

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2022다211102 주위토지통행권확인 등
원고, 피상고인 겸 상고인

채단법인 세보공원묘원

소송대리인 변호사 이재홍 외 5인

피고, 상고인 겸 피상고인

대한민국

원 심 판 결 의정부지방법원 2022. 1. 13. 선고 2021나207749 판결

판 결 선 고 2022. 7. 28.

주 문

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 의정부지방법원에 환송한다.
원고의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고의 상고이유에 관한 판단

가. 어느 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지 소유자는 주위의 토지를 통행 또는 도로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과도한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다(민법 제219조 제1항). 이러한 주위토지통행권은 공로와의 사이에 그 용도에 필요한 통로가 없는 토지의 이용이라는 공익목적에 위하여 피통행지 소유자의 손해를 무릅쓰고 특별히 인정되는 것이므로, 그 통행로의 폭이나 위치 등을 정함에 있어서는 피통행지의 소유자에게 가장 손해가 적게 되는 방법이 고려되어야 하고, 어느 정도를 필요한 범위로 볼 것인가는 구체적인 사안에서 사회통념에 따라 쌍방 토지의 지형적·위치적 형상 및 이용관계, 부근의 지리상황, 상린지 이용자의 이해득실 기타 제반 사정을 기초로 판단하여야 한다[대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75300, 75317(병합), 75324(병합) 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다88990 판결 등 참조].

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실 또는 사정을 알 수 있다.

1) 원고는 1973. 2. 6. '공원묘지 조성 및 유지관리사업'을 주된 사업목적으로 하여 설립된 재단법인으로 1979. 2. 1. 양주시장(당시 양주군수)으로부터 원고 소유의 양주시 (주소 1 생략) 임야 365,157㎡ 중 77,685평[전체 토지에서 (주소 2 생략) 임야 108,345㎡가 분할되어 현재 이 부분은 양주시 (주소 1 생략) 임야 256,812㎡가 되었다. 이하 '이 사건 사업부지'라 한다]에 관하여 사설(공원)묘지설치허가를 받았다.

2) 피고는 원심판결 판시 별지1 부동산 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라 한다)의 소유자이다.

3) 이 사건 사업부지는 공로로 나아가는 통로가 없어서, 이 사건 각 토지 또는 청주

한씨대사헌종중 소유의 양주시 (주소 3 생략) 임야 128,271m²(이하 '소외 종중 소유 임야'라 한다)를 통행하지 않고서는 인근 공로인 360번 지방도에 출입할 수 없다.

4) 이 사건 각 토지 및 사업부지는 2007. 10. 4. 국방부고시 제(번호 생략)호로 「군사기지 및 군사시설 보호법」(이하 '군사기지법'이라 한다)상 '제한보호구역'으로 지정·고시되었다.

5) 이 사건 각 토지 중 원심판결 판시 별지2 도면 표시 1 내지 57, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 (ㄱ), (ㄴ) 부분 1,153m²(이하 '이 사건 통행로'라 한다)는 현재 비포장상태인데, 육군 제○○기계화보병사단이 이 사건 통행로를 군용차량 등의 통행로로 사용하면서 그 오른쪽에 설치된 '△△△ 박격포 사격장'(이하 '이 사건 사격장'이라 한다)을 사용·관리하고 있다.

6) 피고는 이 사건 통행로 입구 쪽에 이 사건 철문을 설치하여 평소에는 이 사건 철문을 닫아 일반인의 출입을 통제하고 있고, 이 사건 철문에서 이 사건 사격장으로 가는 쪽에는 '군 사격장으로서 사고발생가능 위험지역으로서 출입을 금지한다'는 내용의 경고판이 설치되어 있다.

다. 원심은 다음과 같은 이유로, 이 사건 통행로가 이 사건 사업부지에서 공로에 이르는 유일한 통로라고 보기는 어렵지만, 다른 경로를 이용하는 경우보다 원고와 인근 토지 소유자들의 손해가 현저히 적어 과도한 비용을 피할 수 있는 통로라고 인정하여, 원고에게 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권이 인정된다고 판단하였다.

1) 이 사건 사업부지는 사설묘지 조성사업 부지로서 관계 법령에 따라 충분한 진출입로와 주차장을 갖추어야 한다.

2) 이 사건 통행로는 평지 또는 매우 완만한 경사지로 오래전부터 비포장도로가 존

재하였고, 현재 육군 제○○기계화보병사단이 이 사건 통행로를 군용차량 등의 통행로로 사용하고 있다.

3) 원고가 소외 종종 소유 임야를 통하여 이 사건 사업부지를 드나들려면 통행로가 조성되지 않은 숲을 가로질러야 하고, 그 경사가 최대 33.16%에 달한다.

라. 그러나 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

1) 군사기지법은 '제한보호구역'을 보호구역 중 군사작전의 원활한 수행을 위하여 필요한 지역과 군사기지 및 군사시설의 보호 또는 지역주민의 안전이 요구되는 구역으로 정의하면서(제2조 제6호 나목), 사격장의 최외곽경계선으로부터 1km 범위 이내의 지역을 제한보호구역으로 지정할 수 있고(제5조 제1항 제2호 다목), 보호구역 안에서 울타리 또는 출입통제표찰이 설치된 군사기지 및 군사시설에는 원칙적으로 관할부대장등의 허가를 받아 출입할 수 있다고 규정하고 있다(제9조 제1항 제1호 나목). 그런데 이 사건 통행로는 이 사건 사격장에 인접한 통행로로 제한보호구역 내에 위치하고 있으므로, 일반인의 출입이 제한되는 곳이라고 보아야 한다. 이 사건 사격장에서 매일 훈련이 실시되지는 않는다고 하더라도 빈번하게 훈련이 실시되고 있으므로, 이 사건 통행로에 대하여 원고의 주위토지통행권을 인정하게 된다면 이 사건 통행로를 제한보호구역으로 지정하여 관할부대장등의 허가를 받아 출입할 수 있도록 정한 취지가 무색하게 된다.

2) 「장사 등에 관한 법률 시행령」 제15조 [별표 2]에서는 법인묘지에는 폭 5m 이상의 도로와 그 도로로부터 각 분묘로 통하는 충분한 진출입로를 설치하고, 주차장을 마련하여야 한다고 규정하고 있는데, 이 사건 사업부지에 관한 사설묘지설치허가를 받아 사설묘지 조성사업을 영위하려고 하는 원고는 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권

을 인정받는 방법으로 관계 법령에서 요구하는 진출입로를 확보하려고 하고 있다. 한편 원고가 제한보호구역 내인 이 사건 사업부지에 사설묘지를 설치하기 위해서는 조림 또는 입목의 벌채가 필요하고, 그 과정에서 군사기지법 제13조 제1항에서 정한 바와 같이 국방부장관 또는 관할부대장등과 협의절차를 거쳐야 하고 관계 법령에서 요구하는 개발행위허가를 별도로 받아야 하는데, 현재 관할부대장등과의 협의를 이루어지고 있는 것으로 보이지 않는다. 이러한 점을 고려하여 볼 때 원고가 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권을 인정받음으로써 사설묘지 조성사업의 목적을 달성할 수 있을지도 의문이다.

3) 주위토지통행권이 인정된다고 하더라도 통로를 상시 개방하여 제한 없이 이용할 수 있도록 하거나 피통행지 소유자의 관리권이 배제되어야만 하는 것은 아니므로, 쌍방 토지의 용도 및 이용 상황, 통행로 이용 목적 등에 비추어 토지의 용도에 적합한 범위에서 통행 시기나 횡수, 통행방법 등을 제한하여 인정할 수도 있다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다39422 판결 참조). 그러나 이 사건 각 토지의 위치, 현황 및 이 사건 사격장의 훈련빈도 등에 비추어 보면, 이 사건에서 통행 시기나 횡수, 통행방법 등을 제한하는 방법으로 주위토지통행권을 인정할 수 있다고 보기는 어렵고, 원고도 이 사건 철문의 제거를 청구하고 있는 점에 비추어 볼 때 통행 시기나 횡수, 통행방법 등을 제한하는 방법으로 주위토지통행권을 인정받으려는 의사를 갖고 있지 않다.

4) 이 사건 사업부지는 이 사건 통행로를 통하지 않고서도 소외 종종 소유 임야를 통하여 공로로 나아갈 수 있다. 이 사건 사업부지에서 공로로 나아가는 경로에 위치한 소외 종종 소유 임야에 경사면이 존재하기는 하나, 그 경사면을 피하여 공로로 나아갈 수는 없는지, 원고가 소외 종종 소유 임야를 통하여 공로로 나아갈 경우 사업목적과

규모 및 이익 등에 비추어 과도한 비용이 드는지를 객관적 자료를 통하여 심리할 필요가 있다.

5) 이 사건에서 주위토지통행권의 인정 여부를 판단하기 위해서는 원고의 통행 필요성의 정도와 그로 인한 피고의 피해 정도를 비교 형량하여야 한다. 그런데 군사기지법상 제한보호구역 내에 있는 이 사건 통행로에 대하여 원고의 주위토지통행권이 인정된다면 피고의 통제 없이 원고를 포함한 일반인의 출입이 허용될 가능성이 있으므로, 이 사건 사격장을 사용·관리하기 위하여 이 사건 각 토지를 소유하고 있는 피고에게 안전사고 발생의 위험, 훈련일정의 차질을 가져오고, 장애 부득이 할 경우에는 사격장의 폐쇄 내지 이전이 필요할 수도 있는 등 예상하지 못한 손해를 강요하는 결과를 초래할 여지가 있다.

마. 그런데도 원심은 원고가 이 사건 통행로를 이용하여 공로로 나아가는 것이 원고와 피고 등 인근 토지 소유자들의 손해를 최소화할 수 있다고 판단하여 이 사건 통행로에 대한 주위토지통행권의 확인을 구하는 원고의 주위적 청구를 받아들였다. 이러한 원심판결에는 주위토지통행권에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 원고의 상고이유에 관한 판단

원심은 판시와 같은 이유로 피고가 원고에게 이 사건 철문을 철거하거나 이 사건 통행로 지상에 철문을 설치하지 않을 의무를 부담하지 않는다고 판단하였다. 원심의 이유설시에 다소 부적절한 부분이 있기는 하나, 원심의 이 부분 판단은 결론적으로 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 주위

토지통행권의 방해배제청구 및 군사기지법상 제한보호구역에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단 하도록 원심법원에 환송하며, 원고의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노태악

주 심 대법관 박정화

 대법관 오경미