

周圍土地通行權

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 教授)

< 목 차 >

- | | |
|------------------|---------------------|
| I. 서론 | V. 주위토지통행권의 소멸 |
| II. 주위토지통행권의 의의 | VI. 인위적 피포위지에 대한 특례 |
| III. 주위토지통행권의 요건 | VII. 결론 |
| IV. 주위토지통행권의 효과 | |

I. 서론

이웃의 토지를 통행사용하는 관계는, 법률적으로 본다면 몇 개의 관점에서 유형화할 수가 있다. 먼저 권원에 기한 통행과 권원이 없이 하는 통행으로 대별할 수 있다. 예컨대 이웃의 好意나 無償으로 空地 등을 필요에 따라서 통행하고 있는 때에는, 많은 경우 비법률관계가 될 것이다. 이와 같은 경우나 권원이 없이 하는 통행에 대하여는 토지소유자는 통행을 저지할 수가 있을 것이다. 이에 대하여 권원에 기한 통행은 보통은 당사자 간의 합의에 의해 성립한다. 그러나 당해 토지가 피포위지라면 법률에 의해 통행권이 강제적으로 설정되는 경우도 있다. 이것을 여기에서는 주위토지통행권으로 부르기로 한다.

계약에 기한 통행권(계약통행권)은, 물권적 통행권(통행지역권)과 채권적 통행권(무상의 사용차권 또는 유상의 임차권)으로 나누어진다. 일반적으로 물권은 채권보다도 그 효력이 강하여, 예컨대 私道의 소유자가 변경되어도 地役權者は 새로운 토지소유자에게도 통행권을 주장할 수 있지만, 채권에는 이와 같은 효력이 원칙적으로 없는 외에, 해약도 후자의 경우에는 비교적 용이하다. 따라서 어떠한 통행권인가는 당사자에게는 중요한 이해에 관계되므로, 그 구별기준이 문제된다. 그리고 법정통행권도 일반적인 통행권(유상)과 무상통행권으로 구별되며, 양자의 구별은 피포위지로 된 원인 여하에 의한다. 즉 후자는 토지의 분할 또는 일부양

도에 의하여 생긴 피포위의 다른 분할지에 대해 인정된다(민법 제220조).

이와 같은 여러 가지 통행권 가운데서 본고에서는 최근에 상당히 문제가 일어나고 있는 법정통행권인 주위토지통행권에 관하여서만 고찰하기로 한다. 특히 자동차문화의 발달과 관련하여 자동차가 다닐 수 있을 정도의 노폭을 인정할 것인가가 문제되며, 아울러 건축관련법령에서 규정하고 있는 냉용을 기준으로 하여 노폭을 정할 것인가가 문제된다.

본고에서는 이러한 법정통행권을 에워싸고 일어나는 법률적인 문제를 분명히 하고 나아가 이와 관련된 법원의 재판사례를 분석하고, 현재까지의 학설과 판례의 상황 내지 도달점을 분명히 파악하려는 데에 그 주안점을 두고자 한다.

II. 주위토지통행권의 의의

1. 주위토지통행권의 의의

어느 토지가 다른 토지에 의해 주위를 차단당하여 公路에 나아 갈 수 없는 경우에, 그대로의 상태로 방치하여 둔다면 토지의 경제적 효용을 상실한다. 당사자 간의 협의에 의해 통행 문제가 해결될 수 있겠지만, 협의가 없다면 법률상 당연히 그 토지를 위해 통행권이나 통로 개설권이 인정되는 것을 우리 민법은 규정하고 있다. 즉 민법 제219조 [주위토지통행권]는, “① 어느 토지와 公路 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 公路에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통과할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다. ② 前項의 통행권자는 통행지소유자의 손해를 보상하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 제220조 [분할, 일부양도와 주위통행권]는 “① 분할로 인하여 公路에 통하지 못하는 토지가 있는 때에는 그 토지소유자는 公路에 출입하기 위하여 다른 분할자의 토지를 통행할 수 있다. 이 경우에는 보상의 의무가 없다. ② 前項의 규정은 토지소유자가 그 토지의 일부를 양도한 경우에 준용한다.”고 규정하고 있다.

우리 민법은 이러한 제219조와 제220조의 규정을 ‘제3장 소유권’ 중 ‘제1절 소유권의 한계’의 규정 가운데 두고 있어서, 우리 나라에서는 일반적으로 이와 같은 주위토지통행권을 인정하는 부동산 상호 간의 이용조절을 위하여 인정되는 相隣關係의 측면에서 파악되고 있다.¹⁾ 따라서 이는 당사자의 의사에 관계 없이 포위된 토지 그 자체로부터 법률상 당연히 발생하는 법정통행권으로서, 주위토지소유자의 승낙을 얻을 필요가 없다고 하겠다. 그 반면 주위토

1) 大判 1992. 12. 12, 92다30528은, 주위토지통행권은 주위토지소유자의 토지에 대한 독점적 사용권을 제한하는 권리로서 인접한 토지 소유자 간의 이해를 조정하는 데 목적이 있다고 한다.

지소유자는 그만큼 忍容義務를 지는 내재적 제한을 받게 된다. 결국 주위토지의 소유자에게는 일종의 忍容義務를 지우는 동시에 포위된 토지의 소유자에게는 그 권능을 확대하는 것이라 할 수 있다.

또한 주위토지통행권은 소유권의 내용에 내재하는 제한 또는 확장을 의미한다는 점에서, 피포위지의 소유권으로부터 독립한 별도의 독립된 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, 또 피포위지의 소유권의 효력으로서 그 방해행위의 금지 내지 제거를 청구할 수 있는 권능을 갖는다.²⁾

2. 연혁

로마법에서는 필요통행권 또는 주위토지통행권에 관련된 法文이 두 개가 있다. 하나는, 묘지통행권이다.³⁾ 그런데 이것은 특수한 종교상의 규율 또는 종교감정에 기한 통행이용으로서, 근대법에서 말하는 주위토지통행권과는 처음부터 성질이 다른 것이었다. 또 하나는 하천의 범람에 의하여 公道가 침수 또는 붕괴된 경우에 인정되는 주위토지통행이다.⁴⁾ 그러나 이것도 응급적·잠정적인 통행을 인정하는 것에 불과하고 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 公道 또는 牛馬車道에 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 해준다. 그러나 이렇게 얻은 통행권이 지역권의 성격을 가지는 것인지, 혹은 소유권의 제한에 지나지 않는 것인지에 관하여는 논란이 있다.

2) 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(石叢 金基洙教授 停年紀念論文集)(서울: 연약, 1997), 270面.

3) D. 11. 7.12. pr.(Ulpianus): "어떤 사람이 묘지를 소유하고는 있지만 그 묘지에 이르는 길을 소유하고 있지 않아서 이웃이 그 통행을 방해할 때, 안토니우스 황제는, 그 아버지와 함께 묘지통행권을 간청하면 그것이 허용되는 관행이 있다는 칙령을 내리고 있다. ... 다만 통행할 수 있는 권리를 부여하는 칙령은 시민법상의 訴權을 생기게 하는 것은 아니므로, 특별한 절차에 의하여 屬州의 長官에게 신청하여야 하며, 장관은 정당한 代價를 지급하게 함으로써 관련된 통행권을 취득시킬 의무를 진다. ..."

4) D. 8. 6. 14 §1(Javolenus): "公道가 하천의 범람에 의하여 침수되거나 붕괴된 경우에는 가장 가까운 이웃은 통로를 제공하여야 한다."

독일보통법 시대에는 필요통행권이 확장되고 일반화된다. 즉 어떤 토지가 役權 없이 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 前者로 생각하고 있었다.

독일 민법 제1초안에서는 필요통행권 내지 주위토지통행권에 관한 규정인 제863조⁵⁾를 '소유권의 내용과 제한'의 節에 두고 있다. 이에 의하면, 필요통행권은 법관에 의한 收用이라는 구성을 배척하였다. 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 제830조⁶⁾가 성안되었다. 심의과정에서는 포위된 토지의 이용과 통행로를 忍容하여야 하는 이웃토지의 私所有權의 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 통행청구자가 통행을 요구할 때를 기준으로 하여 산정하기 위해, 제857조를 준용하도록 하였다. 마지막으로 토지의 일부 양도에 의해 포위된 토지에 관하여도 제831조⁷⁾를 신설하였다.

이러한 과정을 거쳐 필요통행권은 현재의 독일 민법 제917조와 제918조로 규정되고 있다. 즉, 독일 민법 제917조는 "① 만약 토지와 公道와의 사이에 그 토지의 용법에 따라 이용에 필요한 통로가 없는 때에는, 토지소유자는 隣地者에 대하여, 이의 恣意가 終止될 때까지, 필요한 통로의 개설을 위하여 그 토지의 이용을 忍容하여야 할 것을 청구할 수 있다. 필요통로

5) 독일 민법 제1초안 제863조 : "어떤 토지와 公道 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 忍容해야 하는 의무를 진다. 통행의 장소, 통행이용의 범위는 법원의 자유로운 재량에 의하여 정하여진다. 통행로가 필요한 토지의 소유자는 통행의 忍容義務가 지워지는 이웃에게 매년 미리 地代를 지급하여야 한다. 본조에는 제858조, 제860조가 적용된다."

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

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

의 방향 및 이용권의 범위는, 필요한 경우에는, 판결에 의하여 정한다. ② 필요통로가 통과하는 토지를 가지는 隣地者는 배상으로서 지대를 청구할 수 있다. 지대에 대하여는 제912조 제2항 후단 및 제913조, 제914조, 제916조의 규정을 준용한다.”고 규정하고 있으며, 제918조는 “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 保留된 부분이 公路에로의 통로를 차단한 경우에 있어서는, 종래 통로로 남아 있는 부분의 소유자는 필요통로를 忍容할 것을 요한다. 동일 소유자에 속하는 수개의 토지의 중 하나의 토지가 양도된 때에는 일부양도와 같다.”고 규정하고 있다.

III. 주위토지통행권의 요건

주위토지통행권의 요건을 살펴보면 아래와 같다.

1. 어느 土地와 公路 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없어야 한다.

(1) 通路의 必要性 有無 및 範圍는 토지의 용도를 기준으로 하여 객관적으로 정한다. 즉 토지의 形狀 · 面積 · 位置 · 利用目的 · 利用方法 등을 종합 고려하여 합목적적으로 정한다. 그리하여 토지에 따라서는 전혀 통로가 없음을 요하지 않으며, 통로가 있더라도 토지의 용도에 비추어 보아 불충분하면 통행권이 발생할 수 있다. 예컨대 石材의 산출지에서 급경사 때문에 석재를 반출하기에 적절하지 못한 통로밖에 없다면 다른 편리한 통로를 요구할 수 있다. 또 통로가 있더라도 크게 우회하여야 할 경우로서 매우 불편한 때에도 그러하다.

우리 判例도 사람 하나 겨우 다닐 수 있는 정도의 넓이밖에 없는 작은 통로로서 일상생활상 통로로 하기에 불편한 정도라면 상린관계의 이용조절을 위한 圍繞地 觀念에 비추어 주위토지통행권을 인정하고 있다.⁸⁾ 또 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 주위토지통행권이 인정될 수 있다.⁹⁾ 그러나 토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에 단순히 이 통로를 사용하는 것보다 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리를 인정할 수 없다고 한다.¹⁰⁾ 그리고 범위는 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 장차의 이용상황까지를 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니라고 한다.¹¹⁾ 특히 우리 판례는

8) 大判 1977. 9. 13, 77다792.

9) 大判 1994. 6. 24, 94다14193.

10) 大判 1976. 5. 11, 75다2338 ; 同 1977. 6. 7, 76다808 ; 同 1982. 6. 22, 82다카102 ; 同 1991. 4. 23, 90다15167 ; 同 1995. 6. 13, 95다1088 · 95다1095.

11) 大判 1991. 5. 28, 91다9961 · 9978 ; 同 1992. 12. 12, 92다30528 ; 同 1995. 2. 3, 94다50656.

지방자치단체의 公有財産은 지방자치단체의 장의 허가 없이 사용 또는 수익하지 못하고 또 그 중 행정재산에 관하여는 私權을 설정할 수 없게 되어 있지만, 인접 토지의 상호 이용관계의 조정을 위하여는 법정통행권인 주위토지통행권은 인정될 수 있다고 한다.¹²⁾

기존통로의 폭도 하나의 중요한 판단요소이다. 예컨대 기존통로로는 농작업에 필요한 손수레 · 자전거 또는 경운기의 이용이 불가능한 경우, 0.6미터의 기존통로가 영업용차량 또는 긴급자동차의 통행의 필요성 등에서 보아 그 효용을 전혀 발휘할 수 없는 경우 등에는, 통행권이 인정될 수 있다. 주택지라면, 적어도 도로로 통행하는 것이 가능하고 일상의 생활을 영위할 수 있을 것이 필요하다.

그러나 주위지에 건물이 세워져 있는 경우에는 신중한 판단이 행해져야 한다. 예컨대 주택지에서 50센티미터 폭의 통로밖에 가지고 있지 않는 토지에 주위토지통행권이 인정되었지만, 주위토지 위에 있는 건물의 일부를 철거하지 않으면 안되는 손실이 있다면 주위토지통행권의 주장이 권리남용으로 되는 수가 있을 수 있다.¹³⁾

그리고 토지가 비탈이나 하천으로 인해 公路에로 나가는 것이 차단되는 경우에도 주위토지통행권이 인정된다. 그러나 비탈이 있는 경우에 급경사이다라도 계단 · 슬로프를 설치하는 등 상당한 공사를 한다면 통행이 가능한 경우에는, 주위토지통행권이 인정되지 않는다.¹⁴⁾

예컨대 어느 토지에 公路로 통하는 통로가 2개이고, 하나의 통로에 대하여 토지소유자가 통행지역권이나 임차권 등의 통행권을 가지고 있는 경우에는, 본조의 주위토지통행권은 성립하지 아니한다. 이 경우 다른 하나의 통로가 폐지되더라도 이것에 대하여 주위토지통행권을 주장할 수 없다. 그러나 하나의 통로에 대하여 통로의 토지소유자의 好意에 의하여 통행하고 있는 경우에는 그 통로가 폐지될 수도 있기 때문에, 다른 통로에 대하여 주위토지통행권이 성립한다.¹⁵⁾

또 A · B 2筆의 隣接地(내지 2筆의 토지) 중 A地가 외형상으로는 公路에 나갈 수 있는 통로가 없는 것처럼 보이더라도, 公路에 나갈 수 있는 B地의 소유자가 동시에 A地의 소유자인 경우에는, A地에 대하여는 주위토지통행권이 인정되지 아니한다. 또 B地의 소유자가 A地를 양수받는 경우에도 마찬가지다. 그러나 이미 주위토지통행권에 의한 법정통로가 있는 A地를 B地의 소유자가 매수하더라도, A地와 B地의 地形 · 地上建物の 位置 등으로부터, A地에서 B地를 거쳐 公路로 나가는 것이 현저히 곤란한 경우에는, A地의 법정통로는 존속시켜야 할 것이다.

(2) 여기서의 公路에는 公道뿐 아니라 私道이라도 널리 일반인의 통행에 제공되고 있는 것

12) 大判 1994. 6. 24, 94다14193.

13) 日本 東京地判 1980. 12. 19 判タ 449號 83面.

14) 日本 東京地判 1979. 5. 30. 下民集 30卷 5-8號 247面.

15) 日本 東京高判 1973. 10. 30, 東京民時報 24卷 10號 187面.

이면 포함된다. 이와 같은 私道에 연결되고 있는 토지라면 굳이 본조의 주위토지통행권을 인정할 필요가 없기 때문이다. 다만 公道라는 것만으로 公路가 되는 것은 아니고, 상당한 폭을 가지고 있고 자유롭고 안전하게 또한 용이하게 통행할 수 있는 도로이어야 한다. 또한 등기 부상은 公道라 하더라도 실제로는 타인이 불법점거하고 있기 때문에 통행이 불가능한 때에는, 그 公道는 公路가 아니다.

그런데 어느 토지에 이미 하나의 法定通路인 私道가 있는데, 다시 公路가 신설되고 그것에 연결이 된다면 기존의 法定通路는 소멸되게 된다.

2. 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 않으면, 公路에 출입할 수 없거나 過多한 비용을 요하는 경우이라야 한다.

‘過多한 비용을 요한다’는 것은 당해 토지소유자에게 경제적으로 기대불가능한 부담을 준다는 것을 말한다. 주위의 타인의 토지에 대한 賃料·地料·傳賃金 등이 너무 높아서 주위의 토지를 이용해서 얻는 이익보다 큰 경우가 이에 해당된다. 주위에 자신의 토지가 있더라도 너무 멀리 돌아가야 한다면 경사가 있어서 통행하기에 부적당하다든지 하여도 이에 해당하는 경우가 있을 것이다. 그러나 원래 설정한 이용권에 의해서 통행하다가 賃料 등이 비싸서 임의로 통행권을 포기한 경우에는, 다시 주위의 통행권이 인정되지 않는다고 해석된다. 이러한 통행권은 토지소유자의 개인적 이익만을 위한 것이 아니고 被包圍地의 이용가치를 높여 일반사회의 이익을 도모하기 위한 것이기 때문이다.¹⁶⁾

3. 주위토지에 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다

(1) 통행의 장소

통행권이 행사되는 장소와 방법은 통행권자를 위해 필요하고 또한 주위 토지에 손해가 가장 적은 것이지 않으면 안된다(219조 1항·단서). 즉 피포위지의 소유자 등 이용자의 통행의 필요성(정도)과 주위토지 소유자의 피해성(정도)를 비교형량하여야 한다. 통행권자의 통행필요성에 의해 강제적으로 通行忍容義務를 주위토지소유자에게 부과하는 것이기 때문이다. 보다 편리한 통로의 확보는 地役權 등의 약정통행권에 의할 수밖에 없다. 구체적으로는 결국 사회통념에 비추어 쌍방 토지의 지목과 지형적·위치적 형상 및 그에 따른 이용관계, 부근의 지리상황, 相隣地 利用者의 이해득실 기타 제반사정을 참작한 구체적 사정에 따라 합목적적으로 판단한다.¹⁷⁾ 예컨대 주위토지소유자가 건축물의 축조 등 기존통로로 이용되던 토지

16) 張庚鶴, 物權法(서울: 法文社, 1990), 420면.

17) 大判 1992. 12. 12, 92다30528; 同 1995. 2. 3, 94다50656; 同 1995. 9. 29, 94다43580; 同 1996. 5. 14, 96다10171.

의 사용방법을 바꾸었을 때에는, 통행권자는 그 주위토지소유자를 위하여 보다 손해가 적은 다른 장소로 옮겨 통행하여야 하는 경우도 있을 수 있다.¹⁸⁾

그런데 주위토지에 손해가 가장 적다는 것은, 보통의 경우는 주위토지의 가장자리에, 또 公路에 이르는 최단거리가 되는 부분일 것이다. 따라서 주위토지를 중앙으로 나누는 통로는, 예컨대 종래 이 부분을 통행하고 있는 사실이 있어도, 손해가 가장 적은 장소라고 할 수 없는 경우도 있을 것이다. 그러나 최단거리가 항상 최소의 손실이 된다고는 할 수 없다. 오랫동안 주위토지에 私道로서 이용되고 있는 사정이 있는 경우에는, 달리 公道에 이르는 최단거리의 장소가 있음에도 불구하고, 그것을 통행지로 인정한 예도 있다.¹⁹⁾

(2) 통로의 폭

주위토지통행권이 인정될 수 있는 통로의 폭을 얼마로 할 것인가에 관하여 곤란한 문제가 많고, 주위토지통행권이 어느 범위까지 미치는가는 확실적인 기준을 정하기는 매우 어렵다.

判例에 의하면, 피포위지와 주위토지의 용도·이용상황, 통행사용의 경위, 사회경제적 필요의 유무·정도, 당사자의 합의, 장소적 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이라고 하면서, 폭 1.3미터 내지 1.5미터 정도의 통로가 피포지의 이용을 위하여 필요한 범위 내이라고 하기도 하고²⁰⁾, 또 피포지의 이용을 위하여 필요한 통행로의 노폭을 2미터로 본 원심의 판단을 수긍한다고도 하였다.²¹⁾ 주택의 경우에는, 사람이 겨우 통행할 수 있는 범위로 주위토지통행권이 제한되는 것이 아니고, 통행자가 주택에 출입하여 일상생활을 영위 하는데 필요한 범위의 路幅까지는 인정되어야 한다고 한다.²²⁾ 그러나 피포위지 소유자에게 장래 그 토지에 건축할 것에 대비하여 건축허가에 필요한 폭의 통행로를 미리 보장하고 주위토지소유자로 하여금 이를 受忍하도록 하는 것까지를 주위토지통행권의 내용으로 하는 것은 아니라고 한다.²³⁾

(3) 자동차의 통행

보행통행 이외에 최근 자동차의 증가로 인하여 특히 자동차에 의한 통행이 주위토지통행권에 기하여 주장될 수 있는가가 문제된다. 차량의 통행은 보행과는 비교가 안될 정도로 부담을 주위토지에게 주는 것이므로, 피포위지의 용도·부근의 지리적 상황·종래의 이용상황·차량통행의 필요성과 중요성·당사자의 이해득실·교통상의 위험·환경피해 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단한다. 判例는 기존통로의 폭을 2미터로 줄어들게 하

18) 大判 1989. 5. 23, 88다카10739.

19) 日本 高松 高判 1989. 12. 13. 判時 1366號 58面.

20) 大判 1992. 3. 31, 92다1025

21) 大判 1996. 5. 14, 96다10171

22) 大判 1988. 11. 8, 87다카2127·2128 ; 同 1989. 7. 25, 88다카9364 ; 同 1991. 7. 23, 90다12670·12678.

23) 大判 1991. 5. 28, 91다9961·9978.

여 사실상 자동차의 통과를 불가능하게 한 사안에서, 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 것이 아니라고 한다.²⁴⁾

(가) 기존의 통로로는 자동차의 통행이 불가능 또는 곤란하기 때문에, 통로의 확장을 청구하는 경우가 경우에 확장청구가 받아들여지기는 매우 어려울 것으로 생각된다.

자동차문화가 도입되기 이전의 우리 나라의 관례로서, 종전의 약 30센치미터의 농로가 이미 개설되어 있는 경우에, 화물자동차가 운행될 수 있는 정도의 부분에 대하여 행한 주위토지통행권에 기한 확장청구는 인정되지 아니하였다.²⁵⁾

일본의 경우를 보면, 먼저 위의 경우와 같은 상태에 있는 被包圍地를 구입한 자가 그 확장청구를 하는 것은 인정받을 가능성은 적다.²⁶⁾ 또한 종래 자동차로 출입을 하고 있었지만 2.6미터의 폭으로는 좁아서 3.6미터의 폭을 청구한 경우에, 이를 인정받지 못하였다.²⁷⁾ 被包圍地의 매수인이 대형트럭을 사용하기 위해, 4미터폭을 청구하였지만, 輕四輪自動車の 통행이 가능하다면 기존통로로써 충분하다고 하였다.²⁸⁾

(나) 기존통로에 자동차의 통행 사실은 없지만, 그 폭이 자동차의 통행도 가능할 정도가 되기 때문에, 被包圍地의 소유자가 새로이 차량통행을 청구한 경우

이 경우에도, 당연히는 차량통행이 주위토지통행권의 내용으로 되지는 않을 것이다. 私道開設의 경위, 지리적 환경, 자동차사용의 필요성, 통행에 의한 환경피해 등 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정하여야 할 것이다. 예컨대 자동차의 출입이 불가능하더라도 생활에 곤란한 사정이 없고 또한 係爭私道가 당해 被包圍地와는 전혀 관계없이 축조된 것이라는 점 등을 이유로, 차량통행을 否定한 일본의 사례가 있다.²⁹⁾

(다) 기존통로에 대하여 종래부터 차량통행의 사실이 있고 피포위지의 소유자가 차량통행을 청구한 경우

기존통로에 대하여 종래부터 차량통행의 사실이 있는 경우에는, 被包圍地所有者側에게 장래에도 차량 사용의 필요성이 있는 限, 원칙적으로 통행지의 소유자는 차량통행을 저지할 수 없다고 해석된다. 다만 종래부터 자동차통행의 사실이 있어도 특단의 사정이 있다면 그러하지 아니하다. 예컨대 도로에 인접한 불특정의 거주자가 자동차로 통행이용하고 있었는데, 그

24) 大判 1994. 10. 21, 94다16076 ; 同 1995. 2. 3, 94다50656.

25) 大判 1967. 10. 31, 67다1641.

26) 日本 東京地判 1983. 4. 25, 判タ 502號 124面.

27) 日本 東京地判 1980. 2. 18, 判時 977號 80面.

28) 日本 東京地判 1969. 10. 15, 判時 585號 57面.

29) 日本 東京地判 1986. 8. 26, 判時 1224號 26面.

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 예³⁰⁾가 있다. 종래부터 영업용의 자동차로 출입하고 있는 被包圍地所有者가 다른 대지를 구입하여 사업을 확장하고, 이것을 사무소창고로 하기 위해 차량통행을 청구한 사안에서, 통로의 폭(3.16미터) 등을 고려하여 차량통행을 전면적으로 否定한 예³¹⁾가 있다. 또한 新設된 슈퍼마켓에 출입하는 납입업자의 자동차의 통행에 의하여 소음·먼지·가속파손의 피해를 입은 주민이 이것을 저지한 것은, 그 한에서는 정당하다고 說示한 예³²⁾도 있다.

(4) 건축관련법과 도로폭

(가) 건축법에 의한 私道規制

건축법상으로는, 공익적 견지에서 건축물의 대지는 원칙적으로 2미터 이상을 도로에 접하여야 하며, 건축물의 대지가 접하는 도로의 너비·그 대지가 도로에 접하는 부분의 길이 기타 그 대지와 도로의 관계에 관하여 필요한 사항을 대통령이 정하는 바에 의하여 市·郡·區의 조례로 정하도록 규정되어 있다(건축법 33조). 따라서 이와 같은 법 소정의 도로(公道 또는 私道)가 없다면, 私人 스스로가 私道を 개설하지 않으면 안된다. 이와 같은 요건을 충족하지 않는다면, 건축허가가 나지 않으므로, 당해 부지의 소유자는 건물을 건축·증개축할 수 없게 된다.

여기서 이와 같은 건축법상의 규제가 주위토지통행권의 존부 또는 폭을 판단함에 있어서 고려하여야 할 사항이 되는가가 문제된다.

예컨대 A소유의 택지에는 B소유의 1.5미터폭의 통로가 접하고 있고, 이것이 다시 4미터폭의 公道에 접하고 있다고 하자. 종래부터 A는 그 택지에 건물을 소유하고, 이 통로를 통행하여 公道에 출입하고 있었는데, 새로이 건물을 지을 필요가 생긴 경우, 건축법상의 接道要件을 충족시키기 위하여, 그 택지가 건축법과의 관련에서는 '被包圍地'인 것을 근거로 하여, 통로폭을 2미터로 넓혀야 하는 것을 B에 대하여 요구할 수 있는가가 문제된다. A의 청구가 인정되지 않는다면, 건물을 다시 지을 수 없게 된다. A의 토지가 窄地인 때에는 新築計劃을 세울 수 없으므로, 더한층 손실이 크다. 거꾸로, A의 청구를 긍정한다면, B가 지금까지 행해온 자신의 토지이용에 매우 큰 부담을 있을지도 모른다. 경우에 따라서는, 건물을 일부 철거하여야 하는 경우도 있을 것이다. 兩 토지소유자의 이해관계를 어떻게 조정할 것인가라는 곤란한 문제가 생긴다.

30) 日本 福岡高判 1983. 12. 22, 判タ 520號 145面.

31) 日本 東京高決 1968. 7. 10 判時 535號 60面.

32) 日本 大阪地判 1983. 8. 13, 判タ 486號 110面の 說示部分 참조.

(나) 판례의 상황(유형론)

判例는 주위토지통행권은 주위토지의 소유자에 대하여 피포위지에 장래 건축할 것을 대비하여 건축허가에 필요한 폭의 통행로를 미리 보장하고 이를 수인하도록 하는 것까지 내용으로 하는 것은 아니라고 한다.³³⁾ 주위토지 소유자가 원래의 도로폭 3미터를 1.5미터로 줄인 경우에, 그로 인하여 피포위지의 소유자가 건축법상 증·개축을 하지 못하게 될 염려가 있다고 하더라도, 건축과 관련한 건축법 소정의 도로폭에 관한 규정만으로 당연히 피포위지의 소유자에게 그 반사적 이익으로서 건축법에서 정하는 도로의 폭이나 면적 등과 일치하는 주위토지통행권이 바로 생기는 것은 아니라고 한다.³⁴⁾

그러나 그렇다 하더라도, 피포위지가 특히 도시계획구역 내의 일반주거지역에 위치하고 현재 나대지인 상태로 되어 있어 이를 일정한 건축물의 부지로 이용하고자 하는 경우에 있어서는, 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 위하여는 마땅히 법령상의 규제내용도 그 참작요소로 삼아, 피포위지 소유자의 건축물 건축을 위한 통행로의 필요도와 그가 입게 되는 손해의 정도를 비교형량하여 주위토지통행권의 적정한 범위를 결정하는 것이 옳다고 한다.³⁵⁾ 또한 통행로의 노폭이 건축허가에 필요한 요건을 충족하느냐의 여부는 원고의 주위토지통행권의 범위를 결정함에 있어 중요한 참작요소가 되며, 이 사건 기록에 나타난 원·피고 소유 토지 및 통행로의 노폭을 2미터로 본 원심의 판단을 수긍하고 있다.³⁶⁾

결국 判例는 주위토지통행권의 판단에 있어서 건축법상의 규정을 하나의 사정으로 참작하는 것까지否定하고 있지는 않다고 하겠다.

문제는 구체적으로 어떠한 경우에 건축법의 규정이 고려되는가이다. 이 점에 대하여는 일반적인 기준을 말하기는 어렵지만, 우선 그 상황을 경우를 나누어서 살펴보는 것이 참고가 될 것이다.

(a) 기존통로(전부 또는 일부)를 소유자가 폐지하고, 통행을 방해하는 경우.

이 경우에는, 통행이용자에게 주위토지통행권이 긍정되는 때에, 통로의 폭의 판단에 있어서 건축법의 규정이 고려되어서, 기존통로의 현상이 유지·회복될 것이다. 예컨대, 기존통로(폭 2.4미터)를 소유자가 주차장으로 하기 위하여 1.1미터로 줄인 사안에서, 다른 사정과 함께 건축법을 고려하여 통로의 전부에 주위토지통행권을 인정한 예³⁷⁾가 있다. 또 기존통로

33) 大判 1991. 6. 11, 90다12007 ; 同 1996. 11. 29, 96다33433·33440.

34) 大判 1994. 2. 25, 93누20498.

35) 大判 1992. 4. 24, 91다32251.

36) 大判 1996. 5. 14, 96다10171.

37) 日本 山口地徳山支判 1977. 12. 13, 判時 894號 103面.

(4미터)가 道路位置指定處分을 받고 있고, 그 사용이 道路로서의 使用價值밖에 없는 점 등을 이유로, 통로 전체에 주위토지통행권이 인정된 예³⁸⁾가 있다.

(b) 기존통로는 건축관계법 소정의 요건을 충족하지 않기 때문에, 기존통로의 폭을 확대할 것을 청구하는 경우.

이 경우에는, 建築法規를 주장하여도, 쉽게는 인정되지 않을 것이다. 예컨대, 피포위토지소유자가 地上에 건물을 소유하고, 隣地上의 통로(0.9미터)를 거쳐서 公道에 출입하고 있는데, 건축법(接道義務)과의 관련에서 2미터폭의 통로를 주장한 사안에서, 隣地의 주택의 일부를 철거할 필요가 있고 居住上 큰 불편이 생기는 점, 피포위토지의 소유자에게는 현재 신축·증개축의 예정이 없는 점 등의 사정으로부터, 폭확대의 청구를 부정한 예³⁹⁾가 있다.

건축허가를 받기 위해서는 아니지만, 기존통로에 道路位置指定(4미터폭)이 되고 있기 때문에, 이것을 근거로 기존통로의 폭확대를 청구하는 경우도 있다. 예컨대, 토지소유자가 자동차의 출입을 위해 기존통로(폭1.8에서 2.73미터)의 폭확대(隣地의 브록 벽의 철거)를 청구한 사안에서, 기존통로로서 일상생활에 지장이 없고, 따라서 피포위토지가 아니라고 한 예⁴⁰⁾가 있다.

(c) 기존통로로는 건축관계법규 소정의 요건을 충족하지 않기 때문에, 별도의 주위지에 대하여 新規의 통로의 개설을 구하는 경우.

기존통로의 폭확대를 구하는 것이 물리적으로는 현저히 곤란한 때에는, 다른 곳에 통로를 구하지 않을 수 없는데, 이 경우에는 한층 인정되기 어렵다고 할 것이다.

우리 判例도 원고 소유의 대지와 公路 사이에 그 대지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에는 건축허가가 불가능하다는 이유로 별도로 피고 소유의 토지에 대한 통행권이 없다고 판시하고 있다.⁴¹⁾

또 일본에서는, 토지의 한 邊(30미터)이 도로(폭 1.2부터 1.8미터)에 접하고 있지만, 자동차의 출입이 불가능하고, 건축법상의 도로의 요건도 충족하지 않는 점을 이유로, 公團團地の 토지부분(옹벽이 있음)에 통로를 구한 사안에서, 토지소유자는 이러한 지리적 상황을 충분히 알고서 토지를 구입한 점, 이 도로에서도 통행에 부적합함이 없다는 점 등으로부터, 원고의 청구를 받아들이지 아니한 사례⁴²⁾가 있다. 또한 토지소유자가 지상건물을 부수고, 신축을 위해 건축허가를 신청하려고 한 바, 기존통로(폭0.9미터)로는 건축법 소정의 요건을 충족하지 않는 것을 알고서(건축인이 이것을 간과함), 隣接하는 공무원 宿舎의 敷地부분에 통행권을 주장하였지만, 否定되고 있다.⁴³⁾ 마지막의 사례에서는 당해 토지의 소유자는 건축할 수 없

38) 日本 東京高判 1965. 5. 31 下民集 16卷 5號 956面.

39) 日本 東京高判 1977. 6. 13, 判時 863號 59面.

40) 日本 東京地判 1983. 4. 25, 判時 1097號 55面.

41) 大判 1977. 6. 7, 76다808.

42) 日本 東京地判 1977. 12. 19 判時 898號 71面.

43) 日本 高知地判 1985. 3. 26, 判時 1178號 135面.

게 되므로, 긍정하였어야 한다는 비판이 있지만, 신규통로의 개설은 상당히 신중히 판단하지 않으면 안된다고 하는 고려가 판례의 저변에 깔려 있는 것은 부정하기 어렵고, 부담을 받는 주위지의 손실을 생각한다면, 그것 자체는 부득이 하였을 것이다. 또 가장 최근의 사례로서는, 地主가 要役 宅地(2미터폭의 통로가 있다)上에 '공동주택'을 건축하기 위해, 건축법규(조례) 소정의 4미터폭의 통로를 인접하는 垡地의 앞마당에 청구한 것에 대하여, '피포위지성'의 판단에는 건축법규의 규제도 고려하여야 하지만, 要役 宅地의 '통상이용'에 필요한 통로폭을 판단한다면, 독채의 貸家를 건축할 수 있는 정도의 통로(2미터)가 있다면 족하다고 하여, 地主의 청구를 배척한 것이 있다.⁴⁴⁾

(d) 기존통로로는 건축관계법규 소정의 요건을 충족하지 않기 때문에, 다른 곳에 통로를 구하지 않으면 안되는 때에, 이미 개설되어 있는 다른 통로에 통행권을 구하는 경우.

이 경우에, 다른 통로의 이용상황에도 따르겠지만, (c)의 경우보다도 법정통행권이 인정될 가능성이 높다고 할 수 있다. 예컨대 A地와 이것에 인접하는 B地가 동일인의 소유이고, A地는 公道에 정면 5.21미터 접하지만, B地는 A地에 1.66미터밖에 접하지 않는 피포위지이고, 토지소유자가 A地上의 공동주택을 재건축하기 위해 철거하였는데, 여기서 건물을 건축하기 위하여는 기존의 통로부분으로는 불충분하고, 또 통로의 폭을 확대하기 위해서는 隣地의 블록 벽(이것에 隣家が 근접)을 철거하지 않으면 안되므로, A地에 접속하는 다른 통로(폭2.17미터)에 통행권을 주장한 사안에서, 건축관련법 소정의 규정을 고려하여야 함을 說示한 위에, 이 통로가 沿道소유자의 共用의 통로로 되어 있고, 장래 폐지하는 것도 곤란한 외에, A地 소유자의 통행에 의하여 통로의 소유자가 잃는 것이 적은 점을 이유로, 법정통행권을 인정한 사례가 있다.⁴⁵⁾

(e) 피포위지에 통로가 없으므로, 신규통로의 개설을 청구한 경우.

종래부터 전혀 통로가 없는 토지(절대적 피포위지)는, 통상 특별한 사정이 없다면, 특히 택지에 있어서는 희귀하다. 원래 그와 같은 토지는 거래가치가 거의 없고, 그것을 구입하여도, 그것을 알고 있는 것만으로(대금도 감액되고 있을 것이므로) 용이하게는 법정통행권은 인정되지 않을 것이다. 그러나, 토지의 일부양도 · 공유물의 분할로 피포위지가 형성된 경우는 사정을 달리 한다. 이와 같은 경우에는, 피포위지의 소유자가 피포위지의 이용계획을 가지지 않는 등의 사정으로부터 왕왕 통로의 개설이 등한히 되기 때문이다. 더욱이 이와 같은 피포위지에는, 원래 동일한 토지(잔여지)에 대하여 無償의 통행권이 인정된다. 여기서 피포위지의 소유자가 잔여지에 법정통행권을 주장하는 때에, 법정의 통로폭을 구하기 위해 건축법규를 아울러 근거로 하게 된다.

이 경우에는, 일부양도 · 분할 당시의 당사자 사이의 약정의 취지로부터 생각하여, 피포

44) 日本 浦和地判 1988. 10. 29, 判時 1511號 118面.

45) 日本 大阪高判 1980. 5. 30, 判時 981號 81面.

위지가 택지이라고 한다면, 통상은 건축허가가 얻어지는 것이 묵시적으로 전제되어 있을 것이다. 따라서 가능한 한 건축법규를 고려하여 통로폭을 결정하여야 한다.

(f) 이상과 같이, 신규의 통로개설을 긍정한 사례는 어느 것도 임의행위에 의해서 피포위지가 형성되고 있는 경우이고, 이러한 종류의 통행권은 원래 동일 소유자 아래에 있었던 토지 가운데서 처리된 것이므로, 다른 주위지에 폐를 끼치지는 않는다.

이상에서, 신규의 통로개설·기존통로의 폭확대에는 매우 소극적인 입장을 취하여야 하지만, 임의행위에 의하여 피포위지가 형성되고 또한 아직 피포위지와 잔여지와의 이용의 조정이 실현되고 있지 않은 때에는, 어쨌든 잔여지는 통행권을 부담하지 않으면 아니 되므로, 그 통로폭을 판단함에 있어서, 건축법규가 고려되는 것은 매우 자연스러운 것이라 생각된다.

생각건대 이러한 주위토지통행권이 相隣權의 일종이라는 점을 전제로 하여 생각하는 한, 피포위지가空地인가 아닌가에 관계 없이, 또한 주위지에空地部分이 있다고 하여도, 건축기준법규 소정의 통로를 인정하는 것은, 주위지에 일방적인過度한 부담을 강요하는 결과가 될 것이다. 그 때문에, 신규통로의 개설·기존통로의 폭확대는 원칙적으로 인정할 수는 없다. 원래 피포위지가 형성되는 것은 주로 분양·분할 등의 임의행위에 의한 것이므로, 이와 같은 경우에는 원래의 동일한 토지 중에서 통행문제가 처리되게 된다. 따라서 분양행위의 취지로부터, 가능한限, 잔여지에 필요한 통로가 확보되어야 할 것이다. 잔여지에 이미 건물이 건축되어 있어도, 피포위지와 잔여지와의 이용의 조정이 아직 실현되고 있지 않는 한에서는, 피포위지이용의 필요가 원칙적으로 우선한다.

그런데 재건축·증축하기 위해 주위토지통행권을 주장하는 경우는 특히 문제가 된다. 재건축·증축에 객관적인 상당성이 필요하게 되는 것이 전제로 되지만, 그와 같은 경우에서도 隣地の既存의利用秩序·장래의 이용계획이 원칙적으로 존중되어야 할 것이다.

어쨌든, 통로폭의 결정(종합판단)에 있어서, 일반론으로서는 건축법규를 하나의 사정으로 고려하여야 하는 것은 부정할 수 없고, 그 위에서 구체적인 결론(法定의 폭을 인정하는 것의當否)을 도출하여야 할 것이다.

(5) 주거의 자유와의 관계

判例는 헌법이 보장하는 기본적 인권의 하나인 주거의 자유와 안전은 민법에서 인정하는 주위토지통행권의 행사를 이유로 하여 침해될 수 없는 것이므로, 통행권 방해에 의한 건물의 철거 기타 장애물의 제거를 요구함은 별 문제로 하더라도, 주거를 그대로 인정하면서 통행권 행사를 이유로 주거의 자유와 안전을 해할 수는 없다고 한다.⁴⁶⁾

46) 大判 1962. 6. 21, 62다3.

4. 토지의 소유자뿐 아니라 지상권자 · 전세권자 · 임차권자 등에게도 인정된다.

주위토지통행권은 인접한 토지의 상호 이용조절에 기한 권리이므로, 토지의 소유자 또는 지상권자 · 전세권자 등 토지사용권을 가진 자에게 인정되는 권리이다.⁴⁷⁾

그런데 이러한 주위토지통행권은 법률상 당연히 발생하는 권리로서, 이를 등기하는 방법이 없다. 그러나 通行地의 매수인뿐만 아니라 被包圍地의 매수인에게도 통행권의 존재를 알려져 거래할 이익은 상당히 크다고 할 수 있다. 그렇게 함으로써 無用한 분쟁도 회피할 수 있을 것이다. 입법론으로서는 주위토지통행권의 등기방법도 고려해 볼만 하다.

토지임차인이 주위토지통행권을 주장하는 경우에 문제가 되는 것은, 그가 대항력을 갖추고 있어야 하는가라는 점이다. 우리 판례에 의하면 방해배제청구권이 임차인에게 인정되기 위해서는 임차인의 임차권이 대항력을 갖추어야 한다고 한다. 여기서 본조의 주위토지통행권을 토지소유권의 확장으로 해석하고 그 성질을 일종의 방해배제청구권으로 파악한다면, 대항력 있는 임차권에 한정된다고 하는 것이 우리 판례의 입장과 일관된다고 할 수 있다. 그러나 주위토지통행권은 隣接地 상호간의 이용조절을 위한 법정의 권리이고, 또 다른 隣接地通行權 · 私道通行權과도 중복할 가능성이 있는 公用利用權이고 단순한 방해배제권능에 그치는 것이 아니라는 관점에서 본다면, 대항요건의 구비를 묻지 않고 직접적인 토지이용자에게 고유한 통행권을 부여하는 쪽이, 소유자를 매개시키는 無用의 우회적인 길을 피할 수 있고, 이용의 조절을 촉진할 수 있을 것이며, 주위토지통행권의 취지에도 적합할 것이다.⁴⁸⁾

다만 토지의 불법점유자에게는 주위토지통행권이 인정되지 않는다.⁴⁹⁾

IV. 주위토지통행권의 효과

다음으로는 주위토지통행권의 효과를 검토하기로 한다.

1. 通行 또는 通路의 開設

통행권자는 토지를 통과할 수 있고, 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 다시 말하면 그 주위토지를 단지 통과하여 통행권을 인정받음에 그치지 않고, 통과사용의 상황에 따라서 불편한 경우에는 석단을 만들거나 통행장애물을 제거하는 등 적극적 통로개설을 일방적으로 감행할 수 있다. 그러나 이러한 통행권은 주위 토지의 권리자에 대해 통행의 受忍을 청구하는데 불과한 소극적인 권리로서, 이웃토지의 소유자에 대하여 그의 점유를 배제할 권능까지 있는 것은 아니므로 주위토지통행권에 기한 토지인도청구는 할 수 없다. 주위토지통행권의

47) 大判 1976. 10. 29. 76다1694.

48) 日本 岡本詔治, 私道通行權入門(東京: 信山社, 1995), 73-74面.

49) 大判 1976. 10. 29. 76다1694.

본래적 기능발휘를 위해서는 그 통행에 방해가 되는 담장과 같은 축조물이 철거되어야 하는 것이라면, 그 담장이 당초에는 적법하게 설치되었던 것이라 하더라도 그 철거의무에는 영향이 없다.⁵⁰⁾

2. 補償

통행권자는 통행지소유자의 손해를 補償하여야 한다(同條 2항). 통행권자의 허락을 얻어 사실상 통행하고 있는 자는 보상의무자가 아니다.⁵¹⁾ 보상의무의 이행은 통행권의 성립요건은 아니다. 따라서 보상의무를 이행하지 아니하더라도, 채무불이행의 책임만 생길 뿐이며, 통행권 자체는 소멸하지 아니한다.

통행권자가 보상하여야 하는 액은, 통로를 개설함에 있어서, 예컨대 통행지에 있는 건물·나무를 제거하기 위해 생긴 손실과, 통행사용에 의하여 주위토지에 생긴 손실(통행지를 敷地 등으로 사용할 수 없는 것으로 인한 地價의 下落 등의 손실)이 있고, 前者는 一時金으로서 지불되지만, 後者는 이른바 통행료라고 불리워지는 것이고, 1년마다 정기로 지불하는 것도 가능하다(또 합의가 있다면 月마다 지불할 수도 있을 것이다). 민법이 예정하고 있는 보상금은 어디까지나 통행지에 생긴 손실이고, 통행이용자가 통행에 의해서 얻을 수 있는 이익이 기준이 되는 것은 아니므로, 통행료의 對價는 아니다. 그러나 신규통로의 개설·통로의 폭의 확장이 인정되는 경우에는, 오늘날과 같은 토지사정 아래에서는, 부담을 받는 주위토지의 과대한 손실, 거꾸로 통로가 개설됨으로 인하여 사용가치가 증대하는 피포위지의 이익을 고려한다면, 통행권개설의 對價라는 관점에서 보상을 산정평가하여야 할 것이다. 결국 일시금으로서 지급되는 때에는, 이른바 통행권을 買受하는 것이 되므로, 地役權을 設定함에 있어서 授受되는 금전이 일단은 기준이 되고, 적절히 減額될 것이다. 정기금으로 지급되는 때에는, 임대료액을 일단 기준으로 하여 일단 산정하게 될 것이다. 어느 경우에서도, 통행지의 소유자와 공동으로 이용하는 때에는, 상당한 감액이 필요하다. 또 보상금청구는 주위토지소유자가 反訴·別訴로 신청하고, 그 적정액을 주장·입증하여야 한다.⁵²⁾

判例는 통행권자가 피통행지 소유자에게 보상해야 할 數額을 정함에 있어서, 피통행지 소유자가 이미 이 사건 토지가 도로로 조성되어 있음을 알면서 시가보다 저렴한 가격으로 취득한 사실 및 私道로서의 이용상황을 함께 고려한 것은 정당하다고 한다.⁵³⁾ 또 원고가 토지를 매수할 때 이미 이 사건 통로 부분이 주위의 토지소유자들을 위해 無償으로 통행에 제공된 사실을 용인하고 그 상태에서 이를 매수하였다면, 원고는 단지 위 통로의 소유자라는 이

50) 大判 1990. 11. 13, 90다5238.

51) 大判 1991. 9. 10, 91다19623.

52) 日本 東京高判 1981. 8. 27, 高民集 34卷 3號 271面.

53) 大判 1991. 9. 10, 91다19623.

유만으로 통행료를 청구하는 것은 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다고 한다.⁵⁴⁾

이에 대하여, 종래부터 無償으로 통행이용하고 있지만, 그 후 민법상의 토지통행권이 和解 등의 合意 또는 裁判에 의하여 확인된 경우에는, 어려운 문제가 생기는 경우도 있다. 통행료의 지급시기는 언제인가라는 점에 대해서도, 통행권행사의 時로부터라고 하는 견해 외에, 통행료 및 通行忍容義務確定의 時부터라고 하는 설이 있다. 또한 종래는 無償이었던 것이, 이용방법이 전혀 변경되지 않았는데도 갑자기 有償으로 된다고 하는 것도, 저항이 있을 것이다. 예컨대 A B 2개의 團地의 중앙을 가로질러 가고 있는 私道에 대하여, B 團地의 住民이 종래부터 A 團地 내에 있는 私道を 생활도로로 無償通行하고 있었던 바, 私道共有者(A 團地 住民)가 법정통행권을 전제로 하여 통행료를 청구한 사안에서, 無償通行의 容認이 '慣行'으로 되어 있는 것을 이유로 통행료의 청구를 권리남용으로 판시한 예가 있다.⁵⁵⁾

3. 占有排除

통행권이 있다고 하여 통행지소유자의 점유를 배제할 권능까지 있는 것은 아니므로, 통행권자가 통행지를 통행함에 그치지 않고 이를 배타적으로 점유하고 있다면, 통행지소유자는 통행지를 전적으로 점유하고 있는 통행권자에 대하여 引渡를 청구할 수 있다.⁵⁶⁾

V. 주위토지통행권의 소멸

주위토지통행권은 법정의 요건을 충족한다면 당연히 성립하는 반면, 그 요건이 없어지게 되면 소멸한다. 따라서 피포위지에 새로이 公道가 접속한다면, 통행권은 소멸하며, 피포위지 소유자가 公路에 접속하는 주위지를 취득한다면 이 주위지를 거쳐 公路에 출입하는 것이 가능하게 되므로, 그 때에 법정통행권은 소멸한다. 또한 종래는 1.5미터폭의 법정통로가 있었으나, 피포위지의 소유자가 이 통로에 얹힌 토지(폭0.6미터)를 토지소유자의 好意로 통행하고 있다가 이 토지를 취득함으로써, 법정통로의 폭이 0.9미터로 감축된다(그 범위에서 통행권이 소멸한다)고 한 사례도 있다.⁵⁷⁾

그리고 피포위지에 신설의 公路가 접속하여도, 그 신통로가 피포위지의 용도에 적합한 것이 아닌 때에는, 기존통로의 주위토지통행권은 소멸하지 않는다. 예컨대 新道가 開渠의 하수도를 매립하여 축조되었는데, 폭은 1.1미터정도이기 때문에, 우산을 펼쳐들고서 걷는 것이

54) 大判 1992. 2. 11, 91다40399.

55) 日本 仙台高判 1986. 10. 29, 判時 1214號 75面.

56) 大判 1976. 5. 11, 75다1330 ; 同 1977. 4. 26, 76다2823 ; 同 1980.4.8, 79다1460 ; 同 1993. 8. 24, 93다25479.

57) 日本 東京地判 1973. 5. 14, 判時 721號 40面. 그 上告判決, 東京高判 1973. 10. 30, 東高民時報 24卷를 10號 187面.

곤란하고, 건축기준법의 도로에도 해당하지 않는 외에, 地下에는 큰 하수도가 있어서 가스관을 매립하는 것이 불가능하는 등의 사정으로부터, 주위지통행권은 소멸하지 않는다고 판시한 예⁵⁸⁾가 있다. 나아가, 피포위지가 借地이고, 借地人이 近隣의 거주자와 함께 종래부터 장기 간에 걸쳐서 이용하여 온 통로의 주위토지통행권은, 피포위지의 소유자(賃貸人)가 별도의 公路에 접속하는 주위토지를 취득하여도, 소멸하지 않는다고 판시한 것이 있다.⁵⁹⁾

VI. 인위적 피포위지에 대한 특례

1. 의의

본래는 포위되지 아니하였던 토지가 분할 또는 일부 양도로 인하여 公路에 통하지 않게 된 때에는, 다른 분할자 또는 양수인의 토지만을 통행할 수 있고, 제3자의 토지를 통행하지는 못한다. 그리고 이 경우에는 補償義務가 없다(제220조 1항 및 2항).

A地가 원래는 公路에 접하고 있었지만, A地의 소유자가 그 일부분을 분할 또는 매각함으로써 토지가 여러 사람에게 의해서 분할소유된 경우에, 가끔 公路에 접하지 않는 피포위지가 형성된다. 말할 것도 없이, 이와 같이 하여 분할된 때에는, 분할당사자는 피포위지가 생기는 것을 당연히 예기하였을 것이므로, 미리 통로를 확보하는 조치를 강구하였을 것이다. 它地이라면, 통로가 없다면 건물을 건축할 수 없을 것이므로, 매우 신중한 배려가 있었을 것이다. 예컨대 피포위지부분의 취득자가 다른 분할지(이하 잔여지라한다)에 통로를 개설하여 그 통로부지소유권도 취득하는 방법이나 통행지역권·임차권을 설정하는 방법 등이 생각된다.

그런데, 어떻게 되었든지, 이와 같은 조치가 행해지지 않는 경우도 적지 않다. 피포위지소유자가 당시 당해 토지의 이용계획을 가지지 않는 것과 같은 때에는, 통로에까지 관심이 미치지 않는 경우도 있을 수 있다. 그러나 이와 같은 경우에도(당사자 간에 특별한 약정이 없더라도), 민법은, 공유지분할 또는 토지의 일부양도에 의하여 피포위지가 형성된 때에는, 잔여지에 대하여서(만) 주위토지통행권을 취득할 수 있다고 규정하고 있다.

그 입법취지는 이러하다. 이러한 종류의 피포위지는 당사자의 過失·怠慢으로 형성된 것이므로, 그러한 피포위지를 만든 사람에게 책임을 돌려야 하고, 다른 제3자에게 책임을 돌릴 수는 없는 것이다. 따라서 통행의 문제는 이러한 피포위지를 만든 사람들의 토지 내부에서 처리하는 것이 타당하고, 피포위지 형성에 관여하지 않은 제3자의 토지에는 폐를 끼쳐서는 안된다. 만일 피포위지 소유자가 잔여지에서만 통행하는데에 혹 불편한 점이 있다고 하더라도 참지 않으면 안된다.

58) 日本 東京地判 1966. 5. 23, 判時 450號 30面.

59) 日本 名古屋地判 1981. 7. 10, 判時 1028號 88面.

나아가, 이러한 통행권은 無償이다. 분할 또는 매매의 당사자는 당연히 이러한 종류의 통행권의 부담을 예기할 것이므로, 이것을 미리 매매대금에 넣는 것이 가능하였을 것이라고 할 수 있다는 것이, 그 이유이다. 일종의 擬制이므로, 현실에서 代金이 감액되는 등의 조치가 있었는가 없었는가는 묻지 않는다.

2. 내용

(1) 토지의 '分割'·'一部讓渡'에 의해 피포위지로 되어야 한다.

본조의 '分割'은 공유지분할을 의미한다. 당사자 간의 協議에 의한 분할을 포함함은 의문의 여지가 없으나, 재판상 분할도 포함하는가에 관하여는 의문이 있을 수 있다. 본조는 당사자 간의 임의행위에 의해 생긴 피포위지에 관한 예외규정으로서 실질적 보상협약이 있었다는 것을 전제로 하고 있는 규정이라는 점을 고려해 볼 때, 재판상 분할은 제외된다고 생각된다.⁶⁰⁾ 그리고 분할이란 소유권의 변동을 가져오는 경우를 의미하고 그러하지 않고 단순히 분할에 그치는 것은 포함되지 아니한다.

본조에서 말하는 '讓渡'에는 국유지의 拂下⁶¹⁾나, 담보권의 실행으로서의 競賣도 포함된다.⁶²⁾ 강제경매, 국세징수법에 의한 公賣도 똑같이 생각하여도 좋을 것이다. 비록 경매의 경우는 당사자 간의 임의행위는 아니지만, 競落人이 경매가액을 정할 때 목적 토지에 통행권이 인정될 것을 고려하여 가액을 정할 것이므로, '양도'에 포함시켜도 무방하리라 생각된다.

또 판례는 본조에서 말하는 토지의 '일부 양도'라 함은 1필의 토지의 일부가 양도된 경우 뿐만 아니라 일단으로 되어 있던 동일인 소유의 수필지의 토지 중의 일부가 양도된 경우도 포함된다고 한다.⁶³⁾

(2) 다른 분할자 또는 양도 당사자의 토지만을 통행할 수 있다.

분할·양도에 의해서 피포지가 생긴 경우에 피포위지의 통행권은 분할·양도 당사자의 토지만을 통로로 인정할 수밖에 없고, 다른 제3자의 주위토지를 통로로 할 수 없다. 예컨대 A토지를 公路 쪽으로 평행하여 A1, B1으로 분할하여 분필등기를 한 결과 B1토지가 피포위지로 된 경우에, 公路에 출입하기 위한 B1地の 통로는 A1地만을 통행할 수 있다.

(3) 본조의 통행권은 無償이다.

60) 金基洙, 前掲論文, 227面.

61) 日本 東京高判 1978. 11. 29, 判タ 380號 88面.

62) 日本 最判 1993. 12. 17, 判時 1480號 69面.

63) 大判 1985. 2. 8, 84다카921·922 ; 同 1970. 5. 12, 70다337 ; 同 1993. 12. 14, 93다22906 ; 同 1995. 2. 10, 94다45869·94다45876.

토지의 분할 또는 일부양도 당시에 당사자 사이에는 실질적으로 피포위지의 주위토지통행권에 대한 통로의 확인, 손해의 보상문제 등을 미리 실제로 협의하는 것이 보통이다. 그러므로 보상문제는 이미 협의시에 일시불로 처리된 것으로 보고, 무상성을 규정한 것이다.

3. 전부 동시양도

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

긍정설에 의하면, 토지소유자가 한 필지를 여러 개로 분필하여 그 전부에 대하여 동시에 여러 명에게 양도하여 생긴 피포위지의 경우에도 본조의 취지에 비추어 피포위지의 취득자는 그 분필 전의 동일 토지인 다른 토지(각자의 讓受地)만을 무상으로 통행할 수 있다고 한다.⁶⁴⁾

이에 대하여 부정설은, 전부동시양도의 경우는, 일부양도의 경우와 달리, 통행지양수인은 피포위지의 존재를 조사하기 어렵고 또 피포위지양수인이 어떠한 방법으로 통행하는가도 분명하지 않으므로 보상금을 고려하여 가격을 결정하는 것을 그에게 요구하는 것은 가혹하며, 또한 이 문제를 내부만에서 처리하는 것이 불합리하다고 한다.⁶⁵⁾

분할지 내부에서 통행권 문제를 처리하여야 하지만, 여러 개의 분할지 가운데 어느 것이 통행지로 되는 것인가 바로 결정할 수 없는 경우도 있고, 그것이 결정되지 않는 限 분양지의 가격에 통행권의 부담을 고려하지 않기 때문에, 분할지 내부에서는 원칙으로 되돌아가 유상의 주위토지토지통행권의 원리에 의하여야 한다.

다만, 동시양도라 함은 동일한 日時에 양도되는 것을 필요로 하는 것은 아니고 동일한 기회에 행해지는 것이라면 좋다고 해석되고 있고, 기간의 間隙의 長短만으로는 판단하기 곤란한 경우도 있다. 특히 기존의 거주자(借地人·借家人)에게 토지를 분양하는 경우에는, 본조의 취지를 생각하여도, 그 間隙의 기간은 중요성을 지니는 것은 아닐 것이다.

4. 특별승계인

통행의 忍容義務를 부담하고 있는 토지를 상속으로 인하여 포괄승계한 자는 그 인용의무도 승계된다.⁶⁶⁾

그런데 특별승계의 경우에는 문제가 있다. 분할·일부양도에 의해서 무상통행권이 성립하고 있는 경우에, 분양피포위지 또는 잔여지가 매각 등 양도된 때, 포위된 토지의 양수인은

64) 金基洙, 前掲論文, 279面.

65) 川島武宜, 注釋民法 7卷(東京: 有斐閣, 1968, 245面<野村好弘 집필>.

66) 大判 1973. 8. 21, 73다401.

무상통행권을 취득하거나 또는 잔여지의 양수인은 그 부담을 승계하는지 문제가 된다.

(1) 학설

학설은 나누어져 있다. 즉 ① 이러한 無償通行權을 부담하는 토지가 특정승계인에게 양도 되면 무상통행권의 부담은 소멸하고 제219조의 일반원칙이 적용된다는 견해⁶⁷⁾와 ② 특정승계인이 무상통행권의 부담을 알고 당해 토지의 가격을 정하였을 경우에만 무상통행권의 부담을 승계한다는 견해⁶⁸⁾가 있다.

(2) 판례

判例는 일관되게, 분할 또는 토지의 일부 양도로 인하여 公路에 통하지 못하는 토지가 생긴 경우에 그 포위된 토지를 위한 통행권은 분할 또는 일부 양도 전의 종전 토지에만 있고, 그 경우 통행에 대한 보상의 의무가 없다고 하는 민법 제220조의 규정은 직접 분할자 또는 일부 양도의 당사자 사이에만 적용되고, 피포위지 또는 피통행지의 특정승계인에게에는 적용되지 않으며, 특정승계인의 경우에는 주위토지통행에 관한 민법 제219조의 일반원칙에 돌아가 통행권의 유무를 가려야 한다고 한다.⁶⁹⁾

다만, 종래의 민법 제220조를 적용하지 아니하는 입장을 취하여 온 결과 발생하는 불합리한 점(무상통행권이 유상통행권으로 바뀌는 점)을 신의칙에 의해 그 해결을 모색한 판례가 있다.⁷¹⁾

67) 李英俊, 物權法(서울: 博英社, 1996), 463면; 張庚鶴, 前掲書, 411면.

68) 金亨培, 物權法(서울: 新潮社, 1995), 319면.

69) 大判 1965. 12. 28, 65다950; 同 1971. 10. 19, 69다2277; 同 1985. 2. 8, 84다카921·922; 同 1990. 8. 28, 90다카10091·10107; 同 1991. 6. 11, 90다12007; 同 1991. 7. 23, 90다12670·12678; 同 1992. 4. 28, 91다37324; 同 1994. 12. 2, 93다45268; 同 1996. 11. 29, 96다33433·33440.

70) 그런데 토지의 원소유자가 토지를 분할·매각함에 있어서 토지의 일부를 분할된 다른 토지의 통행로로 제공하고 다른 분할토지소유자들이 무상통행하여 온 사안에서, 대법원은, "토지의 원소유자인 공유인이 토지를 분할·매각함에 있어서 토지의 일부인 이 사건 골목길을 분할된 다른 토지의 통행로로 제공하여 독점적·배타적인 사용수익권을 포기하고 그에 따라 다른 분할토지소유자들이 이 사건 골목길을 무상으로 통행하게 된 후에 그 통행로 부분에 그와 같은 사용수익의 제한이 있다는 사정을 알면서 그 토지의 소유권을 승계취득한 자는, 다른 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 그 토지에 대한 독점적·배타적 사용수익을 주장할 만한 정당한 이익을 갖지 않는다 할 것"이어서 원소유자와 마찬가지로 분할토지의 소유자들의 무상통행을 승인하여야 할 의무를 진다 할 것"이라고 하여, 무상통행로의 토지소유권을 취득한 특정승계인이 계속 무상통행의 부담을 질 것인가의 여부를 무상통행의 사정을 알았는가 몰랐는가에 따라 판단하고 있다(大判 1998. 3. 10, 97다47118).

71) 大判 1987. 10. 13, 86다카731. 원고 및 피고들은 원래의 토지소유자가 여러 필지로 분할한 토지를 전전양도 받은 자들로서, 원고는 피고들에 대하여 원고 소유의 이 사건 토지부분의 통행으로 인한 손실보상으로서 임료 상당의 지료를 청구한 사건에 관한 판결이다. 대법원은, 피고들이 그들 소유의 각 토지로부터 원고 소유의 토지부분을 지나서 공로로 통할 수 있는 도로를 확보하기 위하여, 원고 소유의 토지부분에 바로 인접한 토지를 매수하여 공로로 통하는 도로로 제공하였으며, 원고 자신도 이 땅을 지나지 않고서는 공로로 통할 수 없고 또 이 도로 토지부분 외에 공로로 출입할 수 있는 다른 도로를 개설할 수 없는 상황이라면, 원고가 비록 자기 소유의 토지부분에 대한 무상통행권을 피고들에게 용인하여 주기로 한 바가 없다 하여도, 당사자들이 공로에 이르기 위하여서는 원고 소유의 위 토지부분과 위 도로 토지부분을 지나가야만 하는 현재의 사정이 존속하는 한, 관련 토지의 권리자들은 지적에

(3) 검토

무상통행권이 당초의 분할·분양의 당사자 간에 있어서만 성립한다고 해석한다면(제220조不適用說), 피포위지의 소유자는 자기가 관여하지 않은 잔여지가 양도됨으로써 무상통행권을 잃게 된다. 뿐만 아니라, 원칙으로 되돌아가 새로이 有償의 주위토지통행권을 취득하게 된다면, 그 통행지는 이미 제3자의 토지로 되어 있는 경우도 있을 것이므로, 제3자에게 不測의 손해를 끼치는 경우도 있을지 모른다. 한편 포위된 토지가 양도된 경우에 그 특정승계인은 무상통행권을 승계하지 않으므로, 어쩔 수 없이 잔여지에 대하여 유상의 통행권을 취득하게 된다고 결론을 짓게 되고, 그렇다면 잔여지의 소유자는 의외로 이득을 얻게 되는 경우도 일어날 수 있다.

그러나 반대로 특정승계인에게 무상통행관계가 승계된다고 한다면(제220조適用說), 예컨대 잔여지에 대하여 종래부터 통행의 사실이 없었지만 갑자기 피포위지라는 이유로 잔여지에 대하여 본조의 무상통행권을 주장할 수 있게 되나, 그것은 통행권의(특히 무상의) 부담이 없다고 믿고서 잔여지를 매수한 자에게는 가혹한 결과가 되며, 이와 같은 過去の 사정이 언제까지나 다른 토지에 대하여 영향을 미치는 것이 되어 불합리할 뿐 아니라, 나아가서는 토지의 거래안전을 해치는 경우도 있다.

생각건대 승계를 인정하는 견해나 부인하는 견해나 모두 일장일단이 있다. 문제의 핵심은, 피포위지소유자가, 종래 잔여지에 통행권을 행사한 것이 없음에도 불구하고(혹은 통행권의 절충도 한 것이 없는 경우도 적지 않다), 無償의 통행권의 존재를 알지 못하고서 잔여지를 양수한 특정승계인에 대하여 갑자기 이러한 통행권을 주장하여온 경우, 兩者의 입장·이해를 어떻게 조정하는가에 있다고 할 수 있다. 이러한 경우, 권리남용이라고 하는 일반법리에 의해서 잔여지의 양수인을 구제하기 보다도, 구체적인 통행이론으로 해결한 쪽이 더 나은 것임은 말할 것까지도 없다.

그러므로 무상통행권이 현실로 행사되고 있거나 혹은 잔여지의 양수인이 주위토지통행권의 부담이 있는 것을 알고서 승계한 경우에는 민법 제220조를 적용하고, 그렇지 아니한 경우에는 민법 219조를 적용하는 것이 타당하다고 생각된다. 후자의 경우에는, 분양피포위지와 잔여지와의 이용의 조정이 구체화되어 있지 않았던 것이기 때문에, 잔여지에 대한 통행권의 受忍義務가 양수인에게 과하여지게 되면 이 때에 비로소 잔여지에 손해가 발생하는 것이 되므로, 이 경우에는 피포위지소유자는 보상금을 지급할 의무를 진다고 해석할 수 있을 것이다.

관계 없이 서로 대가적으로 위 각 토지를 무상통행하는 것이 적합하고, 따라서 서로가 지료를 청구하지 아니해야 할 신의칙상의 의무를 지고 있다고 판시하면서, 원고의 청구를 일부 인용한 원심판결을 파기 환송하였다.

VII. 결 론

이상에서 주위토지통행권의 의의, 요건, 효과, 소멸 및 인위적 포위지에 대한 특례에 관하여 현재의 학설·판례를 중심으로 하여 고찰하였다.

먼저 通路의 必要性 有無 및 範圍는 토지의 용도를 기준으로 하여 객관적으로 정한다. 즉 토지의 形狀·面積·位置·利用目的·利用方法 등을 종합 고려하여 합목적적으로 정한다.

통행권이 행사되는 장소와 방법은 통행권자를 위해 필요하고 또한 주위 토지에 손해가 가장 적은 것이지 않으면 안된다. 즉 피포위지의 소유자 등 이용자의 통행의 필요성(정도)과 주위토지 소유자의 피해성(정도)를 비교형량하여야 한다.

특히 통로의 폭을 얼마로 할 것인가에 관하여 곤란한 문제가 많고, 주위토지통행권이 어느 범위까지 미치는가는 획일적인 기준을 정하기는 매우 어렵다. 被包圍地와 주위토지의 용도·이용상황, 통행사용의 경위, 사회경제적 필요의 유무·정도, 당사자의 합의, 장소적 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

나아가 보행통행 이외에 최근 자동차의 증가로 인하여 특히 자동차에 의한 통행이 주위토지통행권에 기하여 주장될 수 있는가가 문제된다. 차량의 통행은 보행과는 비교가 안될 정도로 부담을 주위토지에게 주는 것이므로, 피포위지의 용도·부근의 지리적 상황·종래의 이용상황·차량통행의 필요성과 중요성·당사자의 이해득실·교통상의 위험·환경피해 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단한다.

그리고 주위토지통행권과 건축관련법과의 관계도 문제되고 있다. 이러한 주위토지통행권이 相隣權의 일종이라는 점을 전제로 하여 생각하는 한, 피포위지가 空地인가 아닌가에 관계 없이, 또한 주위지에 空地 部分이 있다고 하여도, 건축기준법규 소정의 통로를 인정하는 것은, 주위지에 일방적인 過度한 부담을 강요하는 결과가 될 것이다. 그 때문에, 신규통로의 개설·기존통로의 폭확대는 원칙적으로 인정할 수는 없다. 원래 피포위지가 형성되는 것은 주로 분양·분할 등의 임의행위에 의한 것이므로, 이와 같은 경우에는 원래의 동일한 토지 중에서 통행문제가 처리되게 된다. 따라서 분양행위의 취지로부터, 가능한 限, 잔여지에 필요한 통로가 확보되어야 할 것이다. 잔여지에 이미 건물이 건축되어 있어도, 피포위지와 잔여지와 의 이용의 조정이 아직 실현되고 있지 않는 한에서는, 피포위지이용의 필요가 원칙적으로 우선한다.

그런데 재건축·증축하기 위해 주위토지통행권을 주장하는 경우는 특히 문제가 된다. 재건축·증축에 객관적인 상당성이 필요하게 되는 것이 전제로 되지만, 그와 같은 경우에서도 隣地의 既存의 利用秩序·상래의 이용계획이 원칙적으로 존중되어야 할 것이다.

어쨌든, 통로폭의 결정(종합판단)에 있어서, 일반론으로서는 건축법규를 하나의 사정으로 고려하여야 하는 것은 부정할 수 없고, 그 위에서 구체적인 결론(法定의 폭을 인정하는 것의 當否)을 도출하여야 할 것이다.

《參考文獻》

郭潤直, 物權法(新訂版), 博英社, 1992.

金相容, 物權法, 法文社, 1993.

金曾漢 · 金學東, 物權法(第9版), 博英社, 1997.

金亨培, 物權法, 新潮社, 1995.

李英俊, 物權法, 博英社, 1990.

李相泰, 要解 物權法, 法元社, 1997.

張庚鶴, 物權法, 法文社, 1990.

郭潤直編輯代表, 民法注解 V, 博英社, 1992.

川島武宜, 注釋民法 7卷, 有斐閣, 1968.

岡本詔治, 隣地通行權の理論と裁判, 信山社, 1992.

岡本詔治, 私道通行權入門, 信山社, 1995.

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 停年紀念論文集), 언약, 1997.

金基洙, “주위토지통행권의 범위(차량통로폭)”, 法律新聞 1995. 7. 24자, 14면.

Münchener Kommentar zum BGB Bd.6, C.H.Beck, 1997.

Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrecht, C.H.Beck, 1992.

Soergel Kommentar zum BGB Bd.6a, Kohlhammer, 1990.

Wieling, Sachenrecht, Springer, 1997.

SUMMARY

A Study on the Right of passing over Surrounding Land

Lee, Sang-Tae

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

In this thesis the meaning, requisite, effectiveness of the right of passing over surrounding land and a special rule on that right are examined from the current standpoint of the academic theory and the judicial precedent.

Whether it is needed to pass over surrounding land and what scope can be passed over are objectively determined according to the usage of the land which has no access to a public road ; the shape, size, location, purpose for use, method of use, etc. of land are comprehensively and purposively considered.

But the method of passing and place to be passed must be so chosen as to cause minimal damage to the neighbor's land. It means that careful comparison between the necessity for passing over surrounding land on the side of the owner of the land which has no access to a public road and the damages which accrue on the side of the owner of the surrounding land has to be made.

In connection with the above right, the most largest matter is the width of the pathway. It is very difficult to determine the width by one unified standard. The width has to be determined after comprehensive consideration for the usage and using state of two lands, circumstances that lead to passing over the land, social and economic reason on necessity for passing, degree of necessity for passing, mutual agreement between two landowners, regional practices and all other circumstances.

And it is an important issue whether passing of cars, besides walking of passengers, could be taken into consideration when the width of the pathway is determined. Passing of cars gives much larger burden to the surrounding land beyond comparison with walking of passengers. So this issue has to be determined on the careful consideration for the usage of the land which has no access to a public road, geographical surrounding circumstances, using state by this time, necessity for passing of cars, advantages and disadvantages of two landowners, degree of danger occurred from passing of cars, influence of environment, etc..

Moreover it also becomes a large problem whether construction regulations could be considered when the width of the pathway is determined. Korean judicial precedent does not deny that construction regulations can be taken into consideration when the width of the pathway is determined, based on the right of passing over surrounding land.