

경계를 넘어 건축된 건물의 법적 처리방안에 관한 검토

이 상 태*

목 차

I. 서 론	1. 개정안의 내용
II. 종래 학설 및 판례의 입장	2. 개 관
1. 학 설	3. 요 건
2. 판 례	4. 효 과
III. 민법개정안 내용의 검토	IV. 결 론

I. 서 론

민법은 제242조에서 건축자가 자기 소유지 내에 건물을 건축하는 경우, 경계선으로부터 50센티미터 이상의 거리를 유지하도록 하는 취지의 규정을 둘 뿐이고, 건물 자체가 경계선을 넘어서 이웃토지에 세워진 이른바 월경건축(越境建築) 또는 침계건축(侵界建築)의 경우까지를 규정하고 있지는 않다. 그런데 토지소유자가 이웃토지와의 경계를 넘어 건물이나 공작물을 건축한 경우, 그 경계를 넘어서 건축된 건물 등에 대한 처리를 둘러싼 분쟁이 실무상 상당히 많이 발생하고 있다. 종래 이러한 분쟁을 해결할 수 있는 명문 규정이 없었던 우리 민법에서는 학설이 나뉘어 있고 판례도 일관성 있는 판결을 하지 못하고 있었다. 이러한 상황 아래서 법무부는 민법개정특별분과위원회를 설치하였고 이 위원

* 건국대학교 법과대학 교수

회가 만든 민법개정안을 2004년 입법예고한 바가 있다. 그 가운데 경계를 침범한 건축에 관하여 제242조의2를 신설할 것을 제안하고 있다.

본고에서는 먼저 경계를 넘어 건축된 건물에 대한 처리에 관한 종래의 학설의 내용과 판례의 처리입장을 살펴보고, 이어 법무부의 민법개정안 제242조의2가 규정하고 있는 내용을 검토한 후, 이 개정안에 대한 앞으로의 입법과정에서 검토해야 할 점이 없는지를 고찰해 보고자 한다.

II. 종래 학설 및 판례의 입장

1. 학 설

위에서 언급한 바와 같이 현행 민법에 아무런 규정이 없기 때문에, 경계를 넘어 건축한 건물 등에 관한 법적 처리와 관련하여 학설은 분분하다.

가. 민법초안지시설

독일민법 제912조¹⁾를 참조하여 만들어진 우리 민법초안(제205조)²⁾의

1) 독일민법 제912조 제1항은 “토지의 소유자가, 그의 책임 있는 고의 또는 중대한 과실이 없이, 경계선을 넘어 건물을 축조한 때에는, 인지자(隣地者)는 경계를 침범한 그의 건축물을 인용(忍容)하여야 한다. 다만 인지자가, 경계선을 넘기 전 또는 넘은 후 즉시 이의를 제기한 때에는 그러하지 아니하다.”, 제2항은 “인지자는 금전정기금으로써 배상을 받을 수 있다. 그 정기금의 액에 관하여는 경계선을 넘은 때를 기준으로 한다.”라고 규정하고 있다.

2) 우리 민법초안 제205조는 “토지소유자가 고의나 중대한 과실 없이 경계를 넘어 공작물을 건축한 경우에 인지소유자가 이를 알고 지체 없이 이의하지 아니한 때에는 공작물의 제거나 변경을 청구하지 못한다. 전항의 경우에 인지소유자는 공작물소유자에 대하여 경계를 넘은 부분의 토지매취를 청구할 수 있고 손해배상을 청구할 수 있다.”라고 규정하였다. 그러나 국회의 심의과정에서, 상린관계를 조절하는 의미에서 지극히 진보적인 규정이라고 할 것이나 한국의 사정에 비추어 권리의 남용을

규정대로 해석하는 것이 적당하다는 견해이다. 즉, 토지소유자가 고의나 중대한 과실 없이 경계를 넘어 공작물을 축조한 경우에 이웃토지소유자가 이를 알고 지체 없이 이의하지 아니한 때에는 공작물의 제거나 변경을 청구하지 못하고, 다만 이웃토지소유자는 공작물소유자에 대하여 경계를 넘은 부분의 토지매수나 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.³⁾

나. 물권적 청구권설

피해자인 토지소유자는 권리남용에 해당되지 않는 한, 소유권 또는 점유권에 기한 물권적 청구권을 행사함으로써 공사의 폐지 또는 변경을 청구할 수 있을 뿐이라고 한다.⁴⁾

한편 원칙적으로 피해자인 토지소유자는 물권적 청구권을 행사하여 그 건물의 청구를 할 수 있지만, 상대방에게 과실이 없는 때에는 이의 행사를 부인함이 타당하다는 견해도 있다.⁵⁾ 그 이유로는, 토지침범자가 토지경계를 잘못 알고(그것도 그 토지의 전주(前主)나 인지자들이 공동으로 현실의 경계를 실제의 토지경계로 알고 있는 상태에서) 토지경계를 넘어 건물을 지은 때까지도 — 따라서 경과실조차 인정하지 어려운 경우까지도 — 건물을 철거하도록 하는 것은, 한편으로는 지나친 국가권 위사상에 기한 것이라고 할 수 있으며, 또 다른 한편으로는 절대적 소유권사상에 기한 것이라고 한다. 특히 현실적으로 토지등기부 및 지적공부가 실제의 토지경계 기타 진실한 권리관계를 제대로 반영하고 있지 못한 우리의 실정을 고려할 때, 그 부당성은 더욱 크다고 한다.

초래할 염려가 있을 뿐 아니라 때에 따라서는 상린관계를 악화시키고 분쟁을 격화할 우려가 있다고 하여 삭제되었다. 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 『민법안심의록(상권)』, 1957, 137면.

3) 박윤직, 『물권법』, 박영사, 2006, 188면.

4) 강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2000, 501면; 김기선, 『한국물권법』, 1990, 215면; 이상태, 『물권법』, 법원사, 2007, 233면.

5) 김증한·김학동, 『물권법』, 박영사, 2004, 259, 286면.

다. 구체적 이익고려설

건물축조자에게 고의·중대한 과실이 있는 경우에는 제한 없이 그 건물의 철거를 청구할 수 있고, 그렇지 않는 경우에는 제242조 제2항을 유추 적용하여 건축에 착수한 후 1년 이내 또는 건물이 완성되기 이전에 만 그 변경이나 철거를 청구할 수 있고 그 후에는 손해배상만을 청구할 수 있을 뿐이다.⁶⁾

라. 상린법규정신설주장설

건물이 경계를 넘어서 축조된 경우에 관하여는 「민법」 제242조를 유추적용할 수 없고 현행법상 토지소유자는 물권적 청구권을 행사하여 언제든지 월경건물 부분의 철거를 청구할 수 있다. 그러나 이러한 해결방법은 국민경제상으로 타당하지 아니할 뿐 아니라 토지소유자가 철거의 위협으로 부당한 이익을 취하는 데 악용될 수도 있으므로, 입법론으로 경계침범 건축을 상린관계법으로 규정할 필요가 있다고 한다. 즉, 건축자에게 월경건축에 관하여 고의 또는 중대한 과실이 없고 토지의 소유자가 월경에 대하여 이의하지 아니한 때에는 토지소유자에 대하여 수인의무(受忍義務)를 부과하고 단지 임료 상당의 보상금(정기금) 청구권을 부여하는 규정을 신설할 필요가 있다고 한다. 그 이유로, 이러한 수인의무는 「민법」 제21조 및 제212조가 규정하는 토지소유권의 내용제한의 한 태양으로 구성하는 것이 불가능하지 않으며 이는 또한 인접토지 상호간의 이용조절에 해당하는 것이므로 상린법의 전형적 대상이라는 점을 들고 있다.⁷⁾

6) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2003, 374면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1990, 422면.

7) 이영준, 「한국민법론」, 박영사, 2004, 411면.

마. 검토

이 경우에 관하여 아무런 규정이 없는 우리 민법상 독일민법과 같이 일률적으로 해석하는 것도 곤란하며 또한 「민법」 제242조를 유추적용하기도 곤란하다. 따라서 새로운 입법이 행해지지 않는 한, 현행법 해석론 으로서는 물권적 청구권의 일반이론에 따라 해결하는 수밖에 없을 것으로 생각된다. 다만 건물이 완성된 후에도 무조건으로 철거를 청구하는 것은 문제가 있으므로, 건물완성 후에는 신의성실의 원칙이나 권리남용 금지의 원칙에 의해 물권적 청구권의 행사가 제한되는 경우가 없는지를 살펴보게 될 것이다.

2. 판례

가. 판례의 처리원칙

우리 판례는 건물 등이 경계를 넘은 경우 그 철거 여부에 관하여는 토지소유자의 물권적 청구권의 문제로 해결하여 오고 있으며, 특히 물권적 청구권의 행사가 권리남용에 해당하는지의 여부에 따라 그 결론을 달리 하고 있다.⁸⁾

그런데 판례는 권리행사가 권리남용이 되기 위해서 객관적으로 권리행사가 사회적 정당성의 결여라고 하는 객관적 요건 이외에 상대방을 가해할 의사 또는 목적이라는 주관적 요건까지 갖추어야 하는가에 관해서는 일견 일관되지 못한 입장을 표명하여 왔지만,⁹⁾ 그러나 다수의

8) 물권적 청구권 행사의 권리남용 여부와 관련한 판례에 관한 선행 연구로서, 임형택, “독일민법에서의 경계를 넘어 건축된 건물에 관한 연구”, 『일감 부동산법학』, 창간호, 건국대학교 법학연구소, 2007. 9, 275면 이하 참조.

9) 주관적 요건만 강조한 판결(대판 1962. 9. 27. 62다424; 동 1973. 8. 31. 73다91; 동 1980. 5. 27. 80다484; 동 1998. 6. 12. 96다52670), 객관적 요건만 강조한 판결(대판 1961. 10. 19. 4293민상204; 동 1978. 2. 14. 77다2324·2325; 동 1982. 9. 14. 80다2859),

판결은 객관적 요건과 함께 주관적 요건을 요구하고 있다고 하겠다. 이에 의하면, 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐, 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 입을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다고 한다.¹⁰⁾

나. 권리남용을 부정한 판례

예컨대 대판 1986. 7. 22. 85다카2307에서는, 서울시가 많은 예산을 들여 택지조성사업을 하고 그 대지 위에 건물을 지어서 철거민인 피고들에게 분양하였는데, 그 조성된 대지 중 매우 일부의 토지를 소유하고 있던 원고가 서울시에 자신의 토지를 매도하지 않고 있다가 피고들을 상대로 건물의 철거를 청구하였다. 원심은 이 사건 각 토지의 사용수익보다도 피고들에게 고통을 줌으로써 서울시와 사이에 비싼 값으로 토지를 매도하려는 데에 그 진정한 의도가 있는 것이라고 보고, 이는 권리의 사회성에 반하여 권리의 행사로서는 용인될 수 없는 것이라고 판단하였다. 그러나 대법원은 ① 이 사건 토지가 택지로 조성된 전후를 막론하고

양 요건을 선택적 관계로 파악한 판결(대판 1964. 7. 14. 64아4; 1978. 2. 14. 77다2324; 동 1983. 10. 11. 83다카335; 동 1991. 10. 25. 91다27273; 동 1993. 8. 24. 92므907) 등이 있다.

10) 대판 1986. 7. 22. 85다카2307; 동 1987. 3. 10. 86다카2472; 동 1987. 9. 8. 87다카924; 동 1987. 10. 26. 87다카1279; 동 1990. 5. 22. 87다카1712; 동 1991. 3. 27. 90다13055; 동 1991. 6. 14. 90다10346 · 10353; 동 1998. 6. 26. 선고 97다42823; 동 2002. 9. 4. 2002다22083 · 22090; 동 2003. 2. 14. 2002다62319 · 62326; 동 2003. 11. 27. 2003다40422. 다만 주관적인 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적 사정에 의하여 추인할 수 있다고 하는 판결도 있다(대판 1993. 5. 14. 93다4366; 동 2003. 11. 27. 2003다40422; 동 2005. 3. 24. 2004다71522 · 71539)

개발제한구역 또는 군사보호지역으로 지정되어 있어 토지 내에서의 건축물 등의 건축이 불가능하게 되어 있다 하더라도 토지소유자인 원고로서는 위와 같은 개발제한구역 또는 군사보호지역지정으로 인한 이용상의 제한을 받는 범위 내에서 토지를 사용·수익할 권리와 이익이 있다 할 것이니 거기에 장애가 되는 지상건물의 철거와 토지인도를 구하는 원고의 권리행사가 오직 상대방인 피고들에게 고통만을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 원고 자신에게 아무런 이익이 없는 경우에 해당한다고 단정할 수 없고, ② 서울시가 소유자인 원고와의 원만한 협의절차 없이 이 사건 토지에 무작정 택지조성공사를 불법적으로 시행한 후 그 택지 위에 분양건물을 신축한 것이어서 원고에게 그 침해상태를 그대로 감수하라고 강요하는 것은 사회정의감에도 반하며, ③ 이러한 경위로 이루어진 불법적인 침해상태를 배제하려는 원고의 이 사건 권리행사를 가리켜 사회질서에 반하는 것으로서 용인될 수 없는 것이라고 보기 어렵고, ④ 그밖에 택지조성공사 및 건축에 투입된 비용이 많다는 원심판시의 사유는 원고의 이 사건 권리행사로 원고가 얻게 될 이익보다 상대방인 피고들이나 피고들 보조참가인이 입게 될 손해가 현저히 크다는 사정에 불과하므로, 어느 것이나 원고의 권리행사를 권리남용이라고 단정할 사유가 못된다고 판단하였다.

또 대판 1987. 3. 10. 86다카2472에서는, 원고 소유의 토지 5제곱미터가 피고의 건물의 통로로 사용되고 있어 원고가 피고에 대하여 그 5제곱미터의 인도 및 담장철거를 청구하였다. 원심은 ① 비록 피고가 이 토지를 사용할 수 없게 되는 경우, 피고소유의 기존 2층 건물의 일부를 철거하지 않을 수 없게 되고 그렇게 될 때 기존건물은 그 가치가 반감되는데다가 그 공사비도 금 6,000,000원을 초과하게 되는 반면 원고의 입장에서 위 대지부분은 건물벽의 뒤쪽에 떨어져 있는 극히 협소한 부분으로서 원고소유 건물과의 관계로 보아 이용가치가 금 200,000원을 초과할 수 없는 극히 적은 사정이 있다 하더라도, ② 피고가 현재의 건물을 신축

또는 증축함에 있어 지적도상의 경계선을 정확히 측량하여 이를 준수하지 아니하였으면서도 이제 와서 그 건물의 효용가치만을 이유로 철거 등에 응할 수 없다고 주장하는 것은 조리에 부합한다 할 수 없을 뿐 아니라, ③ 원고의 이 사건 청구가 원고에게는 아무런 이익이 없고 피고에게만 손해를 끼칠 의도 하에 이루어진 것이라고 인정할 만한 증거도 없다고 하면서 원고청구가 권리남용에 해당되지 않는다고 판단하였고, 대법원도 원심의 판단을 지지하고 있다.

그리고 대판 1987. 9. 8. 87다카924에서는, 도시의 중심가에 있는 원고 소유의 토지 7제곱미터를 피고들의 2층 건물이 침범하여 축조되어 있어 원고가 피고들에게 그 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구하였다. 원심은 ① 원고 소유의 대지 위에는 원고 소유의 지하 1층, 지상 3층의 건물이 건립되어 원고의 사무실로 사용되고 있고, 피고들 소유의 건물이 불과 폭 46센티미터 가량 떨어져 세워져 있어 원고 소유의 위 건물을 관리하는데 상당한 지장을 주고 있으며, 원고가 위 건물을 신축함에 있어서 피고 건물의 위 침범부분을 철거할 것으로 예정하고 이를 축조하였으나 위 피고들 소유건물이 철거되지 아니하여 건축법상에 정한 건폐율을 충족시키지 못하고 있을 뿐만 아니라, 또한 원고가 피고들 소유건물의 전소유자와 위 건물 및 그 대지를 매수하고자 협의하던 중 피고들이 이를 매수해 버림으로써 그 뜻을 이루지 못하였고, 다시 피고들에게 피고들이 매수한 가격인 금 28,000,000원에 이를 매수하겠다고 제의하였지만 피고들이 시가보다 월등히 높은 가격을 요구하는 바람에 협의가 이루어지지 아니하여 부득이 건물관리, 건폐율충족 및 고객을 위한 공간 확보의 필요성이 인정되고, ② 또한 피고들로서는 위 건물침범부분을 철거하더라도 각 층 약 11제곱미터 가량이 남아 위 건물의 본래 용도인 소규모 카메라 상점으로 사용할 수 있고, 그 침범부분을 철거하더라도 위 건물전체가 당장 붕괴된다고는 할 수 없는 사실 등을 인정한 다음, ③ 비록 위 철거로 인하여 건물구조에 영향을 미쳐 그 수명이 단축된다거

나 피고들 소유의 건물이 먼저 축조되었고, 원고 소유의 위 건물도 이미 준공검사를 마쳤다고 하는 사정이 있다 하더라도 원고의 권리행사를 받아들임으로써 사회관념상 도저히 허용할 수 없는 정도의 손해를 피고들에게 끼치게 된다면 원고의 위 권리행사가 원고에게는 아무 이익이 없음에도 피고들에게 손해만을 끼치게 하고 고통을 주기 위한 것만이라고 단정할 수 없다고 판단하여 원고의 청구가 권리의 남용에 해당한다는 피고들의 항변을 배척하였고, 대법원도 원심의 판단을 인용하고 있다.

대판 1991. 6. 14. 90다10346·10353에서는, 피고들이 소유하고 있는 건물의 일부가 원고 소유의 대지 중 15제곱미터 지상에 위치하여 정당한 권원 없이 그 대지를 점유하고 있어, 원고가 피고들에 대하여 그 지상 건물부분의 철거 및 그 대지의 인도를 청구하고, 위 점유로 인하여 원고들이 입은 손해의 배상을 청구하였다. 여기서 피고는 원고의 청구가 권리남용에 해당한다는 주장을 하였다. 즉, ① 원고가 위 침범부분의 인도를 받지 아니하더라도 현재 원고가 점유하는 부분의 면적은 원고가 당초 매수할 당시의 등기부상 면적보다 적지 아니하고, ② 피고들 소유의 건물이 원고 대지를 침범하게 된 것은 피고들이나 위 건물의 전 소유자가 불법으로 원고 대지를 점유한 것이 아니라 분할지적도를 작성함에 있어 측량기술상 오류가 발생하여 결과적으로 위 건물이 원고 대지를 침범하게 된 것이며, ③ 원고가 위 점유부분을 인도받는다 하더라도 원고 건물과 피고들 건물 사이에는 폭 약 1.9미터 면적 15제곱미터의 공간이 생길 뿐이어서 그 부분은 원고에게 전혀 도움이 되지 아니하고, ④ 위 건물은 지하 1층 및 지상 3층 건물로서 위 침범부분을 철거하면 피고들의 건물 또한 막대한 피해가 예상되며, ⑤ 원·피고들간의 대지 경계 시비는 원·피고들 사이에서 그치는 것이 아니라 연쇄적으로 그 인접대지의 소유자 사이에도 영향을 끼쳐 이 일대의 경계선이 새로이 확정되지 아니하면 해결이 안 되고, ⑥ 만일 위 일대 토지의 경계선이 모두 새롭게 확정되지 아니하고 원·피고들 사이의 경계선만 시정되는 경우 원고가

점유하게 되는 면적은 등기부상 면적보다 많게 되고 피고들은 등기부상 면적보다 줄어들게 되어 형평에 어긋나며, ⑦ 원고는 그동안 피고들 건물이 위와 같이 침범된 지 13년이 지나도록 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 원고가 피고들의 건물에 붙여 신축하다가 이로 인하여 분쟁이 발생되자 이 사건 소를 제기한 점 등의 사유를 들어, 원고의 청구가 권리남용에 해당한다고 주장하였다. 그런데 원심은 피고들이 원고의 이 사건 청구가 권리남용이 된다는 사유로 주장하는 것들은 결국 원고의 권리행사의 결과로서의 이익보다 피고들의 손해가 막대하고 사회 경제적 손실 등이 크다는 것들이고, 이러한 사유만으로는 원고의 이 사건 건물철거 및 대지인도의 청구가 권리남용이 된다고는 할 수 없어(피고들은 원고가 위 침범부분을 인도받는다 하더라도 원고 건물과 피고들 건물 사이에는 폭 약 1.9미터, 면적 15제곱미터의 공간이 생길 뿐이어서 그 부분은 원고에게 전혀 도움이 되지 아니한다고 주장하나, 피고들 건물이 침범한 부분의 폭이 1.9미터라면 이는 법정이격거리인 0.5미터보다도 훨씬 넓은 것이고 위 대지는 지목이 대지이어서 원고로서는 후일 위 침범 부분 중 법정이격거리를 제외한 나머지 대지 위에 새로운 건물을 축조할 가능성도 있는 것이다) 피고들의 권리남용 항변을 배척하였고, 대법원도 이를 인용하고 있다.

또 대판 2005. 3. 25. 2003다5498에서는, 원고의 토지 위를 지나고 있는 송전선에 대하여 피고인 한국전력공사를 상대로 그 철거를 청구하였다. 원심은 ① 이 사건 송전선은 원고 소유의 토지의 중앙부를 지나고 있어 원고의 토지에 대한 소유권행사를 방해하고 있음이 명백하고, ② 이러한 송전선 설치에 앞서 법에 그 토지 위의 공간 사용권을 취득할 수 있는 절차가 규정되어 있음에도 불구하고, 피고는 법에서 정한 소정의 토지 위 공간사용권의 취득절차를 취하지 않고, 이 사건 토지상공에 송전선을 설치·통과시켰으며, ③ 이 사건 송전선의 설치 후 오랜 기간 보상 혹은 배상이 이루어지지 않고 있는 사정 등을 고려하면, ④ 이

사건 송전선이 공익적 기능을 가진 국가 기간 시설물이고, 송전선 변경에 많은 비용이 소요된다거나, 원고가 보상금 지급 규정에 비하여 더 많은 보상을 요구한다는 사정만으로 원고의 이 사건 철거청구가 신의칙에 반한다거나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였고, 대법원도 이러한 판단이 정당하다고 판단하고 있다.

다. 권리남용을 인정한 판례

그런데 한편으로 대법원은 권리자가 그 권리를 행사함으로 인하여 사회적, 경제적으로 얻는 이익보다 상대방에게 과대한 손해를 입히는 결과가 됨에도 불구하고, 권리자가 권리행사라는 구실로 상대방에게 손해를 가할 것만을 목적으로 하거나 또는 객관적으로 우리의 통념상 도저히 용인될 수 없는 부당한 결과를 자아내는 등 공공복리를 위한 권리의 사회적 기능을 무시하고, 신의성실의 원칙과 국민의 건전한 권리의식에 반하는 경우에는 권리남용이 된다고 한다.¹¹⁾

예컨대 대판 1993. 5. 14. 93다4366에서는, 피고의 2층 건물이 원고의 토지에 0.3제곱미터를 침해하자, 원고가 그 부분에 해당하는 피고 건물의 철거와 그 대지의 인도를 청구하였다. 원심은 원고의 이 사건 청구가 오로지 피고에게 고통이나 손해를 주기 위한 것임을 인정할만한 증거가 없으므로 권리남용에 해당한다고 할 수 없다는 이유로 이를 배척하였다. 그러나 대법원은 피고가 원고에 대하여 그 부분의 토지를 매수하려고 시도하기도 한 적이 있고, 또한 원고가 이 사건 (가)부분 지상에 세워진 건물부분을 철거하여 그 부지를 인도받는다 하더라도 그 면적이 0.3제곱미터에 불과하고, 피고로서는 위 토지상의 건물부분이 1층 식당 및 2층 사무실의 일부이어서 그 철거에 상당한 비용이 소요되고 철거 후에도 그 잔존건물의 효용이 크게 감소되리라고 보여지는바, 이러한 사정 아래

11) 대판 1991. 10. 25. 91다27273.

에서는 원고의 청구가 권리남용에 해당할 수 있다는 점을 들어, 원심을 파기하고 있다.

또 대판 1993. 5. 11. 93다3264에서는, 피고의 10층 아파트 건물이 소재하고 있는 대지 중 원고 소유토지인 12.9제곱미터에 해당하는 부분이 있어, 원고가 피고에 대하여 그 부분에 대한 피고의 아파트 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구하였다. 원심은 ① 이 부분을 철거한다면 해당 10세대의 사용이 불가능하여짐은 물론 아파트 건물 전체의 안전에 중대한 위험이 될 수 있고, ② 분뇨탱크 관리실 출입통로 등은 이 사건 아파트의 필수적인 부대시설이고, ③ 이를 철거한다 하더라도 대부분의 아파트 건물이 그대로 남아 있는 이상 원고가 이 부분 토지를 다른 용도에 사용하기는 어려워, ④ 이 부분 건물 등의 철거나 토지의 인도로 인하여 피고들이 받는 손실은 대단히 큰 반면에 원고가 얻은 이익은 비교할 수 없을 만큼 작다는 이유로, 원고의 청구는 권리남용에 해당되어 허용되지 아니한다고 판단하였다. 대법원도 이 이외에 피고는 원래 이 사건 토지에 대한 원고의 사용승낙을 하여 이 사건 아파트를 건축하게 하였고, 이 사건 아파트의 일부나 분뇨탱크 등을 철거하는 것은 사회경제적으로 용인하기 어렵다는 이유를 추가하면서, 원심의 판단을 지지하고 있다.

또 대판 1999. 9. 7. 99다27613에서는, 피고인 한국전력공사가 정당한 권원에 의하여 원고 소유의 토지를 수용하고 그 지상에 변전소를 건설하였으나 원고에게 그 수용에 따른 손실보상금을 공탁함에 있어서의 착오로 부적법한 공탁이 되어 수용재결이 실효됨으로써 결과적으로 그 토지에 대한 점유권원을 상실하게 되어, 원고가 피고에 대하여 그 변전소의 철거와 그 토지의 인도를 청구하였다. 원심은 ① 그 변전소가 철거되면 61,750가구에 대하여 전력공급이 불가능하고, ② 그 변전소 인근은 이미 개발이 완료되어 더 이상 변전소 부지를 확보하기가 어려울 뿐만 아니라, ③ 설령 그 부지를 확보한다고 하더라도 변전소를 신축하는 데는 상당한

기간이 소요되며, ④ 그 토지의 시가는 약 6억 원인 데 비하여 위 변전소를 철거하고 같은 규모의 변전소를 신축하는 데에는 약 164억 원이 소요될 것으로 추산되며, ⑤ 원고는 그의 토지가 자연녹지지역에 속하고 개발제한구역 내에 위치하고 있어서 토지를 인도받더라도 도시계획법상 이를 더 이상 개발·이용하기가 어려운데도 그의 토지 또는 그의 토지를 포함한 그들 소유의 임야 전부를 시가의 120%에 상당하는 금액으로 매수하겠다는 한국전력공사의 제의를 거절하고 그 변전소의 철거와 토지의 인도만을 요구하고 있는 점에 비추어, ⑥ 토지소유자가 그 변전소의 철거와 토지의 인도를 청구하는 것은 토지소유자에게는 별다른 이익이 없는 반면 한국전력공사에게는 그 피해가 극심하여 이러한 권리행사는 주관적으로는 그 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있고, 객관적으로는 사회질서에 위반된 것이어서 권리남용에 해당한다고 판단하였고, 대법원도 이를 인용하고 있다.

또 대판 2003. 11. 27. 2003다40422에서는, 원고의 토지 위를 피고인 한국전력공사가 정당한 권원 없이 원고의 토지 위에 송전선을 설치하자, 원고가 피고를 상대로 그 송전선의 철거를 청구하였다. 원심은 원고의 이 사건 송전선철거청구가 권리남용에 해당한다는 피고의 주장에 대하여, 이를 인정할 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 피고가 주장하는 사정만으로는 원고의 이 사건 철거청구가 권리남용에 해당된다고 보기 어렵다는 이유로, 그 주장을 배척하고, 원고의 송전선철거청구를 인용하였다. 그러나 대법원은 이와 달리 권리남용에 해당한다고 볼 여지가 충분히 있다고 하면서 원심의 판단을 파기 환송하고 있다. 즉, ① 원고 소유의 이 사건 토지는 잡종지 24,144제곱미터로서 농경지로 이용되고 있는데, 피고가 설치한 송전선은 지상 30미터의 높이로 이 사건 토지 중 북서쪽 모서리의 51제곱미터 면적인 직각삼각형 부분만을 침범하고 있을 뿐이며, 이 사건 토지의 감정가격은 2002년 현재 1제곱미터당 37,000원으로서, 위 51제곱미터 부분의 가격은 1,887,000원이고, 같은 부분의 구분지상

권에 상응하는 월임료는 630원 정도에 불과한 사실, ② 피고는 이 송전선 등을 설치한 다음, 그 직후인 1999년 2월 11일경 원고에게 손실보상 협의를 요청하는 공문을 보내면서 그 송전선 최외측으로부터 수평거리 3미터를 적용하여 그 편입면적을 148제곱미터로 산정하고 2개 감정기관의 평가액을 산술평균한 1,531,800원을 보상금으로 제시하였으며, 이 사건 토지 이외의 주위 일대의 다른 주민들의 토지들에 관하여는 이와 같은 기준에 의한 보상금을 지급하였던 사실, ③ 그러나 원고는 피고의 위와 같은 협의요청을 거부한 채 이 사건 토지 및 이에 접한 원고 소유의 토지 약 28,430제곱미터의 시가가 이 사건 송전선 및 그 주변의 철탑 등으로 말미암아 하락하였다는 등의 막연한 이유를 들어, 피고에 대하여 7억 8,000만 원 가량의 보상금을 요구하다가 피고가 이에 응하지 않자 이 사건 송전선의 철거 등을 구하는 이 사건 소송을 제기하였고, 원심 변론 종결일 무렵에는 최소한의 보상금으로 12억 원의 거액을 요구하고 있는 사실, ④ 이 사건 송전선은 대전과 서해안 지역에 전원을 공급하는 국가기간시설의 일부로서 이를 철거하고 송전선을 이설하기 위해서는 막대한 비용과 손실이 예상되는 반면, 이 사건 송전선이 철거되지 않더라도 원고가 이 사건 토지를 이용함에 있어서 별다른 지장을 받지는 않는 사실을 알 수 있는바, ⑤ 이러한 사정 아래에서는 앞서 본 법리에 비추어 원고의 이 사건 청구 중 송전선철거청구 부분은 권리남용에 해당한다고 볼 여지가 충분히 있다고 판단하고 있다.

대판 2005. 3. 24. 2004다71522·71539에서는, 오랫동안 피고 소유의 토지의 통행로로 사용되어 온 원고 소유의 토지를 피고 소유의 건물과 창고가 9.1제곱미터를 침범하고 있어 원고가 피고를 상대로 그 9.1제곱미터에 상당하는 부분 위에 세워진 피고의 소유의 건물과 창고의 철거를 청구하였다. 원심은 원고의 철거청구를 권리남용에 해당한다고 판단하였고, 대법원도 같은 결론을 내고 있다. 즉, 대법원은 ① 피고의 건물과 창고가 침범하고 있는 원고의 토지는 종래 피고 토지의 통행로로 사용되

어 왔고, 침범 면적의 합계가 9.1제곱미터에 불과하나, 이 부분을 철거할 경우 주택 및 창고의 특성상 건물 전부를 허물어야 하는 점, ② 원고가 주택 및 창고 1동이 축조된 부분을 제외한 나머지 토지 부분만으로도 이를 이용함에 별다른 지장이 없어 보일 뿐 아니라, 원고가 이를 인도받는다 고 하더라도 그 면적과 위치 등에 비추어 별다른 이익이 있을 것으로는 보이지 아니하는 점, ③ 이 사건 경계분쟁이 발생하게 된 경위 등을 볼 때, 원고의 청구가 권리남용에 해당한다고 판단하고 있다.

라. 검 토

위에서 살펴본 권리남용을 인정한 판례는 권리남용을 부정한 판례와 마찬가지로 권리남용에는 객관적 요소와 주관적 요소가 필요하다는 입장을 고수하지만, 궁극적으로는 대체로 권리행사를 통하여 권리행사가 얻는 이익과 상대방이 입을 손해를 비교·교량하고 있는 점에서 권리남용을 부정한 판례와 구별된다고 하겠다.

그런데 예컨대 대판 1991. 6. 14. 90다1010346·10353의 사건에서는, 원고의 15제곱미터를 침범하여 건축된 피고의 건물이 지하 1층, 지상 3층으로서, 그 부분을 철거하면 피고들의 건물 또한 막대한 피해가 예상되는 경우이지만, 원고의 청구가 권리남용이 아니라고 판단하고 있다 이에 대하여, 대판 1993. 5. 11. 93다3264의 사건에서는 대판 1993. 5. 11. 93다3264의 사건은, 피고의 10층 아파트 건물이 소재하고 있는 대지 중 원고 소유토지인 12.9제곱미터에 해당하는 부분을 철거하면 해당 10세대의 사용이 불가능하여짐은 물론 아파트 건물 전체의 안전에 중대한 위험이 될 수 있어, 원고의 청구는 권리남용에 해당된다고 판단하고 있다.

또 대판 1987. 9. 8. 87다카924의 사건에서는, 도시의 중심가에 있는 원고 소유의 토지 7제곱미터를 피고들의 2층 건물이 침범한 경우, 건물침범부분을 철거하더라도 각 층 약 11제곱미터 가량이 남아 위 건물의

본래 용도로 사용할 수 있고, 그 침범부분을 철거하더라도 위 건물 전체가 당장 붕괴된다고는 할 수 없고, 철거로 인하여 건물구조에 영향을 미쳐 그 수명이 단축된다는 점이 있다 하더라도, 원고의 청구가 권리남용에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이에 반하여, 대판 1993. 5. 14. 93다4366의 사건에서는, 침범한 면적이 0.3제곱미터에 불과하고, 피고로서는 위 토지상의 건물부분이 1층 식당 및 2층 사무실의 일부이어서 그 철거에 상당한 비용이 소요되고 철거 후에도 그 잔존건물의 효용이 크게 감소되리라고 보여지는 경우에는 권리남용에 해당할 수 있다고 판단하고 있다.

그리고 또 대판 2005. 3. 25. 2003다5498의 사건에서는, 피고의 송전선이 공익적 기능을 가진 국가 기간 시설물이고, 송전선 변경에 많은 비용이 소요된다고 하더라도, 원고 소유의 토지의 중앙부를 지나고 있는 피고의 송전선의 철거청구가 권리남용에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다. 그러나 대판 2003. 11. 27. 2003다40422의 사건에서는, 원고 소유의 토지 중 북서쪽 모서리의 51제곱미터 면적인 직각삼각형 부분만을 침범하고 있을 뿐이라도, 원고가 거액의 보상금을 요구하고 있고, 이 사건 송전선은 대전과 서해안 지역에 전원을 공급하는 국가기간시설의 일부로서 이를 철거하고 송전선을 이설하기 위해서는 막대한 비용과 손실이 예상되는 반면, 이 사건 송전선이 철거되지 않더라도 원고가 이 사건 토지를 이용함에 있어서 별다른 지장을 받지 않는 사실을 들어, 원고의 송전선철거청구는 권리남용에 해당한다고 볼 여지가 충분히 있다고 판단하고 있다.

결국 경계를 넘어 건축된 건물 등의 처리에 관하여 권리남용의 원리로 해결하려는 판례의 입장은 법적 안정성의 측면에서 상당히 문제가 있다고 하겠다. 이러한 결과는 권리남용의 원칙이라는 일반조항을 통해서 해결하는 것으로부터 필연적으로 나타나는 현상이라고도 할 수 있다.

Ⅲ. 민법개정안 내용의 검토

1. 개정안의 내용

위에서 살펴본 바와 같이 경계를 넘어 건축된 건물 등에 대한 처리 문제와 관련한 우리의 학설·판례의 해결방법을 가지고서는 양 당사자의 이해관계가 조화롭게 해결되지 못하고 있다. 결국은 입법으로 해결할 필요가 있다.

드디어 이러한 문제를 해결하기 위하여 2004년 법무부가 입법예고한 민법개정안에서는 경계를 침범한 건축에 관하여 다음과 같이 제242조의 2를 신설할 것을 제안하고 있다.

제242조의2(경계를 침범한 건축) ① 건축된 건물이 그 건축시행자 또는 그 건물의 소유권을 취득하는 자의 고의 또는 과실 없이 이웃 토지의 경계를 침범한 경우에 이웃 토지의 소유자 그 밖의 권리자는 경계가 침범된 사실을 안 날부터 3년 또는 경계가 침범된 날부터 10년 내에 그 침범에 대하여 이의를 제기하지 아니한 때에는 이를 인용(認容)하여야 한다. 그러나 그 건물의 완성 후 제280조 제1항 제1호 또는 제2호의 규정에 의한 기간이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

2. 개 관

위의 개정안에 의하면, 경계를 침범한 건축의 경우 경계가 침범된 토지의 소유자에게 일정한 요건 아래 인용의무를 부과함과 동시에 경계가 침범된 토지의 부분에 대한 지료 상당의 보상청구권 및 매수청구권을 부여하고 있다.¹²⁾

12) 민법개정안 제242조의2에 관하여 입법론과 해석론을 전개하고 있는 것으로는, 정병호, “민법개정안 제242조의2(경계를 침범한 건축)에 관한 연구”, 『재산법연구』

이 규정의 취지는 이웃토지의 경계를 침범하여 건축된 건물이 토지소유자에 의하여 철거되는 것은 국민경제적으로 손실이 되기 때문에 이를 피하게 하고 침범당한 토지의 소유권행사에 대하여 상린관계상의 제한을 가하려는 것이다. 즉, 침해된 이웃토지의 소유권보다는 건물의 유지를 우선시키려는 것이다.¹³⁾

이 규정의 내용은 독일민법 제912조 이하의 규정에 매우 근접한 것으로 평가할 수 있다. 그러나 건축자 측의 귀책사유와 관련해서는 중과실이 없을 것을 요구하는 독일민법과는 달리 (경)과실이 없을 것을 요구하고 있다.

3. 요 건

먼저 경계를 침범한 건축과 관련하여 이웃토지의 소유자에게 인용의 무가 발생하기 위해서는 아래와 같은 요건이 있어야 한다.

가. 건물의 건축

최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 법률상 건물이라고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 그런데 건물이 아닌 구축물이나 시설(예컨대 거대한 안테나나 교량 등)도 구체적인 경우에 그 가치를 유지할 필요가 있는 경우에 여기의 건물에 해당된다고 확대해석할 수 있을 것이다.

그러나 여기서 말하는 건물은 독립성이 있어야 한다. 이는 물리적·건

22권 1호, 한국재산법학회, 2005. 6, 37면 이하 참조.

13) 입법론적으로는 경계를 침범한 건축의 경우를 상린관계의 측면에서 규율하는 것보다, 제한물권으로서의 법정지상권을 부여하고 나아가 소유권제한 및 이에 대한 보상도 지상권의 지료의 형태로登記할 수 있도록 함으로써 이웃토지의 소유자의 보상청구권의 실현가능성을 높이는 방안도 제시되고 있다. 정병호, 앞의 논문(2005. 6), 54면.

14) 대판 1986. 11. 11. 86누173; 동 1996. 6. 14. 94다53006; 동 2001. 1. 16. 2000다51872; 동 2002. 4. 26. 2000다16350 ; 동 2005. 7. 15. 2005다19415.

축기술적 성상 이외에 기능적인 통일성 등을 고려하여 거래관념에 따라 판단한다. 예컨대 주건물에 붙어 있는 폐기물 처리시설은 비록 기술적으로 쉽게 분리가 가능할지라도 독립성이 부정되지 아니한다. 그러나 예컨대 담장이나 간이차고 등은 여기의 건물에 해당되지 않는다. 일시적인 가건물 같은 것도 해당된다고 할 수 없다. 독립성이 없는 건물인 경우에는 본조가 적용되지 아니한다.

문제는 건물이 아직 완공되지 않은 경우이다. 예컨대 비용을 많이 들여서 고층건물의 지하기초공사가 끝났지만 이웃토지의 경계를 침범하고 있는 경우에, 그 침범한 부분의 제거가 비합리적이거나 유지할 필요가 있는 때에는, 본조가 적용된다고 하겠다.

나. 건축시행자 또는 그 건물의 소유권을 취득하는 자에 의한 건물건축

‘건축시행자’는 현실적으로 건축을 행하는 자를 의미한다. 그런데 모든 경우에 건축시행자가 건물의 소유권을 원시취득하는 것은 아니기 때문에, ‘그 건물의 소유권을 취득하는 자’를 건축주체에 포함시킨 것으로 생각된다.¹⁵⁾

이와 같이 건축의 주체를 토지소유자 등 건축할 권원을 가진 자에 한정하지 않고 단순히 ‘건축시행자 또는 그 건물의 소유권을 취득하는 자’로 규정하고 있기 때문에, A 토지 위에 권원 없이 건축하기 시작하여 이웃 B 토지의 경계를 침범한 경우에도 B 토지의 소유자에게 인용의무를 인정하여야 하는가가 문제된다. 이러한 경우에는 어차피 A 토지 위의 건물은 철거되어야 할 운명에 있기 때문에 경계를 침범하여 B 토지 위에 건축된 건물부분에 대하여 특별히 B 토지의 소유자에게 인용의무를 부담시킬 필요가 없을 것이다. 따라서 이웃토지소유자의 인용의무는

15) 개정안 제3차 가안까지는 건축주체를 ‘건축자’로 규정하고 있었으나, 실무위 가안에 서부터 ‘건축시행자 또는 그 건물의 소유권을 취득하는 자’로 수정되었다. 법무부, 『민법(재산편)개정자료집』, 2004. 11, 310면.

소유권·지상권·임차권 등과 같은 토지사용에 대한 정당한 권원에 기초하여 건축되는 건물이 이웃토지의 경계를 침범한 경우에 한하여 인정하여야 할 것이다.¹⁶⁾

다. 경계의 침범

이웃토지와 경계를 넘는 독립한 건물이 건축되어야 한다. 완전히 새로운 건물뿐만 아니라, 이미 존재하는 건물의 개축이나 증축으로 인하여 토지의 경계를 넘게 된 경우에도 여기에 해당한다. 그리고 개축이나 증축된 부분이 그 건물의 본질적 부분이 되는 것이어야 이웃토지의 소유자에게 인용의무가 인정된다. 예컨대 발코니나 위로 솟은 창문의 덧문 등과 같은 사소한 부분이 사후적인 개축으로 경계를 넘은 것에 불과한 경우에는 이웃토지의 소유자에게 인용의무가 생기지 아니한다.

경계의 침범에는 건물이 토지의 지표면을 침범하는 경우는 물론, 단지 지상 또는 지하만을 침범하여 토지소유권을 침해하는 경우도 포함한다고 하겠다.

한편 건물이 어느 넓이만큼 경계를 침범하였는지는 중요하지 않다. 특히 침해하는 토지가 침해되는 토지보다 넓은지 또는 좁은지의 여부도 역시 중요하지 않다. 경계를 침범하는 건물이 이웃토지 전체 위에 건축되거나 그 대부분의 면적 위에 건축되어도 상관없다. 그러나 자기의 토지로부터 건축되지 않고 전체나 대부분이 타인의 토지 위에 건축된 경우에는 여기에 해당하지 않는다.

경계침범의 시기에 관해서는, 건물의 건축 당시에 경계침범을 요구하는 독일민법과는 달리, 예컨대 건물의 완성 후 지반의 약화 등에 의해 건물이 기울어져 경계를 침범하게 된 경우에도 본조가 적용된다고 할 것이다.

16) 정병호, 앞의 논문, 63면.

라. 건축주체에게 과책이 없을 것

이웃토지의 소유자에게 인용의무가 발생하기 위해서는 건축의 주체에게 고의 또는 과실 없이 이웃토지의 경계를 침범할 것을 요한다. 따라서 건축의 주체에게 고의 또는 과실이 있는 경우에는 이웃토지의 소유자의 이익제기 여부와는 관계없이 이웃토지의 소유자에게 인용의무가 발생하지 않는다.¹⁷⁾

여기서 말하는 고의 또는 과실은 단순히 경계를 침범한다는 점에 관한 것이 아니라, 권원 없이 경계를 침범한다는 점에 관한 것이다. 따라서 경계를 넘는다는 점은 알았으나, 경계를 넘어서 건축할 정당한 권원(예컨대 이웃토지에 대한 매매계약 또는 지상권설정계약에 기하여 경계를 넘어 건축할 권원이 있다고 믿었으나 실은 그 계약이 무효인 경우)을 가지고 있다고 믿었고, 믿은 것에 대하여 과실이 없는 경우에는, 이웃토지의 소유자에게 경계를 넘은 건물에 대한 인용의무가 발생한다.

여기서 문제가 되는 것은 건축의 주체인 ‘건축시행자’와 ‘그 건물의 소유권을 취득하는 자’ 모두에게 과책이 없어야 하는가, 아니면 어느 한쪽에게만 과책이 없으면 되는가 하는 점이다. 이웃토지의 소유자가 부담하는 인용의무의 성립을 방해하는 과책의 유무는 건물의 소유권을 원시취득하는 자를 기준으로 하여 판단하여야 할 것으로 생각된다. 인용

17) 제1차 가안부터 제6차 가안까지는 “고의 또는 중대한 과실 없이”로 규정되어 있었으나, 법원행정처의 의견을 참조하여 마지막 제49차 전체회의에서 “고의 또는 과실 없이”로 수정되었다. 법원행정처는 개정안은 권리의 침해상태를 그대로 합법화하자는 시도로 지금까지는 존재하지 아니하였던 소유권에 대한 추가적인 제한을 의미하는 것으로서 우리 국민의 법감정에 선뜻 부합하지 아니할 수 있고, 경계침범 건물의 보호에 관한 명시적인 규정을 두는 경우에는 그 규정이 악용될 소지가 있다는 의견을 제시하였다. 최종적으로 제49차 전체회의에서는 과실로 타인의 토지를 침범한 경우까지를 보호할 필요가 없다고 판단하여 “중대한 과실”로 수정하기로 결정하였다. 법무부, 앞의 책, 315-316면. 다만, 고의 또는 “중대한 과실”이 없는 경우에 인용의무를 부과하는 것이 타당하다는 견해도 있다.(이영준, 앞의 책, 411면)

의무의 부정은 철거청구의 인정으로 귀결되고, 또한 철거의 상대방이 될 수 있는가는 건물에 대한 처분권을 갖는가에 따라 결정되어야 할 것이기 때문이다. 따라서 건축시행자에게 과책이 없더라도 건물의 소유권을 취득하는 자에게 과책이 있는 경우에는 당연히 이웃토지소유자의 인용의무가 부인된다. 반대의 경우에는 건축시행자의 과책을 소유권을 취득하는 자의 과책으로 귀속시킬 수 있는가의 여부에 따라 결정하여야 할 것이다.¹⁸⁾

현실의 경계와 지적도상의 경계가 일치하지 않는 경우 현실의 경계만을 믿고 지적도상의 경계를 조사하지 않은 때에는 건축자에게 과실이 있다고 추정할 수 있을 것이며, 지적도상의 경계를 믿고 건축하였는데, 그것이 실제의 경계와 다른 경우에는 대부분 무과실을 추정할 수 있을 것이다.

이러한 건축주체의 과책에 관한 판단시점은 경계를 침범하는 시점을 기준으로 할 것이다. 그리고 경계를 침범하여 건축을 한 자는 자신에게 고의 또는 과실이 없음을 주장하고 입증하여야 할 것이다.

마. 이웃토지의 소유자 등이 이의제기를 하지 않을 것

이웃토지의 소유자 그 밖의 권리자가 경계침범에 대하여 소정의 기간 내에 이의를 제기하지 않아야 이웃토지의 소유자에게 경계침범 건물에 대한 인용의무가 발생한다.

이의는 경계를 침범하는 건물을 인용하지 않겠다는 의사를 표명하는 것으로 충분하다. 어떠한 근거를 제시하였지만 그것에 사실인지의 여부는 중요하지 않다. 경계를 침범한 건축에 대하여 이의를 함으로써 경고를 하였는지의 여부만이 중요할 뿐이다.

이의는 특별한 방식을 요구하지 아니하는 상대방 있는 단독행위이며,

18) 정병호, 앞의 논문, 67면.

묵시적으로 할 수도 있다.

개정안은 ‘이웃토지의 소유자’ 이외에 ‘그 밖의 권리자’도 이의를 제기할 수 있는 자로 규정하고 있다. ‘이웃토지의 소유자’는 「민법」 제213조 및 제214조의 소유자와 동일한 것으로 해석된다. 이웃토지의 공유자도 경계침범에 대하여 보존행위로서 단독으로 방해제거를 청구할 수 있으므로, 소유자와 동일시할 수 있다.

‘그 밖의 권리자’에 누가 해당하는가의 문제도 경계를 침범한 건물에 대하여 방해배제청구권 또는 철거청구권을 가지는가의 여부에 따라서 판단하면 될 것이다. 따라서 지상권자·지역권자·전세권자 등 용익물권자, 등기된 토지임차권자, 그리고 이들의 대리인 등이 여기에 해당된다고 하겠다. 그리고 저당토지 위에 타인이 적법한 근원 없이 건물건축을 하고 이것이 저당목적물의 교환가치를 감소시켜 저당권의 피담보채권을 변제받을 수 없게 된 경우에는 저당권자는 저당권 침해를 이유로 하여 방해배제청구를 할 수 있으므로(민법 제370조), 이때 저당권자도 이의제기를 할 수 있다고 생각된다. 또한 침해당하는 토지의 점유자도 이의를 제기할 수 있는가가 문제되지만, 점유자도 점유보호청구권을 가지므로(민법 제204조 이하), 이의를 제기할 수 있는 자에 해당한다고 하겠다.¹⁹⁾

그리고 이러한 이의는 ‘경계가 침범된 사실을 안 날로부터 3년 또는 그 침범된 날로부터 10년 내’에 행사하여야 한다.²⁰⁾ 결과적으로 「민법」 제766조의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 권리행사기간과 비슷하게 규정되어 있다. 경계침범의 사실을 안 날로부터 3년 내에 이의를

19) 독일민법의 해석론으로는 저당권자나 점유자는 이의를 제기할 수 있는 자가 아니라고 한다. StaudingerKomm/Roth, Sellier-de Gruyter, 2002, §912, Rn.32, S.304.

20) 제1차 가안부터 제5차 가안까지는 이의제기기간을 경계가 침범된 날로부터 1년 이내로 규정하였으나, 제41차 전체회의결과 제6차 가안에서부터 현재의 최종개정안처럼 규정되었다(법무부, 앞의 책, 308면 이하). 이에 대하여, 독일민법 제912조는 경계선을 넘기 전 또는 넘은 후 즉시 이의를 제기하도록 규정하고 있다.

제기할 수 있도록 한 것은 너무 긴 기간을 규정한 것은 아닌가 생각된다. 예컨대 경계침범의 초기에 이웃토지의 소유자가 이를 알았는데도 불구하고 이의를 제기하지 않고 있다가 거의 3년이 다 되어서 이의를 제기하였다면, 보통의 경우에는 이미 건물이 완공되어 있을 것이고, 이때에도 이의의 제기를 허용한다면 비록 경계를 넘어서 건축을 하였다고 하더라도 건물소유자에게 너무 많은 피해를 줄 우려가 있을 것이기 때문이다.

이와 관련하여 예컨대 경계침범 당시 이웃토지의 소유자가 이를 알고서도 이의를 제기하지 않고 있는 동안에 이웃토지의 소유권이 다른 사람에게 양도되었다면, 이의제기기간이 그 특별승계인이 경계침범을 안 날로부터 다시 기산되는가의 문제가 있다. 생각건대 이의제기기간을 3년으로 한 취지는 가능한 한 이 기간 내에 경계침범으로부터 발생하는 법률관계들을 해결하려는 것으로 볼 수 있으므로 이 기간은 제척기간으로 이해된다. 그렇다면 경계침범당한 이웃토지의 소유권이 양도된 경우 그 특별승계인인 양수인이 경계침범을 안 날로부터 이의제기기간이 다시 기산된다면, 이웃토지의 소유권이 몇 번이고 양도되는 경우에는 이의제기기간은 한없이 길어질 수 있다. 따라서 경계침범당한 토지의 소유권이 특별승계된 경우에도 침범당한 첫 번째 토지의 소유자가 이를 안 날로부터 기산하는 것이 타당하리라고 생각한다.

한편 경계침범된 날로부터 10년이라는 상당히 긴 이의제기기간도 규정되어 있다. 이 기간은 우리의 지적공부상의 경계와 실제의 경계가 다른 경우가 많은 것을 고려하여 정한 것이 아닌가 생각된다.²¹⁾

21) 우리나라에서는 일찍부터 토지의 경계에 관하여 매우 많은 분쟁이 있어 왔다. 그러한 분쟁에 관한 그 동안의 대법원 판결을 상세하게 소개하고 있는 논문으로는, 박현순, “현실의 경계와 지적도상 경계가 상위한 경우의 법적 문제”, 『사법논집』 제19집, 법원행정처, 1988. 12, 40면 이하 및 이철규, “토지상의 경계에 관한 분쟁의 법적 해결방안”, 『재판과 판례』 7집, 대구판례연구회, 1998. 12, 151면 이하 등 참조.

4. 효 과

이상과 같은 요건이 갖추어지면 경계침범을 당한 토지의 소유자 등은 경계를 침범한 건물에 대하여 인용할 의무를 지며, 토지소유자는 그에 대한 보상청구권 또는 경계침범된 토지부분에 대하여 매수청구권을 갖는다.

가. 인용의무

경계를 침범당한 토지의 소유자 등은 경계를 침범한 건축에 대하여 인용할 의무를 지며, 소유권에 기한 물권적 청구권이 인정되지 않는다.²²⁾ 여기서의 인용의무는 위 조문의 위치 등으로 보아서 경계를 침범한 건물을 철거하지 않도록 하기 위하여 인정되는 상린관계상의 소유권 제한으로서의 인용의무라고 하겠다. 그렇게 파악한다면 이 의무는 법률의 규정에 의하여 발생하는 것으로서, 그 내용이 등기부에 등기되지는 않는다. 한편 이 인용의무는 경계를 침범한 건물을 건축한 자의 인용요구권과 상응한다. 따라서 경계를 침범한 건물을 유지하려는 권리는 건물소유권의 내용의 일부를 구성한다. 그렇다면 일단 인용의무를 부담한 토지나 인용의무의 혜택을 받은 건물이 나중에 다른 사람에게 양도된 경우에도, 토지소유자와 건물소유자 사이에 인용에 대한 권리의무가 존속한다고 해석하게 될 것이다.

이 인용의무는 침해된 부분에 한정되어 인정되는 것이 원칙이다. 그러나 건물의 유지 또는 사용을 위하여 필요하다면 다시 상린관계에 의해서 침해당한 토지를 출입할 수 있는 권능도 인정될 수 있을 것이다(민법 제216조 참조).

일단 인용의무가 성립된 후 경계를 침범한 건물이 증·개축된 경우에

22) 경계를 침범한 건물의 건축이 건축관계법의 규정을 준수하지 않았다면 이러한 인용의무는 생기지 않는다고 할 것이다.

도 계속하여 인용의무가 존속하는가 하는 문제가 제기되지만, 경계를 더 이상 침범하지 않는다면 인용의무가 계속 존속하는 것으로 해석된다. 나아가, 경계를 침범하는 건물을 철거하고 새로 재건축하는 경우에도 인용의무가 존속하는 것으로 해석할 것인가도 문제된다. 이 경우에는 당연히 인용의무가 존속한다고는 볼 수 없고 새로운 경계침범으로 보아서 소정의 요건을 갖춘 경우에만 인용의무가 생긴다고 하여야 할 것이다.

이러한 인용의무는 우선 경계를 침범한 건물이 멸실함으로써 종료한다. 이때 그 건물의 멸실원인은 불문한다. 예컨대 벼락에 의한 것이든, 임의적인 철거에 의한 것이든 묻지 않는다. 건물로서의 독자적인 경제적 중요성을 상실한 경우에도 여기서의 건물의 멸실에 해당한다고 할 것이다. 그리고 이러한 인용의무는 약정지상권의 최단 존속기간에 관한 「민법」 제280조 제1항에서 정한 기간이 만료되면 역시 소멸하는 것으로도 규정되어 있다. 그런데 후술하는 바와 같이, 경계침범을 당한 토지소유자에게 인용의무가 발생하는 반면, 침범자에 대한 보상청구권이 주어진다. 여기서 인용의무에 대한 지료 상당의 보상액이 정해졌음에도 불구하고 상당 기간 그 보상을 지체하는 경우에도 인용의무가 존속한다고 할 수 있을 것인가의 의문에 일어난다. 즉, 법정지상권의 경우 2년 이상 지료 지급이 없는 때에는 지상권소멸청구권이 생기는 것(민법 제287조 참조)과 유사하게, 상당 기간 보상을 지체하는 경우에 인용의무가 소멸한다고 하거나 또는 소멸을 청구할 수 있다고 해석할 것인가가 문제된다. 생각건대 그러한 해석은 가능하다고 하겠다. 그렇지 않으면 지료 상당의 보상액이 확정된 후 10여 년이 지나도록 그 지급을 지체하더라도 「민법」 제280조 제1항에서 정한 기간 동안 계속 인용의무를 강요하게 되고, 이는 침해당한 토지소유자의 이익을 지나치게 해하는 것으로 되기 때문이다.

나. 보상청구권

경계를 침범하였지만 인용의무를 지는 토지소유자는 그 침범된 토지에 대한 지료 상당의 보상을 청구할 수 있다.²³⁾ 이러한 보상청구권은 경계를 침범당한 소유자가 그 해당 부분을 사용할 수 없게 된 것에 대한 이익조정의 성격을 갖는다. 따라서 이것은 손해배상청구권도 아니고 부당이득반환청구권도 아니며, 상린관계법상 특별한 희생인 인용의 무에 대한 대가의 의미를 지닌 일종의 법정채권이라고 할 것이다.²⁴⁾

그런데 당사자 합의에 의하여 지료 상당액 및 그 보상시기 등을 확정하였다고 하더라도 이것들을 등기할 길이 없다. 그리고 이 보상액은 원칙적으로 경계침범 당시의 제반 사정을 기준으로 정할 것이다.

이의제기권자의 경우와는 달리, 보상청구권자는 경계를 침범당한 ‘이웃토지의 소유자’로 규정되어 있다. 그러나 경계를 침범한 건물의 건축으로 인하여 예컨대 용익물권자나 등기된 임차권자가 그 부분에 대한 사용·수익을 하지 못하였다면 이들에게도 보상청구권이 인정되어야 한다고 해석하여야 할 것이다.²⁵⁾ 그러나 경계가 침범된 토지에 대하여 저당권을 설정한 저당권자나 점유할 권원을 가지지 않고서 점유하고 있는 점유자에게는 보상청구권을 인정할 수 없다. 경계침범에 대한 이의 제기권자와 그 경계침범에 대한 보상청구권자의 범위는 다르기 때문이다. 보상청구의 상대방은 경계를 침범하여 건축된 건물의 소유자이다.

경계를 침범한 건물이 양도된 경우에는, 새로운 건물소유자가 보상의무를 진다고 해석할 것이다. 왜냐하면 보상청구권은 인용의무에 대한 대가이며, 인용의무는 침범된 토지의 소유권 그리고 보상청구권은 침범

23) 제1차 가안에서는 단순히 ‘지료’라고 하였으나, 제2차 가안에서부터는 최종 개정안처럼 ‘지료 상당의 보상’으로 수정하였다. 법무부, 앞의 책, 308-309면.

24) 정병호, 앞의 논문, 73면.

25) 독일민법 제916조는 지상권자 또는 지역권자에게도 보상청구권을 인정하고 있다.

한 건물의 소유권의 한 내용이 되기 때문이다.

다. 매수청구권

경계를 침범한 건물에 대하여 인용의무를 지게 된 토지소유자는 그 침범된 토지 부분에 대하여 건물의 소유자에 대하여 매수를 청구할 수도 있다. 이러한 매수청구권의 성질은 다른 민법상의 매수청구권(민법 제283조, 제285조, 제643조, 제644조 등)과 마찬가지로 형성권으로 볼 수 있을 것이다.²⁶⁾ 청구권의 상대방은 보상의무를 지는 건물소유자이다. 이 매수청구권도 소유권의 한 내용이므로, 일단 인용의무 및 보상의무가 성립된 뒤 건물이 양도된 경우에는 건물의 양수인에 대하여 매수청구권을 행사할 수 있다고 해석된다.

매매대금의 산정시점도 보상액의 산정과 마찬가지로 원칙적으로 경계침범시를 기준으로 할 것이다.²⁷⁾

IV. 결 론

경계를 넘어 건축된 건물 등에 대한 처리 문제와 관련한 우리의 학설·판례의 해결원리로서 침해자가 물건적 청구권을 행사하는 것은 양 당사자의 이해관계를 조화롭게 해결하지 못하는 점이 있기 때문에, 결국은 입법으로 해결할 필요가 있다. 그리하여 이러한 문제를 해결하기 위하여 2004년 법무부가 입법예고한 민법개정안 제242조의2의 신설은 매우 긍정적이라 할 수 있다. 그러나 앞으로 입법과정에서는 아래와 같은 점들을 한 번 더 검토해 보아야 할 것으로 생각된다.

26) 정병호, 앞의 논문, 76면.

27) 독일민법 제915조 제1항 제1문도 매매대금을 경계침범 당시의 가액으로 정할 것을 규정하고 있다.

첫째, 개정안에 의하면, 경계를 넘어 건축된 건물과 관련하여 이웃토지의 소유자에게 인용의무가 발생하기 위해서는 경계침범자에게 고의 또는 (경)과실이 없어야 된다. 여기서 건물철거로 인한 국가경제적 손실을 막는다는 공익적 이익을 추구하면서도, 경계를 침범당한 토지소유자의 이익과 경계를 침범한 건물소유자의 이익을 적절히 조화할 필요가 있다. 따라서 공익적 이익을 내세워 경계를 침범당한 토지소유자의 권리를 지나치게 제한한다면 타당한 입법이라 할 수 없을 것이다. 경계침범자에게 (경)과실도 없을 것을 요구하는 것은 침범당한 토지소유자에게 유리한 점이 있을 것이나, 한편으로 현실의 경계와 지적도상의 경계가 일치하지 않는 경우가 많은 우리의 현실을 감안할 때 (경)과실도 없을 것을 요구하는 것은 입법의 취지를 해치는 것은 아닌지 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다.

둘째, 침범자에게 고의 또는 (경)과실이 없는 경우 침범을 당한 토지소유자에게 발생하는 인용의무의 법적 성질이 무엇인지를 명확히 할 필요가 있다. 민법개정안에서 규정하는 인용의무는 위 조문의 위치 등으로 보아서 경계를 침범한 건물을 철거하지 않도록 하기 위하여 인정되는 상린관계상의 소유권 제한으로서의 인용의무를 의미하는 것으로 보인다. 그러나 침범자의 입장에서 보면, 침범당한 토지소유자의 철거청구권을 단순히 배제할 수 있는 소극적인 의미를 가지는 상린관계상의 권리라고 하는 것에서 더 나아가 적극적으로 타인의 토지에 건물을 소유하기 위하여 그 토지를 사용할 수 있는 일종의 법정지상권을 인정하는 방안도 검토해 볼 필요가 있다. 그 어느 쪽을 택하느냐에 따라, 인용의무와 보상청구권의 등기법상의 취급문제, 일단 인용의무를 부담한 토지나 인용의무의 혜택을 받은 건물이 나중에 다른 사람에게 양도된 경우 또는 인용의무의 혜택을 받은 건물이 증·개축된 경우, 그 인용의무의 존속 여부, 정기적으로 보상금을 지급하기로 한 경우 그 지급을 지체한 경우의 처리 등과 관련하여 결론을 달리하게 될 것이다.

셋째, 이의제기기간에 관련된 것이다. 즉, 이러한 이의제기는 ‘경계가 침범된 사실을 안 날로부터 3년 또는 그 침범된 날로부터 10년 내’에 행사하도록 규정하고 있다. 그런데 경계침범의 사실을 안 날로부터 3년 내에 이의를 제기할 수 있도록 한 것은 통상의 건물완공시기를 고려할 때 너무 긴 것은 아닌가를 짚어볼 필요가 있다.

넷째, 기타 건축의 주체인 ‘건축시행자’ 의미, 경계를 침범한 건물에 대하여 인용의무를 지게 된 토지소유자가 그 침범된 토지 부분에 대하여 건물의 소유자에 대하여 가지는 매수청구권의 법적 성질 등을 보다 명확히 할 필요도 있다.

(투고일 2008년 5월 16일, 심사일 2008년 5월 23일, 게재확정일 2008년 5월 30일)

주제어 : 경계침범, 권리남용, 물건적 청구권, 민법개정안, 매수청구권, 보상청구권, 이의제기, 인용의무

[Abstract]

A Study on Legal Devices to Settle the Building Established across Boundary Line

Sang-Tae Lee*

Many troubles occur in settling the dispute that arises when the owner of the adjoining land has established his building across boundary line. Theories are divided and precedents are lacking in consistency, because there is no article in the Korean Civil Act. Under these circumstances the Ministry of Justice has given advance notice of the Draft for amendment of the Korean Civil Act. in 2004. In that Draft one Article of 242-2 is proposed to be established to regulate the building which has been established across boundary line.

In this theses firstly legal theories and precedents hitherto for settlement of the building established across boundary line are overviewed, and secondly the content of the Article of 242-2 is examined, after that it is scrutinized whether there exists anything to be considered in the course of lawmaking.

The result of this theses is as follows. First, according to the Article of 242-2, in order that the duty of enduring the building established across boundary line may arise to the owner of the land invaded, no intention or negligence must exist in respect of the invador. It may be of advantage to the owner of the land invaded to require the invador no negligence, but it has to be considered again whether that impairs the purport of the Article or not, after

* Professor, College of Law, Konkuk University

taking into consideration of the fact that many cases of inconformity between the cadastral map and the actual boundary line exist in our reality.

Second, it needs to be made clear what characteristic the duty of enduring which arises to the owner of the land invaded, when his land is invaded by the neighbor's building. From position and context of that Article, that duty is construed as a restrictive provision of ownership based on the law of neighborhood. On the standpoint of an invador, with taking a step forward from the right based on the law of neighborhood, it needs to be considered to give him a kind of the legal superficies positively which entitles him to use the land of the invadee for the purpose of owning his building thereon.

Third, it is concerned with time limitation of raising of appeals. The Draft provides that Raising of Appeals should be exercised within three years from the time when the invadee becomes aware of invasion or ten years from the time when the invasion was committed. But it needs to be considered again whether three years is too long or not, from taking into consideration of the fact that usually building is completed within two or three years.

Forth, the meaning of 'the operator of construction' should be made more clearer. And furthermore the legal characteristic of the right — the right which the invadee has to the invador — to demand purchase of the invaded land also should be made more clearer.

Key Words : invasion of boundary line, abuse of rights, right of claim for removal based on a real right, Draft for Amending the Civil Act, right to demand purchase of land, right to request for compensation, raising of appeals, duty of enduring