

周圍土地通行權

裴成鎬*

I. 序 論

어느 토지와 공로사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우¹⁾에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 公路²⁾에 출입할 수 없거나³⁾ 과도한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다(民法 第219條 第1項 本文). 이와 같이 타인소유의 토지에 둘러싸여 공로에 접할 수 없는 包圍地의 이용자가 타인소유의 토지를 통행로로써 이용할 수 있는 것은 법률적 관점에서 본다면 여러 가지로 유형화 할 수 있을 것이다. 그 유형은 대체로 민법상 주위토지통행권, 지역통행권, 임대차, 사용대차계약에 의한 통행권의 설정, 관습상의 통행권 등을 들 수 있고 그밖에도 일본의 경우이지만 생활권에 의한 통행권, 통행자유권에 의한 통행권, 점유권에 의한 통행권, 사도소유자의 권리남

* 法學博士·嶺南大學校 法科大學 講師

- 1) '통로가 없는 경우'란 다른 토지에 둘러싸인 경우는 물론이고, 池沼·하천·해양 등을 이용하지 않고서는, 외부로 나갈 수 없을 때, 또는 험한 낭떠러지가 있어서 그 토지와 공로가 심하게 고저를 이루는 경우도 포함된다(舊民法 第210條 第2項).
- 2) 여기서 '公路'라 함은 널리 일반인이 통행하는 도로로서 私道를 포함한다.
- 3) 이처럼 주위토지통행권은 그 소유토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 한하여 인정되는 것이므로, 이미 그 소유토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에는 그 통로를 사용하는 것보다 더 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리를 인정할 수 없다. 대판 1995.6.13. 95다1088·95다1095 참조. 또한 일단 주위토지통행권이 발생하였다고 하더라도 나중에 그 토지에 접하는 공로가 개설됨으로써 주위토지통행권을 인정할 필요성이 없어진 때에는 그 통행권은 소멸한다. 대판 1998.3.10. 97다47118 참조.

용에 의한 반사적 이익으로서의 통행권 등을 들 수 있다.

이 가운데에서 우리 민법은 제219조에서 유상의 주위토지통행권을, 제220조에서 무상의 경우를 규정하고 있다. 우리 민법은 이러한 제219조와 제220조의 규정을 제3장 소유권 중 제1절 소유권의 한계의 규정가운데 두고 있으며, 이러한 민법상의 周圍土地通行權은 특히 최근에 와서 도시의 인구집중, 지가의 폭등, 도시개발 등으로 발생하는 법적 문제 중의 하나인 相隣關係에 속하는 문제이다.⁴⁾ 한정된 토지를 최대한으로 이용하려고 하면 그에 따라 상린자 사이의 이익충돌이 생기며, 포위토지소유자의 주위지소유자와의 이익충돌도 그 중의 한 예라 할 수 있다.⁵⁾ 이는 소유권에 내재하는 제한 또는 확장을 의미한다는 점에서, 피포위지의 소유권으로부터 별도의 독립한 물권이 아니다. 따라서 주위토지통행권은 피포위지의 소유권으로부터 독립해서 취득시효의 대상이 되지 않으며, 피포위지의 소유권이 이전하면 이에 수반하여 당연히 이전한다고 하겠다. 또 이 권리를 방해하는 자에 대하여는 주위토지통행권자는 자신에게 통행권이 있음을 확인하는 청구를 할 수 있으며, 또한 피포위지의 소유권의 효력으로서 그 방해행위의 금지 내지 제거를 청구할 수 있는 권능을 갖는다.⁶⁾

- 4) 대판 1987.5.26. 86누785는 공로로 통하는 통로가 없는 토지의 소유권을 취득한 자가 주위토지통행권에 의한 통로개설을 위한 어떤 시도도 하지 아니한 채 단순히 공로에 통하는 토지가 없다는 이유만으로 그 토지를 사용하지 아니하고 방치하고 있는 것은 공유지 제외 사유인 "토지소유자에게 책임없는 사유로 인하여 그 토지를 사용하지 못한다"(舊地方稅施行規則 第78條의 3 第29号)에 해당하지 않는다고 한다. 또한 대판 1991.5.28. 91다9961·9978 및 대판 1992.12.12. 92다30528에서는 주위토지통행권은 주위토지소유자의 그 토지에 대한 독점적 사용권을 제한하는 권리로서 인접한 토지소유자간의 이해를 조정하는데 목적이 있다고 판시한다.
- 5) 襄炳日, 周圍土地通行權, 새마을·地域開發研究 第15輯, 1994. 55면 이하. 高翹龍, 物權法, 2001. 266면.
- 6) 대판 1993.8.24. 93다25479 참조. 金基洙, 周圍土地通行權의 特質과 適用要件, 21世紀漢陽法學에의 落穂(石霞金基洙教授停年記念論文集), 1997. 270면. 따라서 주위토지통행권자는 토지소유자에 대하여 주위토지통행권에 기하여 그 토지의 인도를 청구할 수는 없는 것이다. 대판 1980.4.8. 79다1460. 한편 대판 1990.11.13. 90다5238, 90다카27761은 주위토지통행권의 본래적 기능발휘를 위하여는 그 통행에 방해가 되는 담장과 같은 축조물도 위 통행권의 행사에 의하여 철거되어야 하는 것이고 그 담장이 비록 당초에는 적법하게 설치되었던 것이라 하더라도 그 철거의 의무에는 영향이 없다고 판시한다. 또한 주위토지통행권은 이와 같이 소극적 권리이므로 통행을 위한 지역권과는 달리 그 통행로가 항상 특정한 장소로 고정되어 있는 것은 아니고 주위토지의 사용방법이 변화된 경우, 예컨대 그 지상에 건축물의 축조가 있는 경우에는 이에 따라 이동될 수도 있는 것이다(李英俊, 物權法(新訂版), 2001. 422면). 判例도 同旨. 대판 1989.5.23. 88다카10739·10746. 따라서 주위토지통행권확인청구는 변론종결 당시에 있어서의 민법 제219조 소정의 요건에 해당하는 토지는 어느 토지인가를 확정하는 것이다.

그런데 주위토지통행권은 이와 같이 사회경제적 전지에서는 토지의 효용을 다하게 하지만, 한편으로는 주위토지에 대하여 소유권의 제한 내지 재산적 손해를 주기 때문에 주위토지통행권을 적용함에 있어서는 신의칙에 따라 신중하게 두 법익의 이해를 조정하여야 한다.⁷⁾

따라서 周圍土地通行權에는 주로 포위지성의 유무에 관하여, 통행로를 필요로 하는 토지가 포위지가 되기 위한 요건은 무엇인가. 만약 포위지로 인정된다면, 통행권의 내용은 어떠한 것인가. 즉 그 이용방법은 어떠한 기준에 의하여 결정할 것인가. 민법 제 219조에 의하면 주위토지통행권이 있는 자는 포위지소유자이지만 그 외의 포위지이용자에게도 확대될 수 있는가. 토지의 분할이나 일부양도에 의하여 포위지가 형성되는 경우에는 포위지의 특정승계인에게도 무상통행권이 인정되는가 등이 문제 된다.

본고에서는 이러한 문제점을 검토하기에 앞서 먼저 주위토지통행권의 연혁을 살펴 보고, 이러한 구체적인 문제점들에 관한 학설과 판례의 검토를 통하여 구체적 타당성 있는 결론을 얻고자 한다.

II. 周圍土地通行權의 沿革

로마법에서는 필요통행권 또는 주위토지통행권에 관련된 법문이 두개가 있다. 하나는 묘지통행권이다.⁸⁾ 그런데 이것은 특수한 종교상의 규율 또는 종교감정에 기한 통행이용으로서, 근대법에서 말하는 주위토지통행권과는 처음부터 성질이 다른 것이었다. 또 하나는 하천의 범람에 의하여 공로가 침수 또는 붕괴된 경우에 인정되는 주위토지통행권이다.⁹⁾ 그러나 이것도 응급적·잠정적인 통행을 인정하는 것에 불과하고

7) 通行料請求를 信義則 違反으로 본 判例: 대판 2000.8.22. 99다63503.

8) D.11.7.12pr.(Ulpianus): "어떤 사람이 묘지를 소유하고는 있지만 그 묘지에 이르는 길을 소유하고 있지 않아서 이웃이 그 통행을 방해할 때, 안토니우스 황제는 그 아버지와 함께 묘지통행로를 간청하면 그것이 허용되는 관행이 있다는 칙령을 내리고 있다.……그러나 통행할 수 있는 권리를 부여하는 칙령은 시민법상의 소권을 생기게 하는 것은 아니며, 특별한 절차에 의하여 屬州의 장관에게 신청하여야 한다. 왜냐하면 장관은 정당한 대가를 지급하게 함으로써 이러한 통행권을 취득시킬 의무를 지며, 심판인은 이웃이 현저한 손해를 입지 않도록 통행장소를 심리하여야 하기 때문이다."

9) D.8.6.14 §1(Javolenus): "공도가 하천의 범람에 의하여 또는 건물의 붕괴에 의하여 멸실된 경우에는 가장 가까운 이웃은 통로를 제공하여야 한다."

일반적인 통행권을 부여한 것이 아니었다.

이와 같이 로마에서는 별로 발전하지 않았던 필요통행제도가 12세기 이후에 상당히 활발한 발전을 보이고 있다. 플로렌스의 도시조례는 농지에 이르는 통로가 없는 경우 이웃토지의 통행을 인정하고 있으며, 나폴리의 관습법에서는 통로가 없는 토지의 소유자가 이웃토지에 대해 공도 또는 우마차도에 이르기 위한 통행을 신청할 수 있다고 한다. 그러나 통로가 없는 토지소유자는 행정기관에 대하여 이웃토지의 통행을 신청하고, 그 행정기관이 통행의 필요성에 관한 조건의 존재를 확인하면 주위토지에 대하여 부담을 가능한 한 최소화할 의무와 아울러 보상금지급의무를 통행이용자에게 부과함으로써 허가를 해 준다. 그러나 이렇게 얻은 통행권이 지역권의 성격을 가지는 것인지, 혹은 소유권의 제한에 지나지 않는 것인지에 관하여는 논란이 있다.¹⁰⁾

독일보통법 시대에는 필요통행권이 확장되고 일반화된다. 즉 어떤 토지가 役權없는 이용할 수 없는 경우, 법관은 그 토지소유자의 신청에 의해 이웃토지에 대하여 상당한 보상금의 지급과 함께 통행권을 부과하는 권한을 가진다는 원칙이 확립되었다. 이 때에는 이러한 통행권은 법관의 판결에 의해 창설되는 것이었다. 그러나 법관에 의해 창설되는 이러한 통행권을 일종의 '收用'으로 구성할 것인지, 아니면 법률에 의한 '소유권의 제한'으로 해석할 것인지에 관하여는 의견이 나누어져 있었지만, 실무에서는 전자로 생각하고 있었다.¹¹⁾

독일 민법 제1초안에서는 필요통행권 내지 주위토지통행권에 관한 규정인 제863조¹²⁾를 '소유권의 내용과 제한'의 節에 두고 있다. 이에 의하면 필요통행권은 법관에 의한 수용이라는 구성을 배치하였다. 즉 일정한 법정요건이 충족되면 필요통행권이 성립하고, 이와 같이 성립한 권리에 대하여 판결은 단순히 구체적 내용을 확정하는 것에 불과하다는 입장을 취한 것으로 해석된다.

이 제1초안에 대하여 제도의 기본구조를 둘러싼 실질적인 논의를 거친 후 제2초안 제830조¹³⁾가 성안되었다. 심의과정에서는 포위된 토지의 이용과 통행로를 인용하여

10) 岡本詔治, 隣地通行權の理論と裁判, 1992, 310-311頁.

11) 岡本詔治, 前掲書, 378頁.

12) 독일 민법 제1초안 제863조: "어떤 토지가 공도 사이에, 그 토지의 종래의 용법에 따른 이용에 필요한 통로가 없는 경우에, 그 필요상태가 소유자 또는 그 승계인의 고의 혹은 과실에 의하여 생긴 것이 아니라면, 이러한 상태가 존속하는 동안, 이웃은 필요한 통로의 개설을 위하여 자신의 토지를 이용하는 것을 인용하여야 하는 의무를 진다. 통행의 장소, 통행이용의 범위는 법원의 자유로운 재량에 의하여 정하여진다. 통행로가 필요한 토지의 소유자는 통행의 인용의무가 지워지는 이웃에게 매년 미리 지대를 지급하여야 한다. 본조에서는 제858조, 제860조가 적용된다."

야 하는 이웃토지의 사소유권의 존중과의 이해를 조정한다는 의미에서, 필요통행권은 이웃토지의 경제적 이용을 불가능하게 할 정도로 무제한하게 행사할 수 있는 것이 아니라 일정한 제약이 가해져야 한다는 지적이 있었다. 또 토지의 이용방법이 변경되는 경우라도 본조를 적용하기 위해 '종래의 용법에 따른 이용'에서 '종래의'라는 용어를 삭제하고 단순히 '용법에 따른 이용'으로 수정하였다. 또 지대에 관하여는 통행청구권자가 통행을 요구할 때를 기준으로 하여 산정하기 위해, 제857조를 준용하도록 하였다. 마지막으로 토지의 일부 양도에 의해 포위된 토지에 관하여도 제831조¹⁴⁾를 신설하였다.

이러한 과정을 거쳐 필요통행권은 현재의 독일 민법 제917조와 제918조로 규정되고 있다. 즉 독일 민법 제917조는 "① 만약 토지와 공로와의 사이에 그 토지의 용법에 따라 이용에 필요한 통로가 없는 때에는, 토지소유자는 린지자에 대하여, 이의 판결이 종지될 때까지, 필요한 통로의 개설을 위하여 그 토지의 이용을 인용하여야 할 것을 청구할 수 있다. 필요통로의 방향 및 이용권의 범위는 필요한 경우에는 판결에 의하여 정한다. ② 필요통로가 통과하는 토지를 가지는 린지자는 배상으로서 지대를 청구할 수 있다. 지대에 대하여는 제912조 제2항 후단 및 제913조, 제914조, 제916조의 규정을 준용한다."고 규정하고 있으며, 제918조는 "① 만약 토지와 공로와의 사이의 종래의 통로가 토지소유자의 임의의 행위에 의하여 멸실된 경우에 있어서는, 필요통로를 인용할 의무가 생기지 아니한다. ② 토지의 일부의 양도로 인하여 양도된 부분 또는 보유된 부분이 공로에로의 통로를 차단한 경우에 있어서는, 종래 통로로 남아 있는 부분의 소유자는 필요통로를 인용할 것을 요한다. 동일 소유자에 속하는 수개의 토지 중 하나의 토지가 양도된 때에는 일부양도와 같다."고 규정하고 있다.¹⁵⁾

13) 독일 민법 제2초안 제830조: "어떤 토지가 공도 사이에 그 토지의 용법에 따른 이용에 필요한 통로가 없을 경우에는, 토지의 소유자는 이웃토지의 소유자에 대하여, 이러한 결여가 해소될 때까지 필요통로의 개설을 위하여 이웃토지의 이용을 용인할 것을 요구할 수 있다. 필요통로의 장소 및 이용권의 범위는 필요한 경우에는 판결에 의하여 정한다. 필요통로를 인용하는 이웃토지소유자는 보상으로 지대를 청구할 수 있다."

14) 독일 민법 제2초안 제831조: "어떤 토지와 공도 사이의 종래의 통행이 당해 토지소유자의 임의의 행위에 의하여 폐지되었을 경우에는, 필요통로를 인용할 의무는 생기지 아니한다. 토지 일부가 양도된 결과, 양도된 토지부분 또는 유보된 토지부분이 공도와의 통행이 차단되었을 경우에는, 종래부터 통로가 있었던 토지부분의 소유자는 통행을 인용하여야 한다. 동일 소유자에 속하는 여러 토지 가운데 하나의 토지의 양도인 경우는 일부양도와 같다."

15) 周圍土地通行權의 沿革에 관한 자세한 내용은 註釋民法 第3版 [物權(1)], 李相泰 執筆, 韓國司法行政學會, 2001, 564-566면, 李相泰, 周圍土地通行權, 民事判例研究XIX, 139-142면 參照.

Ⅲ. 包圍地가 되기 위한 要件

1. 既存通路와의 關係

주위토지통행권은 사회경제적으로 보아 포위된 토지의 효용을 완전하게 하기 위하여 법률상 당연히 인정되는 것이지만 이로 인하여 그 주위지에 소유권의 제한이 따르게 됨으로 포위지의 인정유무는 신중히 하여야 한다.

따라서 통로의 필요성 유무 및 범위는 토지의 용도를 기준으로 하여 객관적으로 구체적 상황에 따라 정한다. 즉 “어떤 토지가 그 한편 모퉁이에 폭 50센티미터 정도의 통로가 나 있다고 해도 위 통로가 일상생활상 통로로 하기에는 불편하고 애로가 많음이 예상되는 경우, 이와 같은 통로만으로써 위 토지를 위요지로 보지 않음은 상린관계의 이용조절을 위한 위요지 개념에 부합하지 아니한다”¹⁶⁾고 하여, 기존통로가 있는 경우에도 주위토지통행권을 인정한다. 또 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 주위토지통행권을 인정하고 있다.

이를 비교법적으로 볼 경우, 獨逸 民法에서 “토지의 정상적인 이용에 필요한, 공로에 이르는 통로가 없는 경우”(§917 BGB)라고 하거나, 佛蘭西 民法에서 “공로에 통하는 통로가 없고 또는 기존의 통로가 그 토지의 농업 또는 공업상의 개발에 있어서 불충분한 경우”(Art.682 C.c.)라고 규정한 점 등에 비추어 보면, 포위지에 주위토지통행권을 인정하기 위하여는 통로가 있는 이상은 포위지라 할 수 없고 따라서 주위토지통행권도 생기지 않는다고 확일적, 형식적, 절대적으로 말할 수는 없는 것이고, 토지의 형상·용도·면적·지역성 등 제반사정을 고려하여 그 토지가 개개의 구체적인 토지에 상응하는 이용을 하기에 불충분하다고 보여지는 경우에는 통로가 있더라도 포위지로 보아 주위토지통행권을 인정함이 상당할 것이다.¹⁷⁾

그러나 토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에 단순히 이 통로를 사용하는 것보다 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리는 인정하지 않고 있다.¹⁸⁾ 또한

16) 대판 1977.9.13. 77다792.

17) 卞鍾春, 周圍土地通行權에 관한 小考, 司法論集19輯, 86-87면.

18) 대판 1976.5.11. 75다2338. 대판 1977.6.7. 76다808. 대판 1982.6.22. 82다카102.

대판 1991.4.23. 90다15167. 대판 1995.6.13. 95다1088·95다1095.

공장신축과 함께 종전에 개설된 통로를 확장하는 경우에도 확장된 부분에 대하여 이러한 통행권을 부정하고 있다.¹⁹⁾

그리고 그 범위는 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 장차의 이용상황까지를 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다.²⁰⁾

2. 周圍地의 他人性

주위토지통행권이 인정되기 위해서는 토지가 타인의 토지에 의해 포위되어 있어야 한다. 따라서 주위토지 중에 포위된 토지소유자의 토지가 있거나, 공로²¹⁾를 통할 수 있는 공유토지를 갖고 있는 경우에는 포위된 토지가 아니기 때문에 타인의 토지를 통행할 수 없다.²²⁾ 그리고 주위토지가 행정재산일 경우에도 주위토지통행권이 인정되지만,²³⁾ 행정재산에 주위토지통행권을 인정할 경우 그 본래의 공동목적달성에 중대한 방해가 되는 경우에는 제한되어야 할 것이다.²⁴⁾

결국 어떤 토지가 포위되어 있는가의 판단은 단순히 사람이 통행할 수 있는가의 여부에 의하여 판단할 것이 아니라 그 토지의 용도를 고려하여 판단하여야 함은 제219조에도 명시되어 있다. 따라서 포위지의 용도, 형태, 지역성, 행정법규 등의 관점에서 실질적 이용관계를 고려하여 기존도로가 있는 경우에도 주위토지통행권을 인정할 것인가의 여부를 결정하여야 한다. 또한 토지를 둘러싸고 있는 주위토지의 타인성의 판단도 형식적인 귀속관계만이 아니라 포위지의 주위토지와 실질관계를 고려하여 거기에서 일체적으로 이용되고 있는가의 관점에서 판단하여야 한다.²⁵⁾ 토지가 분필되

19) 대판 1969.10.31. 67다1641.

20) 대판 1991.5.28. 91다9961. 대판 1992.12.12. 92다30528. 대판 1995.2.3. 94다50656.

21) 公路에는 公道 뿐만 아니라 私道라도 널리 불특정 다수인인 일반인의 통로에 제공되고 있는 경우도 포함된다. 이와 같은 사도에 연결되고 있는 토지라면 굳이 민법 제219조의 주위토지통행권을 인정할 필요가 없기 때문이다. 단 공로라는 것만으로 공로가 되는 것은 아니고, 상당한 폭을 가지고 있고 자유롭고 안전하게 또한 용이하게 통행할 수 있는 도로이어야 한다. 또한 등기부상 공도라 할지라도 실제로는 타인이 불법점거하고 있기 때문에 통행이 불가능한 때에는 그 공도는 공로가 아니다. 그리고 어느 토지가 사도에 접하고 있더라도 그 통로에 대하여 아무런 사용권원을 가지지 않는 때에는, 주위토지통행권은 인정된다 할 것이다(朝鮮高等法院 1929.6.11 判決, 民集16卷132頁, 前掲 註釋民法, 李相泰執筆, 569면).

22) 대판 1982.7.13. 81다515·516.

23) 대판 1994.6.24. 94다14193.

24) 高翔龍, 前掲書, 267면. 卞鍾春, 前掲論文, 88면.

어도 동일소유자에게 속하는 경우에는 포위된 토지가 아니고, 분필된 일부가 다른 소유자에게 귀속되어야 비로소 포위된 토지가 된다.²⁶⁾

3. 過多한 費用

“과다한 비용을 요하는 때”라는 것은 당해 토지소유자에게 경제적으로 기대불가능한 부담을 준다는 것을 말한다.²⁷⁾ 주위의 타인의 토지에 대한 임대료·지료·전세금 등이 너무 높아서 주위의 토지를 이용해서 얻는 이익보다 큰 경우가 이에 해당된다.²⁸⁾

판례는 “원고가 종래 계속하여 도로로 사용하여 왔으며 현재에는 원고가 공로로 출입할 수 있는 2유일한 골목길이 피고의 소유라는 이유로 그 통행이 방해당하고 있는 경우 원고가 다른 통로를 이용하려면 원고 소유가옥의 부엌, 방 한 칸과 서편의 담장을 헐고 새로이 대문을 내는 등 근본적인 가옥개조를 하여야 하므로 과다한 비용을 요한다”²⁹⁾고 하여, 원고는 피고소유의 토지를 통행할 수 있다고 판시하고 있다. 또한 판례는 포위된 토지의 소유자가 주위토지를 통행하거나 통로로 하지 않으면 공로에 전혀 출입할 수 없는 경우뿐만 아니라 과다한 비용을 요하는 때에도 주위토지통행권을 인정하고 있다.³⁰⁾

그러나 “약간의 비용을 들여 담장 일부를 헐어 대문을 개설하면 바로 공로로 통할 수 있는 경우 비록 그렇게 하여 협소한 뒷뜰에서 부엌으로 통하는 길을 통로로 삼게 되어 다소 불편을 준다하더라도 이를 토지의 용도에 적합하지 아니한 통로라고 할 수 없다”고 하였다.³¹⁾ 또한 원래 설정된 이용권에 의해서 통행하다가 임대료 등이 비싸서 임의로 통행권을 포기한 경우에는, 다시 주위의 통행권이 인정되지 않는다고 해석된다. 이러한 통행권은 토지소유자의 개인적 이익만을 위한 것이 아니라 포위지의 이용가치를 높여 일반사회의 이익을 도모하기 위한 것이기 때문이다.³²⁾

25) 朴鍾瑛, 私道の 法律關係, 司法論集20輯, 65-66면.

26) 日最判 1969.11.13, 判例時報582号65頁.

27) 李相泰, 物權法(改訂版), 2000, 214면. BGH LM Nr. 3 zu §917.

28) 李相泰, 前掲書, 214면. 張庚鶴, 物權法, 1990, 410면.

29) 대판 1970.6.30, 70다639.

30) 대판 1992.4.24, 91다32251. 대판 1992.12.22, 92다36311. 대판 1995.9.29, 94다43580.

31) 대판 1975.6.24, 75다761.

32) 張庚鶴, 前掲書, 420면.

IV. 通行權의 範圍

1. 通行의 場所와 方法

통행권의 범위는 土地의 用途(ordnungsgemäßige Benutzung)를 기준으로 하여 객관적으로 정하여야 한다. 이는 현재의 이용은 물론 장래의 이용을 고려하여 합 목적적으로 정할 것이다.³³⁾ 또한 통행권이 행사되는 장소와 방법은 통행권자를 위해 필요하고 또한 주의토지에 손해가 가장 적은 것이어야 한다.³⁴⁾ 왜냐하면 주위토지통행권은 당사자의 의사에 의하여 이루어지는 것이 아니라 법률의 규정에 의하여 당연히 발생하는 권리이기 때문에 결국 주위토지에 손해를 주게 되기 때문이다. 그 판단 기준은 “사회통념에 비추어 쌍방토지의 지형적, 위치적 현상 및 이용관계, 부근의 지리상황, 상린지이용자의 이해득실, 현재의 통로 또는 통행의 실정, 기타 제반사항을 고려하여 구체적 사례에 따라 개별적, 객관적으로 판단하여야 한다.”³⁵⁾ 예를 들어 주

33) 판례도 위요지의 소유자는 그 토지의 가치를 유지하고 또한 언제든지 그 토지에 대하여 상당한 이용을 개시할 수 있는 상태에 둘 권리를 가지고 있으므로 반드시 이를 현실적으로 이용하고 있는지의 여부에 관계없이 주위지에 대하여 상당한 범위 내에서 장래의 이용에 필요한 통행권이 인정되어야 한다고 한다. 대판 1988.2.9. 87다카1956. 同旨 李英俊, 前掲書, 422면.

34) 대판 1971.10.22, 71다1920.

35) 權龍雨, 物權法(第5全訂版), 2000, 234면. 李相泰, 前掲書, 214면. 判例도 同旨. 대판 1989.5.23. 88다카10739·10746. 대판 1990.11.13. 90다5238, 90다카27761. 그 통행에 방해가 되는 담장과 같은 축조물도 위 통행권의 행사에 의하여 철거되어야 하는 것이라고 판시한다. 대판 1990. 8.28. 90다카10107은 포위된 토지 내에 건물이 대지의 공로에 가까운 동쪽 경계로부터 3미터 이상의 상당한 간격을 두고 건립되어 있어 이 대지 경계에 면하여 위 건물의 남단과 북단에 각각 설치된 양쪽 출입문 사이의 통행은 인접지를 통행하지 않더라도 그 토지의 경계 내에서 가능한 경우에는 그 토지로부터 공로로 통행하기 위한 통로로서는 그 토지의 북단 부근에서부터 공로에 이르는 부분만이 필요하다고 보아야 할 것이라고 판시한다. 대판 1992.12.22. 92다30528. 대판 1995.2.3. 94다50656. 대판 1995.9.29. 94다43580. 대판 1996.5.14. 96다10171. 대판 1996. 11.29. 96다33433(이 사건에서는 가재도구의 운반이 가능한 폭2m정도가 상당하다고 판단하고, 자동차출입이 가능하고 장래 노후된 주택의 재건축시 규정에 맞는 폭 6m를 주장하는 주장을 배척했다. 반면에 대판 1992.4.24. 91다32251에서는 “건축법규의 규제사항의 존재만으로 당연히 그 규제에 적합한 주위토지통행권을 인정할 것은 아니지만, 공익상의 견지에서 토지의 이용관계를 합리적으로 조정하기 위하여는 건축법상의 규제내용도 참작요소로 삼아 건축을 위한 통행로의 필요도와 그로 인한 토지소유자의 피해를 비교

위토지소유자가 건축물의 축조 등 기존통로로 이용되던 토지의 사용방법을 바꾸었을 경우에는, 통행권자는 그 주위토지소유자를 위하여 보다 손해가 적은 다른 장소로 통행하여야 하는 경우도 있을 수 있다.³⁶⁾

그러나 주위토지에 손해가 가장 적다는 것은, 일반적인 경우에는 주위토지의 가장 자리에, 또 공로에 이르는 최단거리가 되는 부분일 것이다. 따라서 주위토지를 중앙으로 나누는 통로는 종래 이 부분을 통행하고 있는 사실이 있어도, 손해가 가장 적은 장소라고 할 수 없는 경우도 있을 것이다.³⁷⁾ 그러나 최단거리가 항상 최소의 손실이 된다고는 할 수 없다. 오랫동안 주위토지에 사도로서 이용되고 있는 사정이 있는 경우에는, 달리 공도에 이르는 최단거리의 장소가 있음에도 불구하고, 그것을 통로로 인정한 경우도 있다.³⁸⁾ 다만 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니라 할 것이다.³⁹⁾

형량하여 통행권의 범위를 정해야 한다"고 다르게 판결하였다. 대판 1992.3.31. 92다1025에서는 폭 1.3m 내지 1.5m 정도의 통로가 필요한 범위라고 인정했다(金基洙, 建築法規上 필요한 通行路의 路幅과 周圍土地通行權, 考試計1997.10. 參照). 대판 1994.10.21. 94다16076에서도 "주위토지통행권의 범위에 자동차의 통로개설도 허용되지만, 단지 생활편의에 필요한 자동차통행까지는 허용 안 된다"고 판시하여, 통로 2m를 인정했다. 이에 대하여 金基洙, 周圍土地通行權의 範圍, 法律新聞1995.7.24.에서는 "대법원판시는 건축법령상 맹지의 통로폭을 인정하지 않으면 건축법상 위법건축물이 될 뿐 아니라 재해·소화 등 안전관리에도 지장이 있다는 점에 대한 심리가 미진하다"는 비판을 했다.

36) 대판 1989.5.23. 88다카10739.

37) 前掲 註釋民法, 李相泰 執筆, 570면.

38) 高松高判 1989.12.13. 判例時報1366号58頁.

39) 李相泰, 前掲書, 213면. 李英俊, 前掲書, 424면. 判例도 同旨. 대판 1996.11.29. 96다33433·33440. 대판 1995.2.3. 94다50656. 통행권의 범위에 관하여 당사자간의 합의가 이루어지지 않는 경우에는 소 또는 반소에 따라 판결로 확정한다. 주의할 것은 이 경우 청구취지를 상세하게 기재할 필요가 없으며 법원도 이 청구취지에 구속되지 않는다는 것이다(李英俊, 前掲書, 424면). 그러나 판례는 이와 다르다. 판례는 주위토지통행권의 확인을 구하기 위하여서는 통행의 장소와 방법을 특정하여 청구취지로서 이를 명시하여야 하고, 또한 민법 제219조 소정의 요건을 주장·입증하여야 하며, 따라서 주위토지통행권이 있음을 주장하여 확인을 구하는 특정의 통로부분이 민법 제219조 소정의 요건을 충족한다고 인정되지 아니할 경우에는 다른 토지부분에 주위토지통행권이 이전된다고 할지라도 원칙적으로 그 청구를 기각할 수밖에 없다고 한다. 대판 1992.7.24. 91다47086·47093. 이는 경계확정의 소와 달리할 필연성이 없음을 간과한 결과이다(李英俊, 前掲書, 424면).

2. 通路幅의 決定基準

주위토지통행권이 인정될 수 있는 통로의 폭을 얼마로 할 것인가는 포위지의 이용권자와 주위지의 소유자와의 간에 매우 중요하며, 또한 곤란한 문제가 많다. 주위토지통행권이 어느 범위까지 미치는가는 확실적인 기준을 정하기는 매우 어렵다.

판례에 의하면 “민법 제219조 규정된 주위토지통행권은 공로와의 사이에 그 용도에 필요한 통로가 없는 토지의 이용이라는 공익목적を 위하여 주위토지소유자의 손해를 무릅쓰고 특별히 인정되는 것이므로, 그 통행로의 폭이나 위치 등을 정함에 있어서는 주위토지소유자에게 가장 손해가 적게 되는 방법이 고려되어야 할 것이나, 최소한 통행권자가 그 소유토지를 이용하는데 필요한 범위는 허용되어야 하며, 어느 정도를 필요한 범위로 볼 것인가는 구체적인 사안에서 사회통념에 따라 쌍방 토지의 지형적, 위치적 형상 및 이용관계, 부근의 지리상황, 상린지 이용자의 이해득실 기타 제반사정을 기초로 판단하여야 한다”⁴⁰⁾고 하였다. 즉 이는 구체적으로 주택의 경우에는 사람이 겨우 통행할 수 있는 범위로 주위토지통행권이 제한되는 것이 아니고, 통행자가 주택에 출입하여 일상생활을 영위하는데 필요한 범위의 노폭까지는 인정되어야 한다고 하였고,⁴¹⁾ 또한 건축관련법의 규제, 자동차의 통행에 대한 배려,⁴²⁾ 포위된 토지소유자의 직업, 장소적 관행, 통행에 관한 합의의 유무, 주위토지 소유자의 손해 등이 검토되어야 할 것이다.

따라서 아래에서는 그 중에서 자동차의 통행 및 건축관련법과 통행의 폭에 대하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

(1) 自動車의 通行과 通路의 幅

오늘날의 운송수단 중 가장 일반적이고 대중적인 것이 자동차이기 때문에 자동차의

40) 대판 1996.5.14. 96다10171.

41) 대판 1991.7.23. 90다12670·12678. 同旨 대판 1985.2.8. 84다카99221에 관하여 李在性, 당사자의 교대와 무상주위토지통행권, 법률신문 1985.6.17.에서는 ‘무상의 주위토지통행권은 통행지나 피통행지의 소유자가 바뀌더라도 그 영향을 받지 아니하고 존속한다고 해석해야 민법 제220조의 입법취지를 살리는 길이 된다’고 비판하였다.

42) 대판 1994.10.21. 94다16076. “토지의 이용방법에 따라서는 자동차 등이 통과할 수 있는 통로의 개설도 허용되지만 단지 생활상의 편의를 위해 다소 필요한 상태라고 여겨지는 정도에 그치는 경우까지 자동차의 통행을 허용할 것은 아니다.”

통행여부는 토지와 건물의 사회적 효용과 관련하여 중요한 문제가 되고 있다. 그와 더불어 쓰레기수거차 또는 긴급차량인 소방차·구급차 등의 통행확보가 요청된다 하겠다. 그러나 차량의 통행은 주위토지의 소유자에게 주는 경제적 손실이 크고 자동차 통행 자체에 따른 위험이나 환경의 악화의 위험 등이 적지 않기 때문에, 보행과는 비교되지 않을 정도의 부담을 주위토지소유자에게 줄 수 있다. 따라서 자동차에 의한 통행을 할 수 있을 정도의 노폭이 항상 인정된다고는 할 수 없을 것이다. 판례에 의하면 기존통로의 폭을 2미터로 줄어들게 하여 사실상 자동차의 통과를 불가능하게 한 사안에서, 토지의 이용방법에 따라서는 자동차 등이 통과할 수 있는 통로의 개설도 허용되지만 단지 생활상의 편의를 위하여 다소 필요한 상태라고 여겨지는 정도에 그치는 경우까지 자동차의 통행을 허용할 것은 아니라고 하였다.⁴³⁾ 자동차의 통행과 관련하여 구체적으로 유형화를 시도하면 다음의 경우로 나누어 볼 수 있다.

① 既存의 通路로는 自動車의 通行이 不可能 또는 곤란하기 때문에, 通行路의 擴張을 請求하는 경우

판례에 의하면 종전의 약 30센티미터의 농로가 이미 개설되어 있는 경우에, 화물자동차가 운행될 수 있는 정도의 부분에 대하여 주위토지통행을 청구한 경우,⁴⁴⁾ 종래 자동차가 출입을 하고 있었지만 2.6미터의 폭으로는 좁아서 3.6미터의 폭을 청구한 경우,⁴⁵⁾ 피포위지의 매수인이 대형트럭을 사용하기 위해 4미터의 폭을 청구한 경우에는,⁴⁶⁾ 확장청구는 받아들여지지 않고 있다.

② 既存通路에 自動車의 通行 事實은 없지만, 그 幅이 自動車의 通行도 可能할 程度가 되기 때문에, 被包圍地의 所有者가 새로이 車輛通行을 請求한 경우

판례에 의하면 자동차의 출입이 불가능하더라도 생활에 곤란한 사정이 없고 또한 계쟁사도가 당해 피포위지와는 전혀 관계없이 축조된 것이라는 점 등을 이유로 차량통행을 부정하였다.⁴⁷⁾ 즉 이러한 경우에는 사도개설의 경위, 지리적 환경, 자동차사용의 필요성, 통행의 의한 환경피해 등 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정하여야 할 것이다.

43) 대판 1994.10.21. 94다16076. 대판 1995.2.3. 94다50656.

44) 대판 1967.10.31. 67다1641.

45) 東京地判 1980.2.18. 判例時報977号80頁.

46) 東京地判 1969.10.15. 判例時報585号57頁.

47) 東京地判 1986.8.26. 判例時報1224号26頁.

③ 既存通路에 대하여 從來부터 車輛通行의 事實이 있고 被包圍地의 所有者가 車輛通行을 請求한 경우

판례에 의하면 도로에 인접한 불특정의 거주자가 자동차로 통행이용하고 있었는데, 그 후 자동차를 소유한 자가 많아지고 통행량이 증대하여, 통로가 협소하기 때문에 유아나 노인 등의 보행자에게 위험이 생긴다는 등의 이유로, 모든 거주자에게(종래의 자동차이용자에게도) 자동차를 타고 들어오는 것을 금지한 경우,⁴⁸⁾ 종래부터 영업용의 자동차로 출입하고 있는 피포위지 소유자가 다른 대지를 구입하여 사업을 확장하고, 이것을 사무소창고로 하기 위하여 차량통행을 청구한 사안에서 통로의 폭등을 고려하여 차량통행을 전면적으로 부정한 경우가 있다.⁴⁹⁾ 또한 신설된 슈퍼마켓에 출입하는 납입업자의 자동차의 통행에 의하여 소음·먼지·가속파손의 피해를 입은 주민이 이것을 저지한 경우에는 그 한에서는 정당하다고 하였다.⁵⁰⁾

(2) 建築關係法令과 通路의 幅

여기에서 문제가 되는 것은 행정법규인 建築法令과의 관계이다. 건축법은 원칙적으로 건물의 대지는 폭4미터이상의 도로에 2미터이상을 접하여야 한다(건축법 제2조 제1호, 제33조 제1항)고 규정하고 있기 때문에 대지에 건물을 건축할 경우에는 공로에 통하는 폭 2미터 이상의 통로가 있어야 한다. 이러한 경우에 주위토지통행권의 범위를 결정함에 있어서도 이와 같은 건축법의 규정을 고려가 문제된다. 특히 오늘날과 같이 자동차에 관계되어 자동차통행이 가능한 폭의 통로를 인정할 것인가 하는 문제도 생길 것이다.

판례에 의하면 주위토지통행권은 주위토지의 소유자에 대하여 피포위지에 장래 건축할 것을 대비하여 건축허가에 필요한 폭의 통행로를 미리 보장하고 이를 수인하도록 하는 것까지 내용으로 하는 것은 아니라고 한다.⁵¹⁾ 또한 주위토지소유자가 원래의 도로 폭3미터를 1.5미터로 줄인 경우에, 그로 인한 피포위지의 소유자가 건축법상 증·개축을 하지 못하게 될 염려가 있다고 하더라도, 건축과 관련한 건축법 소정의 도로 폭에 관한 규정만으로 당연히 피포위지의 소유자에게 그 반사적 이익으로서 건

48) 福岡高判 1983.12.22, 判例タイムズ520号145頁.

49) 東京高判 1968.7.10, 判例時報535号60頁.

50) 大阪地判 1983.8.13, 判例タイムズ486号110頁.

51) 대판 1991.6.11. 90다12007. 대판 1996.11.29. 96다33433·33440.

축법에서 정하는 도로의 폭이나 면적 등과 일치하는 주위토지통행권이 바로 생기는 것은 아니라고 한다.⁵²⁾ 즉 판례는 건축법의 기준을 주위토지통행권의 범위를 결정하는 기준으로 삼고 있지는 않는 것 같다.

그러나 피포위지가 특히 도시계획지역 내의 일반주거지역에 위치하고 현재 나대지인 상태로 되어 있어 이를 일정한 건축물의 부지로 이용하고자 하는 경우에는, 만일 건축법규상의 규제에 적합한 통로의 개설이 허용되지 않는다고 하면 이는 토지소유자로 하여금 건축물의 신축행위를 할 수 없게 하여 당해 토지의 용도에 따른 이용상의 중요한 지장을 주게 되는 매우 불합리한 결과가 생기는 경우에는, 공익상의 견지에서 토지의 이용관계를 합리적으로 조정하기 위해서는 마땅히 법령상의 규제내용도 그 참작요소로 삼아, 피포위지 소유자의 건축물 건축을 위한 통행권의 적정한 범위를 결정하는 것이 옳다고 하기도 하였다.⁵³⁾

즉 이 경우에도 포위지이용자의 이용목적, 이용상황, 현재통로의 폭, 주위토지소유자가 입는 손해 등을 종합적으로 판단하여 가능한 대로 포위지와 주위지의 이용의 조화를 시도하여야 할 것이다. 이하에서는 구체적으로 어떠한 경우에 건축법의 규정이 고려되는가에 대하여 경우를 나누어서 살펴보기로 한다.

① 既存通路를 所有者가 全部 또는 一部를 閉止하고, 通行을 妨害하는 경우

이 경우에는 통행이용자에게 주위토지통행권이 긍정되는 때에, 통로의 폭의 판단에 있어서 건축법의 규정이 고려되어서, 기존통로의 현상이 유지·회복될 것이다. 예를 들어 기존통로(폭 2.4미터)를 소유자가 주차장으로 하기 위하여 1.1미터로 줄인 경우에 다른 사정과 함께 건축법을 고려하여 통로의 전부에 주위토지통행권을 인정한 경우가 있다.⁵⁴⁾ 또 기존통로(4미터)가 도로위치지정처분을 받고 있고, 그 사용이 도로로서의 사용가치밖에 없는 점 등을 이유로 통로 전체에 주위토지통행권이 인정된 경우가 있다.⁵⁵⁾

② 既存通路는 建築關係法 소정의 要件을 충족하지 않기 때문에, 既存通路의 幅을 擴大할 것을 請求하는 경우

52) 대판 1994.2.25. 93누20498.

53) 대판 1992.4.24. 91다32251.

54) 山口地徳山支判 1977.12.13. 判例時報894号103頁.

55) 東京高判 1965.5.31. 下民集16卷5号956頁.

피포위지소유자가 지상에 건물을 소유하고 린지상의 통로(0.9미터)를 거쳐서 공도에 출입하고 있는데, 건축법상의 접도의무와 관련하여 2미터폭의 통로를 주장한 사안에서, 린지의 주택의 일부를 철거할 필요가 있고 거주상 큰 불편이 생기는 점, 피포위토지의 소유자에게는 현재신축·증개축의 예정이 없는 점 등의 사정으로부터, 통로폭의 확대청구는 부정된 경우가 있다.⁵⁶⁾ 또한 건축허가를 받기 위해서는 아니지만, 기존통로에 도로위치지정(4미터폭)이 되고 있기 때문에, 이를 근거로 기존통로의 폭 확대를 청구하는 경우 예를 들어 토지소유자가 자동차의 출입을 위해 기존통로(폭1.8미터에서 2.73미터)의 폭 확대를 위하여 린지의 브로커 담의 철거를 청구한 사안에서, 기존통로로서 일상생활에 지장이 없기 때문에 이를 부정한 경우도 있다.⁵⁷⁾

이와 같이 건축법규의 주장이 기존통로의 폭의 확대를 위하여 반드시 쉽게는 인정되지 않을 것이다.

③ 既存通路로는 建築關係法規 소정의 要件을 충족하지 않기 때문에, 別途의 周圍地에 대하여 新規의 通路의 開設을 구하는 경우

대지상에 건축허가 신청을 하였으나 도로가 없다는 이유로 반려되어 기존의 통로가 있지만 건축법의 허가를 받기 위하여 새로운 통로의 개설을 청구한 경우에, 판례는 “원고소유 대지 동쪽에는 넓이 약1.5미터의 골목길이 본건대지와 접하여 나란히 있고 서쪽의 철도용지는 역구내이며 북서쪽에는 넓이 약1.3미터의 통로가 있어 이 통로로 넓이 약4.5미터의 통로에 출입할 수 있으며 이 통로는 그 서쪽으로 철도전널목과 연결되어 공로에 이를 수 있다면 본건 대지는 그와 공로사이에 그 대지의 용도에 필요한 통로가 있다할 것이므로 건축허가가 불가능하다는 등의 이유로 따로 피고소유의 담장부분을 헐고 그 부분으로 역구내인 철도용지를 통행할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다”⁵⁸⁾고 하여, 기존통로의 존재여부에도 불구하고 건축허가를 위한 신규의 통로의 개설은 인정하지 않았다. 또한 토지의 한 변이 도로에 접하고 있지만, 자동차의 출입이 불가능하고, 건축법상의 도로의 요건도 충족하지 않는 점을 이유로, 신규의 통로의 개설을 청구한 경우에, 토지소유자는 이러한 지리적 상황을 충분히 알고서 토지를 구입한 점, 이 도로에서는 통행에 부적합함이 없다고 하여 이를 부정하였다.⁵⁹⁾

56) 東京高判 1977.6.13, 判例時報863号59頁.

57) 東京地判 1983.4.25, 判例時報1097号55頁.

58) 대판 1977.6.7, 76다808.

또한 토지소유자가 지상건물을 부수고 건물을 신축함으로써 기존통로(폭 0.9미터)로는 건축법 소정의 허가요건을 충족하지 못하기 때문에 린접하는 공무원 숙사의 부지 부분에 통행권을 주장한 경우에, 이를 부정하였다.⁶⁰⁾ 또한 기존에 2미터폭의 통로가 있는 토지의 소유자가 포위지상에 공동주택을 건축하기 위하여 건축법규소정의 4미터 폭의 통로를 인접하는 대지의 앞마당에 청구한 것에 대하여, 피포위지성의 판단에는 건축법규의 규제도 고려하여야 하지만, 포위지의 통상이용에 필요한 통로폭을 판단한다면 독채의 임대주택을 건축할 수 있는 정도의 2미터 상당의 통로가 있으면 족하다고 하여 원고의 청구를 부정하였다.⁶¹⁾

이와 같이 건축법규의 건축허가를 얻기 위하여 피포위지에 기존통로의 폭확대 내지 신규통로의 개설을 청구하는 것은 특별한 경우가 아니라면 인정하기 어려울 것이다.

V. 通行權者

주위토지통행권은 인접한 토지의 상호이용관계조절에 기한 권리이므로, 토지의 소유자 또는 지상권자·전세권자·임차권자 등 토지사용권을 가진 자에게 인정되는 권리이다(민법 제290조, 제319조). 판례는 지역권자에게도 이러한 통행권을 인정하고 있다.⁶²⁾ 정당한 권한에 의하지 않은 주거를 위하여서도 통행권이 인정되고 있다.⁶³⁾ 특히 문제되는 경우는 다음의 두 경우이다.

1. 包圍地의 賃借人

문제는 포위지의 임차인에게 주위토지통행권을 인정할 수 있는가이다. 즉 예를 들어 임차인갑에게 포위지의 소유자을의 통행권을 민법 제404조에 의하여 대위행사는 방법 이외에 직접 자기 고유의 주위토지통행권이 인정될 수 있나 하는 것이다. 이

59) 東京地判 1977.12.19, 判例時報898号71頁.

60) 高知地判 1985.3.26, 判例時報1178号135頁.

61) 浦和地判 1988.10.29, 判例時報1511号118頁.

62) 대판 1977.9.13, 75다1958. 同旨 李英俊, 前掲書, 422면.

63) 대판 1962.6.21, 62아3. 同旨 李英俊, 前掲書, 422면.

에 관한 판례는 아직 보이지는 않고, 학설 중에는 대항력 있는 임차인에게만 이를 인정하여야 한다는 견해(편의상 1설이라 한다)가 있다. 즉 “임차권 특히 토지임차권이 물건화되고 있음은 사실이지만 이는 아직도 계약관계인 채권이고, 사실상으로는 그 소유자 등을 대위하여 그 목적을 달성할 수 있으므로 위 대항력 있는 임차권자에게만 이를 인정하는 것이 타당하다”고 한다.⁶⁴⁾ 일본의 학설⁶⁵⁾·판례⁶⁶⁾도 현재 이와 같은 입장을 취하고 있다.

또 하나의 학설(편의상 2설이라 한다)은 이러한 대항력 있는 임대차만에 주위토지통행권을 인정하는 것은 설득력이 없다고 한다. 그 이유는 포위지가 공로에 이르는 통로가 없는 경우에는 그 이용 자체가 제약되거나 전혀 불가능하게 되니 임대차 자체의 의미가 없게 되기 때문이라고 한다. 또한 임차인의 주위토지통행권을 부정하는 입장을 취하여도 포위지의 소유자가 가지고 있는 주위토지통행권의 반사적 이익으로서 임차인에게 주위토지통행권을 인정한 것과 같은 이익을 얻게 된다고 한다. 따라서 결과적으로 2설은 실질적인 측면에서 판단하여 대항력 있는 임차권, 점유를 수반하는 임차권은 물론 대항력이 없는 임차권의 경우에도 주위토지통행권을 인정하자고 한다.⁶⁷⁾

생각건대 주위토지통행권은 인접토지 상호간의 사회적 이용효율성을 높이기 위한 것으로 보고, 또한 대항요건이라는 것은 어디까지나 임차인의 사회경제적으로 열악한 지위를 도모하기 위한 것이라고 본다면, 적법한 임차권이라면 대항요건의 구비를 묻지 않고, 직접적인 토지이용자에게 고유한 통행권을 부여하는 쪽이, 이용의 조정을 촉진시킬 수 있으며, 주위토지통행권의 취지에도 적합하다 할 것이다.

2. 包圍地의 占有者

또한 포위지의 점유자에게도 주위토지통행권을 인정할 것인가와 관련하여, 판례는 불법점유자의 주위토지통행권을 부정하고 있다. 즉 “토지의 불법점유자는 그 토지를 사용할 정당한 권원이 없는 자라 할 것이므로 토지소유자의 상린관계로서 주위토지통

64) 卞鍾春, 前掲論文, 92면.

65) 石田喜久夫, 口述物權法, 成文堂, 1989, 172頁.

66) 日最判 1961.3.24, 民集15卷3号542頁.

67) 高翔龍, 前掲書, 272면. 前掲 註釋民法, 李相泰 執筆, 580면. 윤의섭, 周圍土地通行權에 관한 研究, 成均館大學校博士學位論文, 1999, 163면. 岡本詔治, 私道通行權入門, 1995, 73-74頁.

행권이나 통행지역권도 시효취득할 수 없다”고 하는 입장을 취하고 있다.⁶⁸⁾

그러나 학설은 주위토지통행권은 포위지의 이용에 필요불가결한 것이며, 본권의 유무에 관계없이 현재의 포위지이용자에게 통행권을 인정하는 데 의의가 있고, 또한 비록 포위지의 불법점유자라 할지라도 그의 통행이 불법으로 저지당할 경우에는 그의 점유보호청구에 의하여 주위지의 통행방해를 배제할 필요성과 권리가 있다고 한다. 더욱이 불법점유자의 통행권을 부정함으로써 인하여 받는 주위지소유자의 이익은 본권자가 포위지를 이용하지 않기 때문에 받는 이익에 지나지 않으므로 특히 보호를 요하는 이익이라고 풀이할 수 없다고 한다.⁶⁹⁾

생각전대 이러한 학설의 태도는 다음의 두 가지 견제에서 옳지 않다고 생각된다.

첫째, 우리 민법은 예를 들어 제103조(반사회질서의 법률행위), 제197조·제198조·제199조(불법점유), 제320조 제2항(유치권의 내용), 제746조(불법원인급여) 등 곳곳에서 불법적인 것에 대하여 법률효과를 인정하지 않고 있다. 그리고 특히 주위토지통행권의 근본적 취지에서도 한편으로는 사회경제적으로 토지의 효용을 다하게 하지만, 또 다른 한편으로는 주위토지에 대하여 소유권의 제한 내지 재산적 손해를 주기 때문에 주위토지통행권을 적용함에 있어서는 신의칙에 따라 신중하게 두 법익의 이해를 조정하여야 하기 때문에 굳이 주위지소유자의 소유권에 제한을 가하면서까지 불법점유자의 주위토지통행권을 인정할 사회적 실익이 없다.

둘째, 학설은 또한 불법점유자의 통행권을 부정함으로써 인하여 받는 주위지소유자의 이익은 본권자가 포위지를 이용하지 않기 때문에 받는 이익에 지나지 않으므로 특히 보호를 요하는 이익이라고 풀이할 수 없다고 하지만, 우리 사회는 사적 자치가 인정되고 소유권보장의 원칙이 인정되기 때문에 굳이 법이 불법의 편에 서서 그러한 주위지 소유자의 의사에 반하면서까지 이를 인정할 실익은 없다고 하는 것이 법적 논리에 맞는 것이고, 사회일반인의 의식에도 합치된 해석일 것이다. 따라서 위 판례의 태도는 타당하다.

68) 대판 1976.10.29. 76다1694.

69) 高翔龍, 前掲書, 273면. 이철수, 周圍土地通行權一事例를 中心으로, 司法研究資料17号, 23면. 澤井裕, 相隣關係法理の現代的觀點, 自由と正義32卷13号, 1981, 7頁.

VI. 土地의 一部讓渡와 周圍土地通行權

1. 意義

공유지의 분할 및 일부양도의 경우와 같이 토지소유자의 임의적인 행위에 의하여 공로에 통하지 못하는 포위된 토지가 있는 때에는 그 토지소유자는 공로에 출입하기 위하여 다른 분할자의 소유지 또는 양수인의 소유지에 대해서만 주위토지통행권이 인정되며,⁷⁰⁾ 이 경우에는 보상의 의무가 없다(민법 제220조). 민법 제220조가 이러한 무상통행권을 인정한 이유는 포위지가 생기는데 대하여 당사자들은 반드시 이를 예상하여 토지의 분할 또는 토지의 일부양도할 부분을 정하거나 또는 대가를 정하는 등의 문제를 토지의 분할 또는 토지의 일부양도 등의 행위를 할 때 고려해야 하는 것이므로, 무상통행권을 인정하여도 주위지소유자에게 특히 손해를 입히는 것은 아니기 때문이다. 이 규정의 취지를 유추적용하여 ① 토지소유자가 그 토지와 공로 사이의 통로를 막는 건물을 신축한 경우,⁷¹⁾ ② 또한 공로에 통할 수 있는 자신의 공유토지를 가지고 있는 경우⁷²⁾에는 더 편리하다는 이유만으로 주위토지통행권이 성립하지는 않는다고 할 것이다.

참고로 일본판례를 보면, “이러한 종류의 피포위지는 당사자의 과실 또는 태만으로 형성된 것이므로, 그러한 피포위지를 만든 사람에게 책임을 돌려야 하고, 다른 제3자에게 책임을 돌릴 수 없는 것이다. 따라서 통행의 문제는 이러한 피포위지를 만든 사람들의 토지 내부에서 처리하는 것이 타당하고, 피포위지 형성에 관여하지 않은 제3자의 토지에는 패를 끼쳐서는 안된다. 만일 피포위지의 소유자가 잔여지에서만 통행하는데에 혹 불편한 점이 있다고 하더라도 참지 않으면 아니된다. 그리하여 예를 들어 잔여지에 사람과 차량이 통행할 수 없는 경우라고 하더라도, 제3자의 토지에는 주위토지통행권이 인정되지 않는다”고 본다.⁷³⁾

70) 이와 구별하여야 할 경우가 있다. 토지의 분할 매각 당시에 매각 토지의 공로 출입을 위한 통행로를 무상 제공함으로써 그에 대한 배타적 사용수익권을 포기하였다고 볼 경우가 있다(대판 1996.4.12, 95다3619).

71) 대판 1972.1.31, 71다2113.

72) 대판 1982.7.13, 81다515·516. 同旨 대판 1976.5.11, 75다2338. 周圍土地通行權과 建築許可取消에 관한 대판 1990.2.27, 97다47118 參照.

73) 東京高判 1968.9.20, 判例タイムズ232号184頁.

2. 無償通行權의 適用對象

(1) 먼저 토지의 분할, 일부양도에 의해 피포위지로 되어야 한다. 여기서의 분할은 공유지분할을 의미한다. 공로에 통하고 있던 공유지가 분할된 결과 피포위지가 생긴 경우에는, 그 피포위지의 소유자는 분할된 다른 토지만을 통행할 수 있다. 여기서 분할에 당사자간의 협의에 의한 분할이 포함됨은 의심의 여지가 없으나, 재판상분할(민법 제269조)도 포함되는가에 관하여는 논의의 여지가 있다. 무상통행권은 당사자간의 임의행위에 의하여 생긴 피포위지에 관한 예외규정이므로 실질적 보상협약이 있었다는 것을 전제로 하고 있으므로 이러한 협의가 이루어졌다고 볼 수 없는 재판상분할은 제외된다고 봄이 상당하다.⁷⁴⁾

(2) 토지의 일부양도가 원인이 되어 피포위지가 생긴 경우에도 잔여지에만 주위토지통행권이 인정된다. 일부양도의 결과 피포위지의 소유자가 되는 것은 많은 경우에 양수인일 것이지만, 양도인의 잔부소유지가 포위지가 되는 경우에도 무상주위통행권이 인정되고, 따라서 양도인은 양수인의 취득지만을 통행할 수가 있게 된다. 여기서 말하는 양도에는 국유지의 拂下나,⁷⁵⁾ 담보권의 실행으로서의 경매도 포함된다.⁷⁶⁾ 강제경매, 국세징수법에 의한 공매도 같다 할 것이다.⁷⁷⁾ 비록 경매의 경우는 당사자간의 임의행위는 아니지만, 경락인이 경매가액을 정할 때 목적토지에 통행권이 인정될 것을 고려하여 가액을 정할 것이므로, 양도에 포함시켜도 무방할 것이다.

그리고 일부양도의 결과 외관상 피포위지가 생긴 것처럼 보이더라도, 그 양수인이 인접지를 소유하고 있어서, 그 인접토지를 거쳐서 공로에 통행할 수 있는 경우에는, 그 토지는 피포위지라고 할 수 없다.

또한 판례는 무상주위통행권에서의 일부양도란 1필의 토지의 일부가 양도된 경우 뿐만 아니라 일단으로 되어 있던 동일인 소유의 수필지의 토지 중의 일부가 양도된 경우도 포함된다고 한다.⁷⁸⁾ 그리고 이러한 포위지는 일부양도와 동시에 형성되어야 하며, 양도후에 포위지가 형성된 경우에는 일반원칙인 민법 제219조에 의하여 결정

74) 金基洙, 前掲論文, 227면. 高翔龍, 前掲書, 273면. 前掲 註釋民法, 李相泰 執筆, 588면.

75) 東京高判 1978.11.29, 判例タイムズ380号88面.

76) 日最判 1993.12.17, 判例時報1480号69頁.

77) 前掲 註釋民法, 李相泰 執筆, 589면.

78) 대판 1985.2.8, 84다카921·922. 대판 1970.5.12, 70다337. 대판 1993.12.14, 93다22906. 대판 1995.2.10, 94다45869·94다45876.

하여야 할 것이다.

(3) 全部同時讓渡

무상통행권은 토지의 일부가 양도되는 것을 규정하고 있는 바, 하나의 토지를 여러 필지로 나누어서 동시에 전부를 양도한 경우에도 무상통행권은 성립되는가가 문제된다.

공정설에 의하면, 토지소유자가 한 필지를 여러 개로 분필하여 그 전부에 대하여 동시에 여러 명에게 양도하여 생긴 피포위지의 경우에도 무상통행권의 취지에 비추어 피포위지의 그 분필 전의 동일 토지인 다른 토지만을 무상으로 통행할 수 있다고 한다.⁷⁹⁾

이에 대하여 부정설은, 전부동시양도의 경우는, 일부양도의 경우와 달리, 통행지의 양수인은 피포위지의 존재를 조사하기 어렵고 또 피포위지양수인이 어떠한 방법으로 통행하는가도 분명하지 않기 때문에 보상금을 고려하여 가격을 결정하는 것을 그에게 요구하는 것은 가혹하며, 또한 이 문제를 내부만에서 처리하는 것이 불합리하다고 한다.⁸⁰⁾

생각전대 동시전부양도에 의하여 어느 한 토지가 피포위지가 된 경우라도 양도된 토지 내에서 통행의 문제를 해결하여야 할 것이며, 양도된 토지 이외의 다른 제3자의 토지에 주위토지통행권을 인정하는 것은 합리적이지 못하다.

(4) 特定承繼人

제220조의 무상통행권은 직접 분할자 또는 일부양도의 당사자에게만 적용되는가, 아니면 이들로부터 양수한 특정승계인에게도 적용되는 것인가가 문제된다.

① 認定理由

분할 또는 일부양도에 의하여 생긴 무상통행권은 다른 분할자 또는 일부양도자의 토지만을 통행할 수 있는 반면 일반적인 경우에는 달리 보상의 의무가 없다. 그 이유는 공유자가 분할하거나 토지소유자가 일부를 양도할 때 이미 포위된 토지가 생기는 것을 예상할 수 있고, 이를 고려하여 분할 또는 양도의 부분, 대가를 정함으로써 보

79) 金基洙, 前掲論文, 279면, 前掲 註釋民法, 李相泰 執筆, 590면.

80) 高翔龍, 前掲書, 274면, 日本註釋民法(7), 野村好弘 執筆, 1968, 245頁.

상은 실질적으로 일괄해서 되든지거나 될 수 있기 때문이다.⁸¹⁾

② 學說

i 第220條 不適用說

무상통행권을 부담하는 토지가 특정승계인에게 양도되면 무상통행권의 부담은 소멸하고 제219조의 일반원칙이 적용된다는 견해⁸²⁾가 있다. 즉 당초 분할이나 양도와는 관계없는 자를 위하여 무상통행을 수인하려고 하는 것은 근대사회의 통상의 원리인 유상성의 원칙에 위배되는 부당한 결과라는 것이다. 또한 주위토지소유자에게는 통행에 제공된 토지 부분에 대하여도 재산세 기타 제세공과금이 부과되어지므로 관계자가 어떻게 바뀌든 무상통행권이 인정되어야 한다는 것은 불합리하다고 할 것이고, 무상성의 근거도 없어졌다할 것이므로 원칙적으로 민법 제220조는 적용되지 않는다고 한다.⁸³⁾

ii 第220條 適用說

무상의 주위토지통행권은 통행지나 피행지의 소유자가 바뀌더라도 그 영향을 받지 아니하고 존속한다는 견해가 있다.⁸⁴⁾ 즉 특정승계인이 무상통행권의 부담을 알고 당해 토지의 가격을 정하였을 경우에만 무상통행권의 부담을 승계한다는 것이다. 그러나 이에 대하여는 무상의 주위토지통행권이 무제한하게 존속한다는 견해는 민법 제220조의 취지를 부당하게 확대하는 것이라라는 비판이 있다(민법 제233조 참조).⁸⁵⁾

iii 折衷說

제220조 적용설에 따르게 될 경우에는 양도라고 하는 우연한 사정에 의하여 지금까지 무상통행권을 가지고 있던 토지소유자의 이익상황이 현저하게 변하는 것으로 되어 적당하지 않고, 제220조 불적용설을 따르게 될 경우에도 무상통행권의 부담을 알

81) 日本註釋民法(7), 川島武宜 執筆, 244頁. 安藤一郎, 私道の法律問題, 三省堂, 1981, 97頁, 105頁.

82) 高翔龍, 前掲書, 274면. 金曾漢·金學東, 物權法(第9版), 1997, 277면. 卞鍾春, 前掲論文, 102면. 李英俊, 前掲書, 425면. 張庚鶴, 前掲書, 411면. 東孝行, 民法第213條と垈地圍繞地の特定承繼, 司法研修所創立20週年記念論文集 第1卷, 100頁.

83) 卞鍾春, 前掲論文, 102면.

84) 李在性, 前掲論文.

85) 李英俊, 前掲書, 426면.

수 없는 통행지의 특정승계인에게 승계를 인정함으로써 예측할 수 없는 현저한 손해를 주는 것으로 되어 역시 적당하지 못하다고 하면서, 따라서 이들 견해의 난점을 피하기 위하여 통행지의 특정승계인이 무상통행권의 부담을 알고 당해 토지의 가격을 정하였을 경우에만 무상통행권의 부담을 승계한다고 하는 절충적 견해⁸⁶⁾가 있다. 그러나 이에 대하여는 안 경우에만 승계한다는 절충적 견해는 그와 같은 구별을 할 법적 근거가 없다고 하면서, 지료 등을 참작하여 승계인 간에 무상으로 하는 묵시적 계약이 인정되는 경우는 몰라도 이를 일반화하는 것은 허용되지 않는다. 원래 무상행위의 승계는 엄격하게 인정하는 것이 원칙이다라는 비판도 있다.⁸⁷⁾

③ 判例

판례는 일관하여 “공유지의 분할 또는 토지의 일부양도로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 생긴 경우에, 그 포위된 토지를 위한 통행권은 분할 또는 일부양도 전의 종전 토지에만 있고 그 경우 통행에 대한 보상의 의무가 없다고 하는 민법 제220조의 규정은 직접 분할자 또는 일부양도의 당사자 사이에만 적용되고, 피포위지 또는 피통행지의 특정승계인에게는 적용되지 않으며, 특정승계인의 경우에는 주위토지통행에 관한 민법 제219조의 일반원칙에 돌아가 통행권의 유무를 가려야 한다”고 한다.⁸⁸⁾

그런데 최근에 판례는, 토지의 원소유자가 토지를 분할·매각함에 있어서 토지의 일부를 분할된 다른 토지의 통행로로 제공하고 다른 분할토지소유자들이 무상통행하여 온 사안에서, “토지의 원소유자가 토지를 분할·매각함에 있어서 토지의 일부를 분할된 다른 토지의 통행로로 제공하여 독점적·배타적 사용수익권을 포기하고 그에 따라 다른 분할토지의 소유자들이 그 토지를 무상으로 통행하게 된 후에 그 통행로 부분에 사용수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 알면서 그 토지의 소유권을 승계 취득한 자는, 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 그 토지에 대한 독점적·배타적 사용수익을 주장할 만한 정당한 이익을 갖지 않는다 할 것이어서 원소유자와 마찬가지로 분할토지의 소유자들이 무상통행을 수인하여야 할 의무를 진다”⁸⁹⁾고 하여, 무

86) 前掲 註釋民法, 李相泰 執筆, 593면.

87) 李英俊, 前掲書, 426면.

88) 대판 1965.12.28, 65다950. 대판 1971.10.19, 69다2277. 대판 1985.2.8, 84다카921·922. 대판 1990.8.28, 90다카10091·10107. 대판 1991.6.11, 90다12007. 대판 1991.7.23, 90다12670·12678. 대판 1992.4.28, 91다37324. 대판 1994.12.2, 93다45268. 대판 1996.11.29, 96다33433·33440.

상통행로의 토지소유권을 취득한 특별승계인이 계속 무상통행의 부담을 질 것인가의 여부를 무상통행권의 존부에 대한 사정의 인지여부에 따라 판단함으로써 학설 중 절충설에 가까운 판단을 하고 있다.

④ 檢討

무상통행권이 당초의 분할·양도의 당사자간에 있어서만 성립한다고 해석한다면, 피포위지의 소유자는 자기가 관여하지 않은 잔여지가 양도됨으로써 무상통행권을 잃게 된다. 뿐만 아니라 원칙으로 돌아가 새로이 유상의 주위토지통행권을 취득하게 된다면, 그 통행권자는 이미 제3자의 토지로 되어 있는 경우도 있을 것이므로, 제3자에게 불측의 손해를 야기하는 경우도 있을지 모른다. 한편 포위된 토지가 양도된 경우에 그 특정승계인은 무상통행권을 취득하게 된다고 결론을 짓게 되고, 그렇다면 잔여지의 소유자는 의외의 이득을 얻게 되는 경우도 있을 것이다.

그러나 역으로 특정승계인에게 무상통행관계가 승계된다면, 즉 잔여지에 대하여 종래부터 통행의 사실이 없었지만 갑자기 피포위지라는 이유로 잔여지에 대하여 제220조의 무상통행권을 주장할 수 있게 되나, 그것은 무상통행권의 부담이 없다고 믿고서 잔여지를 매수한 자에게는 가혹한 결과가 되며, 이와 같은 과거의 사정이 언제까지나 다른 토지에 대하여 영향을 미치는 것이 되어 불합리할 뿐 아니라, 나아가서는 토지의 거래안전을 해치고 소유권에 중대한 제한을 가하는 결과가 될 수도 있다.

생각건대 문제는 종래 잔여지에 통행권을 행사한 것이 없음에도 불구하고, 무상통행권의 존재를 알지 못하고서 잔여지를 양수한 특정승계인에 대하여 갑자기 이러한 통행권을 주장하여온 경우, 양자의 입장·이해를 어떻게 조정하는가에 있다고 할 수 있다. 그러므로 무상통행권이 현실로 행사되고 있거나 혹은 잔여지의 양수인이 무상통행권의 부담이 있다는 것을 알고서 이를 양수한 경우에는 민법 제220조를 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 민법 제219조를 적용하는 것이 타당하다고 생각한다. 따라서 최근에 절충적 입장을 취한 판례의 태도는 타당하다고 여겨진다.