시하거나 원고의 행동을 일일이 촬영한다면, 법원은 피고의 원고에 대한 프라이버시 침해와 생활방해를 이유로 구제명령을 발령할 수 있다.

---

32) (1926) 71 SJ 83.

33) **1982년 민간항공법 (Civil Aviation Act 1982) 제76조 불법침해, 생활방해, 지상 제3자의 손해에 대한 항공기의 책임**

(1) 항공기가 소유물 상공을 비행한 것이 바람, 날씨, 모든 비행상황을 고려하였을 때 합리적이거나 또는 그러한 비행이 항공운항규정과 제62조에 의한 규정을 적법하게 준수하여 일상적인 것이라면, 불법침해 또는 생활방해를 구성하지 아니한다.

76 Liability of aircraft in respect of trespass, nuisance and surface damage

No action shall lie in respect of trespass or in respect of nuisance, by reason only of the flight of an aircraft over any property at a height above the ground which, having regard to wind, weather and all the circumstances of the case is reasonable, or the ordinary incidents of such flight, so long as the provisions of any Air Navigation Order and of any orders under section 62 above have been duly complied with....

1.3. United States v. Causby, 328 U.S. 256 (1946)[34]

1.3.1. 사실관계

Thomas Lee Causby는 노스 캐롤라이나 주 그린스보로(Greensboro) 소재 Lindley Field 공항 활주로 끝에서 0.5마일 이내(헛간까지는 2,220ft, 집까지는 2,275ft)에 위치한 토지의 소유자였다. 제2차 세계대전 중 미군은 1942. 5.부터 위 공항을 이용하면서 Causby 소유의 농장에서 25m(83ft) 이상의 높이로 폭격기, 수송기, 전투기 등을 운항하였다. 활주로로 가는 운항경로는 너비 100ft, 길이 1,200ft의 건물 바로 위에 위치하고 있었기 때문에, 항공기로 인한 진동과 소음으로 인하여 원고 소유의 농장에서 150마리 이상의 닭이 폐사하였다.

1.3.2. 재판의 경과 및 피고의 주장요지

항소법원은, 원고의 소유권은 지상 공간에 미치고, 피고가 저고도로 원고의 토지 위로 항공기를 운항하였기 때문에 원고의 재산을 수용한 것과 같으므로, 피고는 수정헌법 제5조에 의하여 원고에게 정당한 손실보상을 하여야 한다고 판시하였다. 이에 대하여 피고는 연방법에 의하여 미국은 공역에 대한 완전하고 독점적인 주권을 보유하고 있고, 이 사건 운항경로는 최저안전비행고도 위에 있기 때문에 피고는 항행의 자유를 행사한 것이며, 피고가 원고 토지상의 공간을 운항경로로 사용하더라도 원고는 손해를 입은 것이 아니어서 원고에게 보상할 의무가 없다고 주장하였다.

1.3.3. 판시사항

토지의 소유권은 지상 위로 우주공간까지 미친다는 고대 법언(ad coelum)은 현대사회에서는 더 이상 유효하지 않다. 공역에 관한 연방정부의 소유권은 지표면까지 미치는 것은 아니다. 연방법에 의하면, 최저안전비행고도는 낮에는 500ft, 밤에는 1,000ft이고, 항공기의 종류와 지형의 특성에 따라 300~1,000ft로 규정되어 있다.[35] 따라서 이 사건에서 피고가 사용한 운항경로는 최저안전비행

34) 위 판결에 대한 분석 및 후속 판례의 동향에 관하여는 Colin Cahoon, “Low Altitude Airspace: A Property Rights No-Man’s Land”, 56 J. Air L. & Com. 157, 1990. 참조.
35) Section 60.17 of the Civil Air Regulations.

고도보다 낮기 때문에, 연방의회가 자유로운 운항을 허용한 공역에는 해당하지 아니한다.

토지 위 공간은 공공의 목적에 사용되는 고속도로(public highway)이다. 그러나 지표면에 근접하여 비행하게 되면 토지소유자는 건축 제한 등 소유권을 완전히 사용·수익할 수 없기 때문에, 저고도비행은 토지를 수용하는 것과 유사하다.[36] 연방의회는 지상 83~365ft의 공간에 대하여는 공공을 위한 공역권(空役權, public easement)을 설정한 것으로 선언하였기 때문에, 피고는 원고에게 지상 83~365ft의 공간을 사용하는 것에 대한 보상을 하여야 한다. 그러나 항공기는 지표면상 83ft 이하로 운항할 수 없기 때문에, 피고는 원고에게 지표면상 83ft 이하의 공간 사용에 대한 보상을 할 필요는 없다.[37]

2. 이 사건 부동산 상공에 관한 원고의 정당한 이익 유무

2.1. 원고 주장의 전제

원고의 청구원인 주장 내용에 비추어 보면, 원고의 이 사건 청구는 비행안전구역으로 지정된 이 사건 부동산 상공이 이 사건 부동산의 토지소유권이 미치는 범위 내에 있어, 위와 같은 이 사건 부동산 상공에 관하여 이 사건 부동산의 소유자인 원고에게 정당한 이익이 있음을 전제로 한다.

2.2. 원고 주장에 대한 검토

2.2.1. 비행안전구역의 지정으로 인한 원고의 재산권 제한 여부

제1심 감정인은 제1심법원에 제출한 감정서에서 “이 사건 부동산의 용도지역

---

36) 같은 취지의 판결로는 Griggs v. Allegheny County, 369 U.S. 84 (1962). 토지소유자의 손해가 중대하다면 수용으로 보아야 하고, 수용은 반드시 물리적 점유를 의미하는 것은 아니다(Gerald L. Hallworth, “Judicial Legislation in Airport Litigation -A Blessing or Danger”, 39 Notre Dame L. Rev. 411, 1964, 416면).

37) 한편 소수설을 주장한 Black 연방대법관은 항공기 운항은 생활방해(nuisance)나 불법침해(trespass)의 법리에 의하여 처리하면 충분하다고 보았다. 연방불법행위소송법[Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §§ 2671~80 (1986)]의 통과로 인하여 연방정부를 상대로 위 법에 따른 손해배상청구가 가능하다고 보는 견해로는 Colin Cahoon, 앞의 글, 175면.

은 일반상업지역내 상업용으로 주변의 용도지역, 현황여건, 개발잠재력 등을 고려할 때 저층시가지로 분류된다. 토지의 지상 공간을 한시적으로 사용하는 경우에 그 사용 공간 부분 토지의 이용이 저해되는 정도에 따른 적정한 비율인 입체이용저해율 중 건물 등 이용저해율은 인근 토지의 이용상황, 이 사건 부동산의 건축법상 건축가능 층수, 경제적 층수, 현 이용 상태 및 개발잠재력 등을 고려하였을 때, 이 사건 부동산 상공 중 비행안전구역에 해당하는 지상 45m 이상 및 지상 13.42m 이상을 한시적으로 사용하더라도 아무런 저해가 없다"는 취지로 감정인의 의견을 밝혔다.

이러한 점에 비추어 보면, 원고가 이 사건 비행안전구역 지정으로 인하여 이 사건 부동산을 종래의 목적으로 사용하는 것이 제한되거나 금지되는 등의 적극적인 재산권 제한 내지 침해를 입었다고 보기 어렵다.

2.2.2. 원고가 이 사건 부동산 상공의 사용을 시도하였는지 여부

군사기지법 제10조 제5항에서는 "관할부대장등은 비행안전에 지장을 초래하지 아니하는 범위 안에서 각 기지별 지역의 특수성을 고려하여 항공작전기지의 비행안전구역에 있어서 그 구역의 표면높이 이상인 건축물의 건축, 공작물·식물이나 그 밖의 장애물의 설치 또는 재배를 허용할 수 있다"고 규정하여 일정한 경우 토지이용의 가능성을 열어두고 있다. 그런데 원고가 기존에 이 사건 각 부동산 상공의 사용을 시도하였다고 인정할 만한 정황을 찾아볼 수 없다.

2.2.3. 원고의 이 사건 부동산 취득시기와 원고의 인식

2.2.3.1 위험에의 접근이론

소음 등 공해의 위험지역으로 이주하였을 때 그 위험의 존재를 인식하고 그로 인한 피해를 용인하면서 접근한 것으로 볼 수 있다면, 그 피해가 직접 생명이나 신체에 관련된 것이 아니라 정신적 고통이나 생활방해의 정도에 그치고 침해행위에 고도의 공공성이 인정되는 경우에는, 위험에 접근한 후 실제로 입은 피해 정도가 위험에 접근할 당시 인식하고 있었던 위험의 정도를 초과하는 것이거나 위험에 접근한 후 그 위험이 특별히 증대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가해자의 면책을 인정할 수도 있다.[38] 특히 소음 등의 공해로 인한 법적 쟁송이

제기되거나 그 피해에 대한 보상이 실시되는 등 피해지역임이 구체적으로 드러나고 또한 이러한 사실이 그 지역에 널리 알려진 이후에 이주하여 오는 경우에는 위와 같은 위험에의 접근에 따른 가해자의 면책 여부를 보다 적극적으로 인정할 여지가 있다.[39]

2.2.3.2 대상사안의 검토

피고가 1954. 11. 26.경부터 이 사건 부동산 주변에 K-13 기지를 설치하여 운영해 왔는데, 원고는 그 이후인 1987. 9. 22.부터 2011. 4. 19.까지 이 사건 부동산의 분할·합병 전 토지들을 취득하였다. 경험칙상 군용항공기지에 활주로가 설치되고, 활주로 및 그 주변 상공을 이용한 군용항공기의 운행이 빈번하게 이루어질 것이라는 사정은 군용항공기지의 목적 및 특성상 충분히 예상 가능하다. 따라서 원고는 이 사건 부동산을 매수할 당시 이미 일정한 사용·수익 제한이 뒤따를 수 있다는 점을 알았거나 알 수 있었다고 보는 것이 타당하다.

2.2.4. 피고의 규제완화

원고가 이 사건 부동산을 취득한 이후 이 사건 비행안전구역 지정으로 인한 권리 침해 위험이 특별히 증대하였다는 사정을 찾기 어렵고, 오히려 피고는 2013. 12. 31. 기존 비행안전구역 지정 중 K-13 비상활주로의 비행안전구역(제2구역) 지정을 해제함으로써 규제를 완화하였다.

2.2.5. 소결

따라서 비행안전구역으로 지정된 이 사건 부동산 상공에 관하여 원고에게 정당한 이익이 있다고 보기 어렵다.

---

38) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2002다14242 판결.
39) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다13569 판결.

Ⅶ. 부당이득 반환의무의 존부

1. 부당이득의 법리

1.1. 의의

부당이득은 법률상 원인 없이 타인의 자산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자에게 이익 반환의무를 지도록 하는 제도이다(민법 제741조). 부당이득의 본질에 관하여는 공평 또는 정의에서 찾으려는 통일설과 급부부당이득·침해부당이득·비용부당이득으로 나누어서 원리를 찾는 비통일성의 견해대립이 있다.[40] 판례는 종전에는 통일설[41]을 취하였으나, 최근에는 비통일설의 입장에 선 판례가 자주 등장하고 있다.[42]

1.2. 손해배상청구권과의 경합

부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다.[43]

---

40) 「주석 민법」, 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 민법 제3편 제4장 부당이득 총설, 379~384면.
41) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다85816 판결.
42) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결.
43) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.

1.3. 항공기가 토지 지상을 사용하는 경우 부당이득액의 산정

대전고등법원 2019. 1. 31. 선고 2016나1364 판결[44]에서는 충남지방경찰청 항공대(航空隊)가 헬기 이·착륙에 사용하는 헬기장(이하 '이 사건 헬기장') 인근의 토지 소유자가 토지 상공 사용으로 인한 임료 상당의 손해배상을 청구하는 것이 문제되었다. 이하에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

1.3.1. 사실관계

(1) 피고 대한민국 소유의 대전 서구 (주소 1 생략) 대 2,926㎡ 지상에는 1985. 9. 16. 설치된 충남지방경찰청 항공대가 위치하고 있으며, 위 항공대에는 헬기가 이·착륙하는 헬기장이 있다.

(2) 이 사건 헬기장은 남동쪽 한 면이 대전 서구 (주소 2 생략) 대 3,212㎡(이하 '이 사건 토지')에 접하고 있고, 그 반대쪽인 북서쪽 한 면은 자동차정비업소와 접해 있으며, 남서쪽은 2차로 도로에 접해 있고, 그 도로 반대편에는 갑천이 흐르며, 갑천 너머로 넓은 농경지가 있는 반면, 이 사건 헬기장의 북동쪽으로는 명암마을과 도솔산이 있어 그 방면으로는 헬기가 이·착륙을 할 수 없게 되어 있다. 한편 '충남지방경찰청 항공대의 국지비행 절차도'에 기재된 '장주요도(場周要圖)'에는, 헬기가 좌선회를 하면서 이 사건 토지의 상공을 거쳐서 이 사건 헬기장에 착륙하고, 이륙 시에는 갑천 방향으로 이륙하도록 주요 항로가 그려져 있다.

(3) 충남지방경찰청 항공대는 소형 헬기(7인승) 한 대를 보유하고 있고, 이 사건 헬기장은 응급환자 이송 또는 각종 공공 업무를 위하여 위 헬기뿐만 아니라 다른 경찰청 소속 헬기(15인승, 7인승), 충남·충북소방헬기(14인승) 등의 이·착륙 장소로도 사용되어 왔다. 이 사건 헬기장이 사용된 횟수는 2004년경부터 2008년경까지 충남지방경찰청 소속 헬기가 약 571회, 다른 지방경찰청 및 충남·충북소방헬기가 약 51회(그중 충남소방헬기가 2005. 1. 1.부터 2009. 8. 13.까지 약 27회이다)이고, 이·착륙 당시의 풍향과 지상 및 공중의 장애물을 고려하여 이 사건 토지의 상공을 통과하여 접근하는 방식 또는 갑천 쪽에서 접근하는 방식 등을 선택하여 헬기가 이·착륙하여 왔다.

---

44) 대법원 2019. 6. 27.자 2019다3288 판결로 심리 불속행되어 확정되었다.

(4) 이 사건 헬기장에서 헬기가 이·착륙할 때 수직 상승 및 하강하는 고도는 매번 동일하지 않지만, 대체적으로 이 사건 헬기장에서 수직으로 약간 상승한 후 이 사건 토지 방향으로 전진하면서 서서히 고도를 높이며 이륙하고, 이 사건 토지 상공에서 헬기장 방향으로 전진하면서 서서히 고도를 낮추며 착륙하였다. 이 사건 토지 중 별지 도면 (생략) 비행경로선 안쪽 부분이 이 사건 토지 상공으로 헬기가 운항하는데 비행경로로 사용되었고, 이 사건 헬기장에서 주로 이·착륙한 헬기는 미국 K사의 L기종이고, 위 헬기의 주회전 날개 직경은 11.28m이다. 하강풍은 헬기가 이륙하거나 떠 있기 위하여 로터(rotor) 주위와 끝단에 형성되어 있는 회전성 와류로서 L기종의 경우 50~210도 방향에서 크게 발생하고, 헬기가 공중에 정지해 있는 경우에도 동체를 공중에 띄워놓기 위하여 하강풍의 힘은 유지되며, 이·착륙장이 아닌 곳에는 지면효과(Ground Effect)[45]까지 기대할 수 없으나, 하강풍에 따른 영향은 다소 존재한다.

1.3.2. 판시사항

(1) 이 사건 토지 상공으로 헬기가 운항함으로써 사용할 수 없게 되는 공중 부분의 범위는 대체로 기체 자체의 운항을 위하여 사용하는 공간과 같을 것이다. 그런데 헬기의 운항경로는 헬기의 기종, 기상 상황, 운행 방법, 운행 속도, 운행 시간 등 기타 여러 가지 사정에 따라 편차가 있고, 헬기가 주위에 일으키는 바람·진동·소음 등이 그때그때 어느 정도 변동 폭을 가지고 발생하는 점을 고려하면, 이 사건 헬기가 운항하는데 사용되는 공중 부분의 범위는 기체 자체가 통과하는 부분보다 다소 넓다고 봄이 상당하다.

(2) 비행경로, 전기사업법 제90조의2[46] 제2항 제1호(이 사건 토지 상공으로

45) 로터의 회전면 아래로 내려오는 강한 하강풍이 지면에 부딪혀서 다시 위로 올라가는 상향성 기류를 형성하거나 일련의 압축성 기류를 생성하여 양력에 도움을 주는 효과.

46) 제90조의2(토지의 지상 등의 사용에 대한 손실보상) ① 전기사업자는 제89조 제1항에 따른 다른 자의 토지의 지상 또는 지하 공간에 송전선로를 설치함으로 인하여 손실이 발생한 때에는 손실을 입은 자에게 정당한 보상을 하여야 한다.

② 제1항에 따른 보상금액의 산정기준이 되는 토지 면적은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 지상 공간의 사용: 송전선로의 양측 가장 바깥선으로부터 수평으로 3미터를 더한 범위에서 수직으로 대응하는 토지의 면적. 이 경우 건축물 등의 보호가 필요한 경우에는 기술기준에 따른 전선과 건축물 간의 전압별 이격거리까지 확장할 수 있다.

헬기가 운항함으로 인하여 토지 사용이 제한되는 것은 토지의 지상에 송전선로가 설치됨으로 인하여 토지 사용이 제한되는 것과 그 제한의 정도 및 범위가 유사하므로 위 규정을 참고한다),[47] 이 사건 헬기의 기종 및 형태, 운행 방식과 빈도, 비행하는 거리 및 비행고도·각도 등을 종합하면, 이 사건 헬기 운항으로 영향을 받는 수평 부분의 범위는 비행경로 부분과 이에 더하여 수평적으로는 L기종 헬기의 주회전날개 반지름인 5.64m와 이 사건 헬기의 운행에 영향을 받는 3m를 더한 부분으로 봄이 상당하다.

(3) 이 사건 토지 상공으로 헬기가 운항함으로 인하여 하강풍의 영향이 다소 있는바, (i) 14인승 헬기가 이 사건 헬기장에 착륙하기 위하여 이 사건 토지 상공을 통과하는 경우 강한 하강풍이 발생하는 점, (ii) 헬기가 일정 고도 이상으로 운항하는 도중에는 이·착륙할 때만큼 하강풍이 강하지는 않으나 하강풍이 다소 존재하는 점, (iii) 이 사건 헬기장에서 헬기가 이·착륙하는 장소 자체는 이 사건 토지는 아니지만 헬기의 이·착륙과 일정 고도 이상으로 운항하는 과정에서 이 사건 토지 상공이 간접적으로 영향을 받거나 직접 사용되는 점, (iv) 헬기가 이·착륙할 때 수직 상승 및 하강하는 고도는 일정하지 않아 헬기가 이·착륙하는 과정에서 영향을 받는 이 사건 토지의 범위와 일정 고도 이상으로 운항하는 과정에서 사용되는 범위를 명확하게 구분하기는 어려운 점, (v) 헬기가 이 사건 토지 상공을 통과하는 과정에서 구간마다 하강풍의 범위를 개별적으로 측정하기는 어려운 점과 이 사건 헬기의 기종 및 형태, 운행 방식과 빈도, 비행하는 거리 및 비행고도·각도 등을 종합하면, 이 사건 헬기 운항으로 영향을 받는 수직 부분의 범위는 이 사건 토지 상공으로 헬기가 운항하는 전체 과정에서 평균적으로 하방 5m의 범위가 포함된다고 봄이 상당하다.

(4) 원고가 이 사건 토지의 소유권을 취득한 2008. 9. 18.부터 이 사건 토지의 상공으로 헬기 운항이 중단된 2013. 8. 27.까지 기간 동안 위 공중 부분의 구분지상권 임료 상당의 손해가 발생하였고, 감정결과에 의하면 위 공중부분의 구분

---

2. 지하 공간의 사용: 송전선로 시설물의 설치 또는 보호를 위하여 사용되는 토지의 지하 부분에서 수직으로 대응하는 토지의 면적

③ 제1항 및 제2항에 따른 손실보상의 구체적인 산정기준 및 방법에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

47) 같은 취지로는 박정제, "토지소유권이 토지 상공에 미치는 범위", 대법원판례해설 제109호, 2007, 26면.

지상권 임료는 29,785,093원이므로, 피고는 원고에게 이 사건 토지의 상공으로 헬기를 운항함으로 인하여 발생한 29,785,093원의 손해를 배상할 책임이 있다.

1.3.3. 검토

대상판결은 토지 상공으로 헬기가 운항함으로 인하여 토지 사용이 제한되는 것은 토지의 지상에 송전선로가 설치됨으로 인하여 토지 사용이 제한되는 것과 그 제한의 정도 및 범위가 유사하다는 전제에서 임료 상당의 손해액을 산정하였다는 점에서 선례적 가치가 있다. 또한 위 판결은 미국 연방대법원이 United States v. Causby 판결에서 판시한 것과 그 취지를 같이한다는 점에서 의의가 있다. 이러한 판례의 취지를 종합하면, 지표면 위의 공간을 항공기의 운항경로로 사용하는 경우에는 지역권과 유사한 공역권(空役權, air easement)[48]을 설정하여 요역자가 승역자의 공간을 사용·수익할 수 있는 법리를 개발할 필요가 있다.

2. 증명책임

2.1. 민법 제741조

민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다”고 규정하고 있다. 증명책임(Beweislast)은 소송에서 증거조사의 결과 어느 사실의 존부가 확정되지 않을 때 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되는 당사자의 일방적 불이익 내지 위험을 말한다.[49] 법률요건분류설에 의하면, 권리를 주장하는 자는 권리발생사실에 대하여 증명책임을 부담하고, 상대방은 권리장애·소멸·저지 사유에 대한 증명책임을 부담한다.[50] 민사소송이나 행정소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 어떤 사실이

48) 지역권은 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기토지의 편익에 이용하는 권리를 말한다(민법 제291조). 따라서 지상 공간의 일부를 이용하는 경우에는 공역권이라는 명칭이 타당하다고 생각한다.
49) 호문혁, 「민사소송법」, 제13판, 법문사, 2016, 530면.
50) 호문혁, 앞의 책, 532~533면.

있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도일 것을 필요로 한다.[51]

2.2. 급부부당이득

당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 '급부부당이득'의 경우에는 법률상 원인이 없다는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있다. 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 급부행위의 원인이 된 사실의 존재와 함께 그 사유가 무효·취소·해제 등으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 하고, 급부행위의 원인이 될 만한 사유가 처음부터 없었음을 이유로 하는 이른바 착오 송금과 같은 경우에는 착오로 송금하였다는 점 등을 주장·증명하여야 한다.

2.3. 침해부당이득

타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는 '침해부당이득'의 경우에는 부당이득반환 청구의 상대방이 이익을 보유할 정당한 권원이 있다는 점을 증명할 책임이 있다.[52] 대상사안은 침해부당이득에 해당하므로, 피고가 이익을 보유할 정당한 권원이 있음을 증명하여야 한다.

3. 피고의 적법한 사용권원

(1) 군사기지법의 입법취지와 규정내용, 비행안전구역의 지정 목적과 그 범위, 비행안전구역 내에서의 행위 제한에 관한 규정 등을 종합하여 보면, 비행안전구역은 국가가 군용항공기의 이착륙에서의 안전비행을 확보하기 위한 목적으로 지정하는 것이므로, 국가는 군용항공기의 안전한 이착륙을 위하여 군사기지법이 정한 적법한 절차에 따라 비행안전구역으로 지정된 토지의 상공을 사용할 권리가 있다.

---

51) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2015두54759 판결.
52) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결.

(2) 피고가 군용항공기지법에 따라 이 사건 부동산의 상공을 비행안전구역으로 지정하였고, 군사기지법 부칙 제6조 제2항은 “이 법 시행 당시 군용항공기지법에 따라 지정·고시된 비행안전구역은 이 법에 따른 비행안전구역으로 지정·고시된 것으로 본다”고 규정하고 있다. 이에 따르면 피고는 군사기지법에 따라 적법하게 이 사건 부동산의 상공을 사용하고 있다.

4. 소결

따라서 피고는 군사기지법에 의하여 이 사건 부동산 상공을 사용할 적법한 권원이 인정되므로, 피고가 법률상 원인 없이 이 사건 부동산 상공에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻었다고 할 수 없다.[53] 다만 United States v. Causby 사건에서 미국 연방대법원이 판시한 바와 같이, 비행안전구역의 설정으로 인하여 토지소유권의 본질적인 내용이 침해된다면, 국가는 후술하는 바와 같이 손실보상의무를 부담할 가능성이 높아진다.

Ⅷ. 손실보상의무의 존부

1. 군사기지법의 규정

(1) 군사기지법 제10조는 “비행안전구역 안에서 그 구역의 표면높이 이상인 건축물의 건축, 공작물·식물이나 그 밖의 장애물의 설치·재배 또는 방치” 등 비

53) 특정 토지가 통제보호구역으로 지정됨으로써 토지소유자의 출입 및 토지의 용도에 따른 사용·수익이 제한될 수 있다는 사정만으로는 국가가 계속적으로 그 토지를 점유·사용하는 것이 허용된다고 할 수 없고, 또한 국가가 그 토지를 점유·사용하면서 실질적인 이익을 얻고 있다고 보기 어려울 것이다. 한편 국가가 그 토지 위에 군사시설 등을 설치하여 그 부지 등으로 계속적·배타적으로 점유·사용하는 경우에는, 국가가 그 토지를 점유·사용할 수 있는 정당한 권원이 있음을 주장·증명하지 아니하는 이상, 그 토지에 관하여 차임 상당의 이익을 얻고 이로 인하여 원고에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 봄이 타당하므로, 국가는 토지소유자에게 차임 상당의 이득을 부당이득금으로 반환할 의무가 있다. 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다73144 판결.

행안전구역에서 금지 또는 제한되는 행위에 관하여 규정하고 있다.[54]

(2) 구 군용항공기지법 제9조 제1항은 “관할부대장은 비행안전구역 내 비행장애물 등에 대하여 제거를 명하여야 한다”고 규정하고 있었고, 같은 조 제2항은 “국가는 제1항의 경우 그 소유자 기타 권리를 가진 자에게 귀책사유가 없는 때에는 그 제거로 인하여 생긴 손실에 대하여 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있었다.

(3) 군사기지법 제20조 제1항 제2호에서 “비행안전구역 내 그 구역 표면높이 이상인 건축물, 공작물, 식물이나 그 밖의 장애물을 제거하는 경우, 소유자 기타 권리를 가진 자에게 제거로 인하여 발생한 손실에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 군사기지법에 이 사건과 같이 부동산 상공에 비행안전구역을 설정한 경우에 관한 손실보상규정은 존재하지 않는다.

2. 합헌성 여부

2.1. 헌법 제23조 제3항

헌법 제23조 제3항은 “공공의 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 하여 재산권에 대한 구체적인 제한의 요건과 동시에 그 한계를 규정하였다. 위 헌법 규정상 ‘공공의 필요’를 군사행정분야에서 구체화한 대표적인 개념이 ‘군사상 필요’이고,[55] 이는 대상사안에서 문제가 되고 있는 군사기지법의 입법목적에도 포함되어 있다.

2.2. 헌법재판소의 입장

군사기지법의 위헌 여부를 정면으로 판시한 헌법재판소의 결정은 존재하지 않지만, 헌법재판소는 도시계획법 제2조에 대한 위헌소원 사건에서, “개발제한

54) 비행안전구역 내에 위치한 토지상에 건축물을 설치하고자 하는 신청에 대한 허가를 함에는 국방부장관 또는 기지부대장과 협의를 하여야 하도록 되어 있고, 이때 국방부장관 또는 기지부대장이 군사목적의 필요상 불가하다는 회신을 하여 온 경우에는 허가를 할 수 없다. 대법원 1992. 9. 22. 선고 91누8876 판결.

55) 박영만, 앞의 글, 1면.

구역지정으로 말미암아 예외적으로 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 법률상으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익권이 폐지된 경우에는 다르다. 이러한 경우에는 재산권의 사회적 기속성으로도 정당화될 수 없는 가혹한 부담을 토지소유자에게 부과하는 것이므로 입법자가 그 부담을 완화하는 보상규정을 두어야만 비로소 헌법상으로 허용될 수 있기 때문이다. 따라서 이 사건 법률조항은 위에서 살펴 본 바와 같이 원칙적으로는 토지재산권의 사회적 제약을 합헌적으로 구체화한 규정이지만, 토지소유자가 수인해야 할 사회적 제약의 정도를 넘는 경우에도 아무런 보상없이 재산권의 과도한 제한을 감수해야 하는 의무를 부과하는 점에서는 위헌이다. 이러한 경우 입법자는 비례의 원칙을 충족시키고 이로써 법률의 위헌성을 제거하기 위하여 예외적으로 발생한 특별한 부담에 대하여 보상규정을 두어야 한다"고 판시하여,[56] 특별한 희생이 인정되는 경우에는 손실보상규정을 두어야 한다고 보았다.

2.3. 대법원의 입장

대법원[57]은 구 군사시설보호법 제5조 등에 대한 위헌법률심판제청신청을 기각하면서 "구 군사시설보호법 제5조, 제5조의2, 제6조, 제7조 등에 의하여 군사시설보호구역 안에 있는 토지의 소유자는 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도 내에서 일반 토지소유자에 비하여 불이익을 받게 되었음은 명백하지만 중요한 군사시설을 보호하고 군작전의 원활한 수행을 기하기 위하여 가하여지는 위와 같은 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 아니하면 안 될 정도의 것이라고 인정되므로 이에 대하여 손실보상의 규정을 하지 아니하였다 하여 군사시설보호법의 위 각 규정을 헌법 제23조 제3항에 위배되는 것이라고 할 수 없다"라고 판시하여, 구 군사시설보호법에 따른 보호구역의 설정과 그로 인한 토지소유자의 재산권 행사의 제한은 군사시설의 보호와 군작전의 원활한 수행이라는 공익을 위한 사회적 제약 내에 있는 것으로 손실보상규정이 없다고 하여 위헌이 되는 것이 아니라고 보았다.

---

56) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정.
57) 대법원 1992. 11. 24.자 92부14 결정.

2.4. 검토

비행안전구역 지정으로 인하여 이미 완공된 건축물 등을 제거하는 경우와 같이 토지의 기존 사용 상태를 적극적으로 변형시킴으로써 종래의 목적으로 사용할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에는 명시적으로 그 손실에 대하여 정당한 보상을 지급하고, 그 외의 경우에는 비행안전구역으로 지정되어 사용·수익이 제한된다고 하더라도 손실보상 규정을 두지 않는 것만으로는, 비행안전구역제도의 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등이 인정되므로, 위헌이라고 보기는 어렵다.[58]

3. 비행안전구역의 공공성

(1) 군사기지법 제1조는 “이 법은 군사기지 및 군사시설을 보호하고 군사작전을 원활히 수행하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 국가안전보장에 이바지함을 목적으로 한다”고, 제2조 제8호는 “비행안전구역이란 군용항공기의 이착륙에 있어서의 안전비행을 위하여 국방부장관이 군사기지법 제4조 및 제6조에 따라 지정하는 구역을 말한다”라고 규정하고 있다.

(2) 군사기지법상 비행안전구역 중 제1구역은 항공기의 이·착륙 및 지상 활주에 직접 제공되는 구역을 의미하며, 이외의 구역은 항공기의 계기 오차 또는 관제사, 조종사의 실수로 고도가 손실될 수 있는 가능성을 고려하여 장애물과의 충돌위험을 방지하기 위하여 설정되는 구역을 의미하고, 비행안전구역의 설정 가능 범위에 관하여는 관계 법령에 활주로 및 비상활주로를 중심으로 하는 구체적인 수치가 규정되어 있다.

(3) 공군비행장은 국토방위와 군사전력을 유지하기 위한 필수불가결한 군사시설로서, 대한민국의 존립과 안전을 보장하고 국민 전체의 재산과 생명을 보호하

58) 구 수산업법 제81조 제1항 제1호 단서에서 허가·신고 어업에 대하여 ‘국방상 필요하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때’(구 수산업법 제34조 제1항 제3호)에는 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제4조의 공익사업상 필요한 때’(구 수산업법 제34조 제1항 제5호)와 달리 손실보상 없이 이를 제한할 수 있도록 정한 것이 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘어 가혹한 부담을 발생시키는 등 비례의 원칙을 위반하였다고 보기 어려우므로 위 단서 조항이 헌법에 위배된다고 볼 수 없다. 대법원 2016. 5. 12. 선고 2013다62261 판결.

는 국가적 과제를 수행하는 등 고도의 공공성이 인정된다.[59]

(4) 일본 최고재판소도 아쓰기(厚木) 기지의 인근 주민들이 미군기와 자위대기의 비행금지를 청구한 사건에서,[60] 군용기의 운항으로 인한 이익(초계임무나 대잠활동 등 국방상 필요, 항공정보의 획득・제공, 재해파견 등 민생협력활동, 해적대처 등 국제공헌, 교육 훈련 등 고도의 공공성이 인정된다고 판시하였다.

(4) 군사기지법의 입법 취지, 규정 내용, 비행안전구역의 정의 및 지정 범위, 군사기지의 공공성 등을 종합하여 고려하여 보면, 비행안전구역은 국가가 군용항공기의 이착륙에서의 안전비행을 확보하기 위한 목적뿐만 아니라, 아울러 그 과정에서 발생할 수 있는 사고를 방지하고 인근 주민들의 생명·신체·재산을 보호하려는 목적으로 지정하는 것으로서, 그 공공성과 사회적 가치를 인정할 수 있다.

4. 공용제한에서 손실보상 규정이 없는 경우

(1) '공용제한'이란 특정한 공익목적의 달성을 위하여 개인의 재산권에 과하여지는 공법상의 제한을 말하는 것으로서, 국토의 합리적인 이용이나 도시의 건전한 발전을 도모하기 위한 지역·지구제에 의한 제한 등이 대표적인 것이다. 한편, 공용제한은 개인의 재산권 침해를 가져오므로, 헌법 제23조 제3항의 규정에 의하여 반드시 법률의 근거가 있어야 하는 것이지만, 공용제한으로 인한 손실보상에 대하여서는 공익사업법이 손실보상에 관한 근거법률이 되는 것이 아니라 공용제한을 규정한 개별 법률에 의하여 손실보상관계가 규율되는 것이다.[61]

(2) 구 수산업법(2007. 4. 11. 법률 제8377호로 전부 개정되기 전의 것) 제34조 제1항이 어업제한사유로 제5호에서 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제4조의 공익사업상 필요한 때'를 정하여 '국방 및 군사에 관한 사업'에 관한 포괄적인 규정을 마련하였음에도, 이와 별도로 제3호에서 '국방상 필요

59) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다23914 판결.

60) 最高裁 2016. 12. 8. 宣告 平成 27年(行ヒ) 제512, 513호 判決. 이에 대한 평석은 권창영, "군사기지 인근주민의 군용기 비행금지청구의 허용 여부", 「항공우주정책·법학회지」 제33권 제1호, 2018. 6., 45~79면 참조.

61) 서울고등법원 2013. 5. 3. 선고 2012나34247 판결.

하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때’를 정하여 손실보상 여부에 관하여 달리 취급하는 취지에 비추어 보면, 구 수산업법 제34조 제1항에 따른 어업제한사유가 제3호의 요건을 충족하는 이상 제5호에서 정한 공익사업의 하나인 ‘국방·군사에 관한 사업’의 요건을 동시에 충족할 수 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 제3호가 우선 적용되어 손실보상청구권이 발생하지 아니한다.[62]

(3) 구 공익사업법(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것) 제3조는 “이 법은 사업시행자가 다음 각 호에 해당하는 토지·물건 및 권리를 취득 또는 사용하는 경우에 이를 적용한다”라고 규정함으로써 공용침해의 3가지 유형 중 ‘공용수용’과 ‘공용사용’의 경우에만 위 법률이 적용되는 것으로 한정하고 있고, 그에 따라 구 공익사업법은 공용수용과 공용사용에 기한 손실보상관계만 규율하고 있을 뿐 공용제한에 기한 손실보상관계는 규율하고 있지 않다.

(4) 따라서 공용제한에 기한 손실보상의 규정이 없는 공익사업법을 근거로 손실보상을 구하는 원고의 주장은 부당하다.

5. 소결

따라서 비행안전구역으로 지정된 이 사건 부동산 상공에 관하여 원고에게 정당한 이익이 인정되지 아니하고, 군사기지법에 이 사건과 같이 부동산 상공에 비행안전구역을 설정한 경우에 관한 손실보상규정은 존재하지 아니하므로, 원고의 손실보상청구는 타당하고 보기 어렵다. 다만 비행안전구역의 설정으로 인하여 원고에게 소유권의 본질적 내용이 침해되는 것과 같이 특별한 희생이 인정되는 경우에도 손실보상을 하지 않는다면, 헌법 제23조 제3항에 따라 정당한 보상이 필요하므로, 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에 대하여 보상규정을 두지 않은 것에 위헌으로 보아야 한다.[63]

62) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2013다62261 판결.
63) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정.

Ⅸ. 대상판결의 의의

대상사안은 국가가 군사기지법에 따라 비행안전구역을 설정하여 사용하는 것에 대하여 토지소유자가 국가를 상대로 부당이득반환 또는 손실보상을 청구한 매우 드문 사례이다.

대상판결은, 대한민국이 군사기지법에 의하여 이 사건 부동산 상공을 사용할 적법한 권원이 인정되므로, 법률상 원인 없이 이 사건 부동산 상공에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻었다고 할 수 없다고 판시하여 원고의 주장을 배척하였는바, 부당이득의 법리에 비추어 보면 위 결론은 타당하다.

또한 대상판결은, 비행안전구역에 대하여 고도의 공공성을 인정하고, 군사기지법에 비행안전구역의 사용에 따른 손실보상규정이 없더라도 재산권의 본질적 침해에 해당하지 아니하여 합헌성이 인정된다는 점을 최초로 판시하였다는 점에서 의의가 있다.

다만 비행안전구역의 설정으로 인하여 원고에게 특별한 희생이 인정되는 경우에는 헌법 제23조 제3항에 따라 정당한 보상이 필요하므로, 비행안전구역의 설정이 특별한 희생에 해당하는지 여부에 관한 추가적인 논의가 필요하다.

이 글은 군사기지법에 따라 비행안전구역을 설정한 국가에 대하여 부당이득반환 및 손실보상 의무의 존부가 문제된 선례적인 대상판결을 분석하는데 그쳤다. 향후 군사보호구역과 비행안전구역에 관한 특별한 희생 여부에 따른 손실보상, 공역권의 설정에 따른 법률관계 등에 관한 후속 판례와 연구성과를 기대하면서, 부족한 점은 다음의 연구과제로 남긴다.

참고문헌

「공항장애물 제한표면 제도 개선방안 연구 -요약보고서-」, (사) 한국항행학회, 한국항공교통관제사협회, 2012. 12. 24.

권영호·김상명, "입체적 공간을 이용한 토지소유권의 범위", 「토지공법연구」 제12집, 2001

권창영, 「항공법판례연구 Ⅰ -항공민사법-」, 법문사, 2019

권창영, "군사기지 인근주민의 군용기 비행금지청구의 허용 여부", 「항공우주정책·법학회지」 제33권 제1호, 2018. 6.

김휘양·전종진·유광의, "장애물 제한표면과 항공학적 검토방법의 제도개선에 관한 제언", 「항공우주정책·법학회지」 제34권 제1호, 2019. 6.

박균성, 「행정법론(하)」, 제18판, 박영사, 2020

박영만, 「군사상 필요에 의한 사인의 토지재산권에 대한 공용침해와 그 구제」, 경북대 법학박사 학위논문, 2000

박정제, "토지소유권이 토지 상공에 미치는 범위", 대법원판례해설 제109호, 2007

신홍균, "도심고층건축물 고도제한규제의 합리성 모색에 관한 연구", 「항공우주정책·법학회지」 제21권 제2호, 2006. 12.

양한모, "차폐이론의 적용에 관한 연구", 「대한교통학회지」 제20권 제5호, 2002

이강석, "국내항공법의 장애물 관리규정 연구", 「항공우주정책·법학회지」 제21권 제1호, 2006. 6.

이원우, "군사시설보호구역에 의한 재산권 제한과 피해구제방안", 한양대 「법학논총」 제19집, 2002

정학진, 「군용항공기지법 개론」, 법률서원, 2002

정회근, "토지소유권의 제한과 손실보상", 「토지공법연구」 제20집, 2003

차경상, 「군사기지 및 군시설 보호법상 개인의 재산권 보장에 관한 연구」, 고려대 법학석사 학위논문, 2009

하홍영·김해마중·홍상범, "군용항공기지법상 고도제한의 개선방향 -차폐이론을 중심으로-", 「항공우주법학회지」 제19권 제1호, 2004. 6.

Airfield And Heliport Planning And Design, UFC 3-260-01, 4 February 2019

Andrew J. Harakas, Litigating the Aviation Case, 4th Edi., American Bar Association, 2019

Bin Cheng, Studies in International Air Law, Edited by Chia-Jui Cheng, Brill Nijhoff, 2018

Brian F. Havel/Gabriel S. Sanchez, The Principles and Practice of International Aviation Law, Cambridge University Press, 2014

Chad J. Pomeroy, "All Your Air Right Are Belong to Us", Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property Volume 13, Number 3, 2015

Colin Cahoon, "Low Altitude Airspace: A Property Rights No-Man's Land", 56 J. Air L. & Com. 157, 1990

Diedriks Verschoor Isabella Henrietta Philepina, An Introduction to Air Law, 9th Revised Edi., Kluwer Law International, 2012

George McKeegan/William Ranieri, A Handbook on Aviation Law, American Bar Association, 2017

Gerald L. Hallworth, "Judicial Legislation in Airport Litigation -A Blessing or Danger", 39 Notre Dame L. Rev. 411, 1964

Joseph J. Vacek(Chief Editor), Air Law Cases & Materials, Kendall/Hunt Publishing Company, 2009

Laurence E. Gesell/Paul Stephen Demsey, Aviation and Law, 5th Edi., Coast Aire Publications, 2011

Michael Milde, International Air Law and ICAO, 3rd Edi., Eleven International Publishing, 2016

Pablo Mendes de Leon, Introduction to Air Law, 10th Edi., Wolters Kluwer, 2017

Paul B. Larsen/Joseph C. Sweeney/John E. Gillick, Aviation Law –Cases, Laws and Related Sources-, 2nd Edi., Martinus Nijhoff Publishers, 2012

Paul Stephen Demsey/Ram S. Jakhu(Editor), Routledge Handbook of Public Aviation Law, Routledge, 2017

Robert M. Jarvis/James T. Crouse/James R. Fox/Gregory S. Walden, Aviation Law – Cases and Materials-, Carolina Academic Press, 2006

Ron Bartsch, International Aviation Law –A Practical Guide-, 2nd Edi., Routledge, 2018

William Burnett Harvey, "Landowners' Rights in the Air Age: The Airport Dilemma", Articles by Maurer Faculty, Paper 1161, 1958

초 록

우리나라는 국제정세에 능동적으로 대처하기 위하여 전국에 각종 군사가지를 설치하고, 군사기지의 보호와 비행안전을 위하여 군사기지 주변에 보호구역, 비행안전구역 등을 설정하고 있다(군사기지 및 군사시설 보호법). 국방부장관은 군사기지 주변에 비행안전구역(飛行安全區域)을 지정하거나 이를 변경 또는 해제할 수 있고, 비행안전구역 내에서 그 구역의 표면높이 이상인 건축물의 건축, 공작물・식물이나 그 밖의 장애물의 설치・재배 또는 방치행위는 금지된다. 대상판결에서는 국가가 비행안전구역을 설정하여 사용하는 경우 토지소유자는 국가를 상대로 부당이득반환 또는 손실보상을 청구하였다. 이 글은 원고의 청구의 정당성에 관하여 기존 법리를 바탕으로 분석한 것으로, 논의를 요약하면 다음과 같다.

비행안전구역은 국가안전보장의 구체적 내용인 군사기지의 안전을 위하여 군사기지 인근 주변의 재산권을 제한한다는 점에서 공용제한의 일종인 군사부담(軍事負擔) 중 군사제한(軍事制限)에 해당한다. 비행안전구역은 국가가 군용항공기의 이착륙에 있어서의 안전비행을 확보하기 위한 목적뿐만 아니라, 아울러 그 과정에서 발생할 수 있는 사고를 방지하고 인근 주민들의 생명·신체·재산을 보호하려는 목적으로 지정하는 것으로서, 그 공공성과 사회적 가치를 인정할 수 있다.

민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다”고 정하고 있다. 대상사안은 침해부당이득에 해당하므로, 피고가 이익을 보유할 정당한 권원이 있음을 증명하여야 한다. 국가는 군용항공기의 안전한 이착륙을 위하여 군사기지법이 정한 적법한 절차에 따라 비행안전구역으로 지정된 토지의 상공을 사용할 권리가 있다. 따라서 피고가 법률상 원인 없이 이 사건 부동산 상공에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻었다고 할 수 없다.

군사기지법에 이 사건과 같이 부동산 상공에 비행안전구역을 설정한 경우에 관한 손실보상규정은 존재하지 않는바, 위헌 여부가 문제된다. 헌법재판소는 토지소유자가 수인해야 할 사회적 제약의 정도를 넘는 경우에도 아무런 보상없이

재산권의 과도한 제한을 감수해야 하는 의무를 부과하는 경우에는 위헌이라고 판시하였다(헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214 결정). 한편 대법원은 구 군사시설보호법에 따른 보호구역의 설정과 그로 인한 토지소유자의 재산권 행사의 제한은 군사시설의 보호와 군작전의 원활한 수행이라는 공익을 위한 사회적 제약 내에 있는 것으로 손실보상규정이 없다고 하여 위헌이 되는 것이 아니라고 판시한 바 있다(대법원 1992. 11. 24.자 92부14 결정). 비행안전구역으로 지정되어 사용·수익이 제한된다고 하더라도 손실보상 규정을 두지 않는 것만으로는, 비행안전구역제도의 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등이 인정되므로, 위헌이라고 보기는 어렵다. 공용제한으로 인한 손실보상에 대하여서는 공익사업법이 손실보상에 관한 근거법률이 되는 것이 아니라 공용제한을 규정한 개별 법률에 의하여 손실보상관계가 규율되는 것인바, 공용제한에 기한 손실보상의 규정이 없는 공익사업법을 근거로 손실보상을 구하는 원고의 주장은 부당하다는 대상판결의 결론은 타당하다.

주제어 : 비행안전구역, 군사기지, 항공작전기지, 군사기지 및 군사시설 보호법, 소유권의 범위, 부당이득, 손실보상

Abstract

The Obligation of Return Unjust Enrichment or Compensation for the Use of Flight Safety Zone -Seoul High Court Judgment 2018Na2034474, decided on 2018. 10. 11.-

Chang-Young Kwon* · Soo-Jin Park**

'Flight safety zone' means a zone that the Minister of National Defense designates under Articles 4 and 6 of the Protection of Military Bases and Installations Act (hereinafter 'PMBIA') for the safety of flight during takeoff and landing of military aircrafts. The purpose of flight safety zone is to contribute to the national security by providing necessary measures for the protection of military bases and installations and smooth conduct of military operations.

In this case, when the state set and used the flight safety zone, the landowner claimed restitution of unjust enrichment against the country. This article is an analysis based on the existing legal theory regarding the legitimacy of plaintiff's claim, and the summary of the discussion is as follows.

A person who without any legal ground derives a benefit from the property or services of another and thereby causes loss to the latter shall be bound to return such benefit (Article 741 of the Civil Act). Since the subject matter is an infringing profit, the defendant must prove that he has a legitimate right to retain the profit. The State reserves the right to use over the land designated as a flight safety zone in accordance with legitimate procedures established by the PMBIA

* Attorney at Law (JIPYONG LLC), Adjunct Professor of Korea Aerospace University, President of The Society of Aviation Law Cases.

** Ph.D. Course Completion, Major in Air & Space Law of Korea Aerospace University, Researcher of The Society of Aviation Law Cases, Cabin Crew of Korea Airlines (Senior Purser).

for the safe takeoff and landing of military aircrafts. Therefore, it cannot be said that the State gained an unjust enrichment equivalent to the rent over the land without legal cause.

Expropriation, use or restriction of private property from public necessity and compensation therefor shall be governed by Act: provided, that in such a case, just compensation shall be paid (Article 23 (1) of the Constitution of The Republic of KOREA). Since there is not any provision in the PMBIA for loss compensation for the case where a flight safety zone is set over land as in this case, next question would be whether or not it is unconstitutional. Even if it is designated as a flight safety zone and the use and profits of the land are limited, the justification of the purpose of the flight safety zone system, the appropriateness of the means, the minimization of infringement, and the balance of legal interests are still recognized; thus just not having any loss compensation clause does not make the act unconstitutional. In conclusion, plaintiff's claim for loss compensation based on the ‘Act on Acquisition of and Compensation for land, etc. for Public Works Projects’, which has no provision for loss compensation due to public limits, is unjust.

Key Words : Flight Safety Zone, Military Base, Air Operations Base, Protection of Military Bases and Installations Act, Scope of Ownership of Land, Unjust Enrichment, Compensation