

# 경계복원측량에 관한 법적 고찰

## A Legal Study on Boundary Relocation Surveying

신국미\*  
Shin, Gook Mi

### Abstract

When a boundary dispute occurs between landowners of adjoining lands, a court deals with a boundary violation on the basis of cadastral register. Boundary relocation surveying is one which reconstructs a boundary in cadastral register on actual land. Boundary relocation surveying includes most of surveyings related with the civil case such as restoration of land and demolition of building and a surveying result affects a ruling critically. However, boundary relocation surveying depends on surveying technician's knowledge and experiences and can lead to different surveying results.

This study reviews legal principles of boundary relocation surveying by analyzing law practice of boundary relocation surveying which is used for solving a boundary dispute between landowners of adjoining lands and by examining related laws and Supreme Court precedents. The study seeks to contribute to consistent and reliable results of surveying by leading surveying technician to carry out a boundary relocation surveying on the basis of judicial doctrines.

Keywords: Boundary relocation surveying, Cadastral register, Surveying technician, Supreme Court precedents, Boundary dispute

### 1. 문제제기

인접토지 소유자들간에 경계침범을 이유로 건물철거청구 내지 토지반환청구 등의 소송이 제기될 경우에 법원은 어떠한 경계가 진실된 경계인지, 그 시시비비를 가려주어야 하는데, 이 경우에 지적공부를 근거로 지적측량을 함으로써 진실된 경계를 밝히는 것이 원칙이다. 이와 같은 경우에 지적도나 입야도상의 경

계를 현실의 지표상에 복원하여야 하는데 이 때 실시하는 지적측량이 바로 경계복원측량이다(유승정 1997).

경계복원측량은 1975년 12월 31일 구 지적법이 개정되면서 처음으로 구 지적법에 규정되어 지적측량의 하나로 취급되었으며, 개정 이전에는 경계감정측량이라는 용어로 대한지적협회가 측량을 실시하였다(이범관·이수창 2000). 구지적법 시행령 제45조에 따르면

\* 청주대학교 지적학과 부교수, Department of Land Management, Cheongju University(gookmee@cju.ac.kr)

경계복원측량은 등록할 당시의 측량방법과 동일한 방법으로 시행하여야 한다고 규정하였고, 판례도 이에 따라 경계복원측량은 등록할 당시의 측량방법과 동일한 방법으로 시행하여야 하며, 보다 정밀한 측량방법이 있다고 하여 그 방법대로 측량할 수는 없다고 판시하고 있다.

그러나 현행 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에서는 경계복원측량방법에 관한 동 규정을 삭제하고, 다만 동 법률 지적측량 시행규칙 제24조에서 경계복원측량시에는 지적공부에 등록된 경계가 등록당시 측량성과의 착오 또는 경계오인 등의 사유로 잘못 등록된 경우에는 등록사항을 정정한 후에 측량하여야 한다고 함으로써 경계복원측량의 기준이 되는 경계는 진실한 경계임을 규정하고 있다.

이 글은 경계복원측량에 관하여 법적인 관점에서 고찰하고자 한다. 민사소송에서 경계복원측량이 다루어지는 경우는 주로 경계분쟁사안에서 경계침범 여부를 가리기 위해서이다. 경계침범 여부가 문제되는 경우에는 원칙적으로 지적도를 기준으로 그 침범여부를 가려야 하는데 이 때 지적도상의 경계를 실지에 복원하기 위하여 행하는 측량이 경계복원측량이며, 건물철거 등의 사건에서 실무상 접하는 거의 모든 측량이 바로 여기에 해당하는 경계복원측량이다. 그럼에도 불구하고 이에 관한 선행연구는 거의 없는 실정이다. 다만 현재까지 이루어진 경계복원측량에 관한 선행연구는 두 가지 측면에서 주로 행해져왔는데 지적학계에서 경계복원측량 성과의 정확도와 관련된 기술적인 측면에서의 연구(장길현 외 2007; 서철수 외 2006; 광인선 고준환 2009; 김육남·박희주 1998 등)와 다른 한편으로 법학분야에서 경계분쟁사건을 실제 재판하는 법관에 의한 연구이다(이학수 1995; 유승정 1997 등). 후자의 연구는 지적학에 생소한 법관들이 실제 재판을 수행하면서 판결의 결과에 결정적인 영향을 미치는 경계복원측량의 법·기술적인 측면을 이해하기 위해 이루어진 연구들이다.

본 연구는 인접하는 토지소유자간의 경계분쟁이 있는 경우에 경계확정을 위한 수단으로 행해지는 경계복원측량이 소송실무에서 어떻게 작용하는가. 이를 위해 먼저 경계분쟁 및 그 발생 원인에 관하여 살펴보고 경계분쟁을 해결하기 위해 경계가 불분명한 경우의 경계확정기준은 어떻게 되는가. 끝으로 경계복원측량에 관한 법 규정과 판례를 검토함으로써 그 법적 의미를 고찰하였다. 이와 같이 경계복원측량의 법적 의미를 고찰함으로써 지적재조사에 관한 특별법 제14조 제2호의 ‘등록당시의 측량기록을 조사한 경계’의 법적 의미를 명확히 하고자 하였다.

## 2. 경계분쟁과 그 해결모습

### 2.1. 경계분쟁사례

인접하는 토지소유자간에 경계분쟁이 발생한 경우 토지소유자는 법원에 경계확정소송 또는 소유권확인소송을 제기함으로써 상대방 소유건물의 침범에 대하여 그 침범부분의 건물철거 및 토지의 인도를 구하게 되는데 이 경우에 법원이 경계침범 여부를 밝히기 위한 방법으로 행해지는 지적측량이 바로 경계복원측량이다. 따라서 경계복원측량에 대한 이해를 돕기 위해서 먼저 소송실무에서의 경계분쟁사례를 들어 그 법적 쟁점과 분쟁 해결 형태 등을 설명하기로 한다.

#### [사례]<sup>2)</sup>

등기부상 X토지와 Y토지는 서로 인접한 토지로서 같은 지번에서 분필된 토지이며, 분필 전에 소유자 甲이 Y토지상에 건물을 신축하였다. X토지는 甲이 소유하고 있다가 1989년경 甲으로부터 乙에게 양도되었고 2000년 6월경 乙은 사망하고 乙의 처 丙이 X토지를 상속하였고 등기도 그대로 이전되었다.

Y토지와 건물은 1975.7. 甲으로부터 丁이 매수하여 소유하여 왔고 丁은 자신의 건물 담이 정당한 경계선

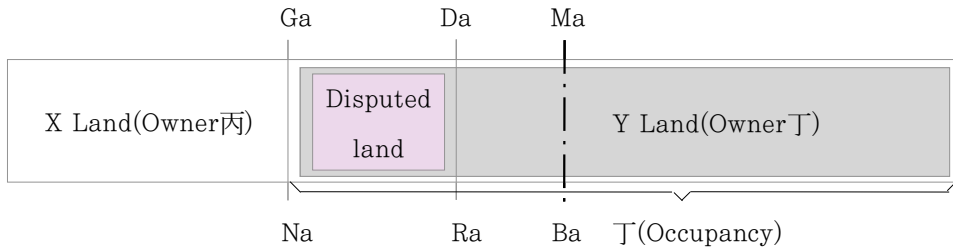


Figure 1. Land Boundary Dispute Case

인 것으로 알고 지내 오다가, 2000년 12월 경에 위 건물은 丙의 토지를 침범하여 건축되었는지 여부에 관해 다툼이 발생하였다. 위 토지 일대는 지적도상의 경계와 현실의 경계가 일치하지 않는 지적불부합지<sup>3)</sup>이며, 지적도상의 경계에 따르면 X토지와 Y토지의 경계선은 다·라 선으로서 Y토지는 丙소유의 X토지를 50 m<sup>2</sup>가량 침범한 상태이다. 현실의 경계선은 가·나선이며, 1975년경부터 현재까지 丁은 가·나의 경계까지를 자신의 토지로 믿고 점유를 계속하여 왔다.

여기에서 丙과 丁사이에서 X토지와 Y토지의 경계가 가·나의 선인가, 그렇지 않으면 다·라의 선인가에 관해 다툼이 발생하였다.

(가·나·라·다·가의 토지를 본건계쟁지라고 한다)

[설문]

1. 丙이 丁을 피고로 하여 i) X, Y토지의 경계가 다·라의 선이라는 것을 확정하여 줄 것을 소제기 하였고 ii) 본건계쟁토지의 소유권확인을 구하는 소송을 제기하였다.
2. 그것에 대하여 丁은 경계는 가·나의 선이라고 다투는 한편, 경계가 다·라의 선이라고 하더라도 가·나선까지 토지를 시효취득하였다고 주장하였다.
3. 법원이 X, Y간의 경계는 불분명하고 제반사정으로부터 마·바의 선이라고 판단한 경우, 법원은 i) ii)의 소송에 대해서 어떠한 판결을 하여야 할 것인가.

2.2. 경계분쟁의 발생원인

국가는 모든 토지를 구획하여 개별화된 토지를 법률이 정하는 바에 따라 필지마다 지번·지목·경계 또는 좌표와 면적을 정하여 지적공부에 등록하여야 하는데 그 지적공부가 토지상의 경계를 명확하게 할 수 있을 정도로 정밀하고 확실하게 작성되어 그 경계를 복원할 수 있는 능력(현지복원능력)을 가진다면 지적공부에 의하여 경계가 명확하여지기 때문에 실령 지적공부상의 경계가 토지위에 존재하는 현실의 경계와 다르다 하더라도 진실한 경계는 지적공부에 의하여 확정된다고 할 것이다(유승정 1997).

그러나 지적공부의 작성이 측량기술상의 착오나 사무착오에 의하여 작성되거나 또는 세부적이고 정확한 측량에 의하지 않고 개략적인 측량에 의하여 작성되는 등의 사유로 인하여 지적공부의 현지복원능력이 없는 경우가 있을 수 있고 특히 우리나라는 6.25를 거치면서 지적공부가 멸실되어 이를 새로이 만드는 과정에서 종전의 지적공부와 불일치하게 작성되었거나, 지가가 높지 않았던 과거에 현실상의 경계를 기준으로 개략적인 측량에 의하여 지적공부가 작성된 것과 같이 지적공부상의 경계를 진실한 경계라고 보기 어려운 사례가 많고 그러한 사례의 경우에는 지적도상 경계의 현지복원능력이 없으므로 경계를 둘러싼 법적 분쟁이 빈번하게 발생하고 있는 것이 현실이다. 이와 같이 경계를 둘러싼 법적 분쟁이 발생하는 경우에 과

연 어떠한 경계를 진실한 경계로 볼 것인가가 문제되고 있으며 이에 관한 상당수의 판례가 집적되어 있다.

판례에서의 경계분쟁사건은 대부분 지적도상의 경계와 현실경계가 일치하지 않는 지적불부합지에서 발생한다. 지적불부합지의 발생원인은 여러 가지가 있을 수 있겠으나 주된 원인은 다음과 같다. ① 토지·임야조사 당시부터 지적도·임야도가 현실의 점유 또는 소유권의 경계와 다르게 작성된 경우(대법원 1988.4.27 선고 86다카2924 판결) ② 지적도를 처음 작성할 당시는 현실경계와 일치하였으나 그 후의 사정 예를 들어 토지의 분할매각, 토지구획정리, 토지수용, 공유물분할판결 등 법률규정에 의한 소유권변동이 생기는 경우처럼 토지이동에 의해 새로이 지적도를 작성하는 과정에서 토지소유자 등이 토지이동에 관한 신고·신청을 잘못하는 바람에 본래 구획하고자 하는 토지상의 현실경계와 다르게 지적도가 작성되었거나(대법원 1996.7.30 선고 94다30324 판결), 신고·신청은 바르게 하였으나 지적소관청이 분할측량의 기지점을 잘못 잡거나 거리측정을 잘못하는 등의 기술적인 착오로 측량, 도면작성을 잘못하여 지적도가 본래의 토지상의 경계와 다르게 작성된 경우(대법원 1995.4.14. 선고, 94다57879 판결; 대법원 1993.10.8. 선고, 92다44503 판결; 대법원 1993.4.13. 선고, 92다52887 판결 등) ③ 지적공부가 멸실되어 이를 복구하는 과정에서 새 지적공부상의 경계가 최초의 올바른 지상경계(현실경계)와 다르게 작성된 경우(대법원 1982.6.8. 선고 81다611 판결) ④ 경계가 불명하여 지적도상의 경계를 지표상에 복원하는 과정에서 측량의 잘못 등 기술적 착오로 지표상에 경계를 잘못 복원한 경우 ⑤ 지적도상 제대로 완전하게 분할(분필)하였으나 이에 따라 현실경계를 정하는 과정에서 지표상에 어림잡아 경계를 정하거나 또는 측량을 잘못하여 지표상의 현실경계가 잘못된 경우(대법원 1975.11.11. 선고 75다1080·1081 판결; 대법원 1986.10.14. 선고 84다카490 판결 등) ⑥ 지적공부는 정확히 작성되었으나 지

적도상의 경계와 일치하던 현실경계의 변동이 생기는 경우, 가령 도시지역에서 무계획·자연발생적으로 이루어진 택지 등이 건물신축에 불편하다는 이유로 인접토지소유자간에 토지를 적당히 교환·구획하여 담을 쌓음으로써 현실경계와 지적도상의 경계가 불일치하게 되거나, 토지소유자가 인접한 타인이 토지를 침범하여 점유함으로써 현실경계와 지적도상의 경계가 달라진 경우 등이다.

열거한 6가지의 경우 중에서 ④~⑥의 경우에는 지적공부가 정확하게 작성되었으므로 경계복원능력이 있다. 따라서 지적도상의 경계에 의하여 토지상의 경계를 확정하면 되므로 문제가 없다. 그러나 ①~③의 경우에는 지적도의 경계복원능력이 없으므로 이러한 경우에 어떠한 기준에 의하여 지상경계를 결정할 것인지가 문제된다. ① ② ③의 경우에는 지적도에 등록된 경계 자체에 오류가 있으므로 진실한 경계가 무엇인지 확정하여야 할 것이고, 판례에 따르면 이 경우에 현실경계에 따라 경계를 확정한다.

### 2.3. 경계분쟁의 해결형태

경계분쟁시, 우선 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에 따른 등록사항정정(경계정정), 즉 지적법상의 제도에 의한 해결을 시도할 수 있으며, 이에 따른 경계정정이 이루어지지 않은 경우 사법적인 해결방법(민사소송에 의한 해결)으로서 소유권확인소송과 경계확정소송을 제기할 수 있다. 소송에 의한 해결방법은 시간과 비용이 많이 소모된다는 점에서 사회·경제적 비용의 손실이라는 지탄을 받아 왔고 이에 따라 전국에 산재해 있는 지적불부합지의 일괄정리를 위해 지적재조사에 관한 특별법이 제정되어 2012년부터 지적재조사사업이 시행되고 있다.

#### 2.3.1. 지적법상의 제도: 등록사항의 정정 위 2.2의 ① ② ③의 경우처럼 지적도에 등록할 당시

부터 경계를 잘못 등록하였다면 우선 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에 따라 경계정정을 할 수 있다. 동 법률에 따르면 경계표시에 대한 오류가 있음을 발견한 경우에는 지적소관청의 직권으로 또는 토지소유자의 신청에 의해 경계정정이 가능하다(동법 제84조 제1항, 제2항). 다만 토지소유자가 경계정정을 신청하는 경우에는 인접토지소유자의 승낙서 또는 인접토지소유자에게 대항할 수 있는 확정판결서정본을 지적소관청에 제출하여야 경계정정이 가능하다(동법 제84조 제3항). 여기에서 '토지소유자에게 대항할 수 있는 확정판결서정본'이란 현실경계에 의한 토지소유권확인판결, 토지경계확인소송의 판결 등 민사판결의 정본을 말한다. 판례도 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제84조 제3항의 '이해관계인에게 대항할 수 있는 판결'에는 지적공부를 기준으로 하여 그 지번에 해당하는 토지를 특정하고 그 면적과 경계를 확정하는 내용이라면 경계확정의 판결, 공유물분할의 판결, 지상물 철거 및 토지인도의 판결 이외에 소유권확인판결도 포함된다고 한다(대법원 1991.10.11. 선고, 91다1264 판결). 이와 같이 경계오류정정의 경우에 법률이 인접 토지소유자의 승낙서 또는 인접토지소유자에게 대항할 수 있는 확정판결서 정본을 제출하도록 한 것은 경계정정으로 인해 토지 소유권의 범위가 달라질 수 있으므로 이해관계의 충돌이 예상되기 때문이다.

요컨대 지적불부합(경계불부합)인 경우 원칙적으로 인근토지소유자간의 협의가 이루어지지 않는 한 그 처리는 용이하지 못하다. 더욱이 인접토지 소유자들간의 협의가 이루어지지 않는 경우, 경계정정을 위해서는 인접토지소유자의 승낙서에 갈음하여 '인접토지소유자에게 대항할 수 있는 확정판결서 정본'을 제출하여야 하는데 이는 결국 경계확정의 판결, 소유권확인 판결 등이라는 점에서, 최종적으로 법원에 소송을 제기함으로써 그 분쟁 해결을 도모할 수밖에 없을 것이다.

### 2.3.2. 소유권확인소송

토지 소유자들간의 협의에 의하여 경계정정이 이루어지지 않은 경우, 분쟁당사자들은 법원에 자신이 점유하는 토지의 경계선이 진실한 경계임을 주장하거나, 지적공부상의 경계가 진실한 경계임을 주장하는 등 토지소유권의 범위에 관하여 소유권확인소송을 제기할 것이다. 일반적으로 소유권확인소송은 특정 토지가 원고의 소유에 속한다는 취지의 확인을 구하는 소송이므로 반드시 소유권의 대상이 되는 토지소유권의 범위 즉, 토지의 경계를 명확히 하는 것은 아니다. 그러나 소송의 상대방이 인접지의 토지소유자이며 서로 인접한 토지소유자들간에 토지소유권이 미치는 범위를 둘러싸고 분쟁이 발생할 때에는 그 범위를 정하여 확인을 구함으로써 토지의 경계를 명확히 하는 기능을 한다. 이와 같이 소유권확인소송에 있어서의 경계확정기능은 인접한 토지소유자들간에 경계분쟁이 발생한 경우에 일차적으로 소유권확인소송을 제기함으로써 경계분쟁을 해결하도록 한다.

위 2.1의 사례에서 丙은 지적도상의 경계가 진실한 경계임을 주장하면서 지적도상의 경계를 침범하여 점유하고 있는 인접토지(Y토지) 소유자인 丁에 대하여 소유권확인 또는 소유권에 기한 건물철거청구, 토지인도 및 점유사용으로 인한 부당이득의 반환을 청구할 수 있다. 한편 丁의 입장에서 지적도상의 경계가 아니라 자신이 현실적으로 점유하고 있는 경계가 진실한 경계임을 주장하면서 소유권확인을 구하거나, 지적공부상의 경계를 침범하여 현실적으로 점유하고 있는 토지부분에 대해 점유취득시효(민법 제245조 제1항)를 주장하면서 소유권이전등기나 등기말소 또는 경계정정절차이행을 구하는 소송<sup>4)</sup>을 제기할 수도 있다.

### 2.3.3. 경계확정소송

경계확정소송은 서로 인접하는 토지의 경계선이 불분명한 경우에 법원의 판결에 의하여 그 경계의 확인을 구하는 소송을 말한다. 이 소송에 의해 확정되는 경

계는 사적인 소유권의 범위를 나타내는 소유권경계가 아니라 공적으로 설정·인증된 필지의 경계이며(대법원 1997.7.8. 선고 96다36517 판결), 그 소송의 법적 성질은 비송이지만 형식적 형성소송이라는 것이 통설과 판례의 입장이다. 이에 따르면 법원은 당사자의 주장내용이나 범위에 구애받지 않고 재량대로 그 필지의 경계를 확정할 수 있으며 상소심에서의 불이익변경금지원칙도 적용되지 않고, 또 원고의 청구기각도 금지된다고 한다. 또한 경계확정소송에 의해 확정되는 경계가 소유권경계가 아니라 필지경계라는 점에서 경계확정소송 중에 경계에 접한 토지의 시효취득을 주장하여도 그것은 경계확정소송의 심리대상이 되지 않으며(대법원 1993.10.8. 선고 92다44503 판결), 소송상 또는 소송외에서 당사자간에 경계에 대한 합의(화해)를 하여도 그것을 근거로 합의에 의한 경계를 확정하는 것도 허용되지 않는다(대법원 2006.9.22. 선고 2006다24971 판결). 따라서 경계확정의 소에 의해 확정되는 경계는 소유권의 범위와는 무관한 필지의 경계라고 하는 것이 판례의 입장이다.

그러나 일반적으로 토지의 경계에 관한 분쟁의 대부분은 실제 소유권의 범위에 관한 다툼이고 순수하게 필지의 경계에 관해서만 다투는 것은 이론적으로는 생각할 수 있어도 실제상은 거의 없을 것이다(한광세, 1975) 즉 경계를 어떻게 정하는가에 따라 토지 면적이 증가하거나 감소하여 소유권 범위의 차이를 가져오게 되므로 결국 경계분쟁은 실질적으로 소유권 분쟁이 된다. 따라서 필지경계의 확정을 통하여 소유권의 범위에 대한 분쟁을 해결한다고 보아야 할 것이다.

이러한 입장에 선다면 경계에 관한 분쟁의 해결방법으로서 소유권확인소송 외에 경계확정소송을 인정하여 할 필요가 있는가하는 의문이 제기된다. 실무적으로도 인접토지 소유자간의 경계분쟁은 결국 소유권의 범위에 관한 다툼이므로 소유권확인의 소가 제기되는 것이 대부분이며, 경계확정의 소가 제기되는 사례는 많지 않다.

그러나 인접토지 소유자간의 경계분쟁시에 소유권 확인의 소만을 인정하고 경계확정의 소를 인정하지 않는다면 분쟁당사자들 간에 경계가 확실치 않은 상태라서 그 소송과정에서 원고가 자신의 소유권의 경계를 특정하여 주장하지 못하거나, 그 경계 내 토지의 소유권에 대한 증명을 충분히 하지 못하는 경우에는 청구기각의 판결을 받을 수밖에 없고, 피고 입장에서 이와 마찬가지로여서 쌍방 모두 소유권확인청구는 기각을 면하지 못하는 결과가 되어 계쟁지의 소유권에 관한 분쟁은 영구적으로 해결할 수 없게 된다. 이 경우에 증명책임의 적용이 없는 경계확정의 소에 의한다면 원고가 경계에 대해 확실한 증명을 하지 못한 경우에도 청구기각의 판결을 받을 염려는 없으며, 법원에 의해 반드시 경계선이 확정됨으로써 분쟁해결이 가능하게 된다. 여기에서 경계확정소송의 존재의의는 크다고 할 것이다(한광세 1975).

위 2.1의 사례에서 丙은 지적도상의 경계인 다·라의 경계선까지 丙소유임을 주장하는 반면, 丁은 현실의 경계인 가·나선까지를 丁소유의 토지라고 주장하면서 나아가 가·나선이 진실한 경계선이 아니라 하더라도 민법 제245조 제1항의 점유취득시효가 성립하므로 소유권의 범위는 가·나선까지라고 주장하고 있는데, 양자 모두 확실한 증명을 할 수 없어 어느 경계선이 진실한 경계선인지 불분명하다면 어떻게 되는가. 이 경우에 결정적인 증거를 찾지 못하는 한 소유권확인 소는 기각될 것이므로 결국, 증명책임을 지지 않는 경계확정소송에 의해서만 분쟁해결이 가능하게 될 것이다. 따라서 이 경우 경계확정소송은 법관의 재량에 의한 경계확정이 가능하므로 2.1의 사례처럼 당사자의 주장에 관계없이 법원은 마·바선으로 경계를 확정할 수 있다. 이때에 비로소 경계확정소송의 의의 내지 실익이 있는 것이다.

### 2.3.4. 여론: 경계침범죄의 성립 여부

경계분쟁과 관련하여 기타 논의로서 경계침범죄의

성립여부가 문제되는 경우가 있다. 형법 제370조는 “계표를 손괴, 이동·제거하거나 기타 방법으로 토지의 경계를 인식불능하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처”하도록 규정하고 있는데, 가령 2.1 사례에서처럼 丁소유의 건물이 丙의 토지를 침범하여 건축되어 있고 그 경계선인 담도 사실상 丙 토지위에 건립되어 있었던 상태에서 이를 나중에 알고 丙이 기존의 현실경계가 진실한 권리상태와 부합하지 않는다는 이유로 측량결과에 의해 계표를 다시 표시하고 기존의 담을 철거하였다면 경계침범죄가 성립하는지 여부가 문제될 수 있다. 대법원 1976.5.25. 선고, 75도2564판결에 의하면 “형법 제370조의 법의는 사회질서유지를 위하여 자력구제행동을 취하는 것을 막으려는 데 있으므로, 여기서 말하는 경계란 소유권 등 장소적 한계를 나타내는 지표를 말함이나 실제적 권리관계에 부합하지는 않더라도 관습으로 인정되었거나 일반적으로 승인되어 왔다가거나 이해관계인의 명시 또는 묵시적 합의에 의하여 정하여지는 등 사실상의 경계가 되어 있다면 침해의 객체가 된다”라고 판시한 바와 같이 경계침범죄의 객체가 되는 경계는 지적도상의 경계가 아니라 토지의 현실경계(사실상 경계)라고 할 것이다. 따라서 이 사례에서 설령 진실한 경계가 지적도상의 경계라 하더라도 丙이 현실경계인 담을 철거하였다면 경계침범죄가 성립된다(대법원 1992.12.8. 선고 92도1682 판결; 대법원 1986.12.9. 선고, 85도1492 판결). 따라서 종래 통용되어 오던 현실경계(사실상의 경계)가 법률상의 정당한(진실한) 경계인지 여부에 대하여 다툼이 있다고 하더라도 그 사실상의 경계가 법률상 정당한 경계가 아니라는 점이 이미 판결로 확정되었다는 등 경계로서의 객관성을 상실하는 것으로 볼 만한 특단의 사정이 없는 한 형법 제370조에서 말하는 경계에 해당한다고 보아야 할 것이다. 결국 담이 정당한 경계가 아니라는 민사확정 판결이 존재하지 않는 한, 현실경계인 담은 형법 제370조의 보호객체가 되는 경계이다.

## 2.4. 설문의 해결

### 2.4.1. i)의 소송에 대해

2.1의 경계분쟁사례에서 i)의 소송은 필지의 경계를 대상으로 한 경계확정소송, ii)의 소송은 통상의 소유권확인소송이다. i)의 경계확정소송에 대해서 위 2.3.3에서의 통설 및 판례이론을 그대로 적용한다면 다음과 같은 해결에 이르게 된다.

우선 경계확정소송에서는 우리 대법원판례에 따르면 소유권의 범위를 묻는 취득시효는 원칙적으로 경계확정소송의 심리대상이 되지 않는다. 따라서 丁에 의한 취득시효가 성립하여도 필지의 경계는 가·나선으로 되지 않으며, 경계를 확정하는 관계에서 취득시효를 주장하여도 취득시효의 심리는 요구되지 않는다. 무엇보다도 경계확정소송에서 법원은 경계가 불명인 경우 재량에 의해 경계를 확정할 수 있다. 따라서 법원이 당사자의 주장과 관계없이 경계를 마·바선으로 확정하는 판결을 내릴 수 있다.<sup>5)</sup> 여기에서 마·바선은 원고가 경계선이라고 주장하고 있는 가·나선과도 일치하지 않으며, 지적도상의 경계선인 다·라선도 아니며, 丙과 丁사이에 경계가 다투어지고 있는 범위에서도 벗어나지만 그와 같은 경우에도 법원이 마·바선으로 경계를 확정하는 것이 가능하다. 따라서 i)의 경계확정소송은 적법하고 더 나아가 법원은 경계를 마·바선으로 확정지을 수 있다.

### 2.4.2. ii)의 소송에 대해서

ii)의 소송은 통상의 소유권확인소송이다. 소유권확인소송에서는 경계확정소송과 달리, 취득시효의 주장이 심리대상이 된다. 그러므로 ii)의 소송에 대해서 우선 법원은 丁의 취득시효의 주장이 인정되는 경우에는 丙과 丁의 소유권경계는 가·나선이 될 것이며 필지의 경계와 일치하지 않게 된다. 한편 丁의 취득시효의 주장이 인정되지 않는 경우에는 丙과 丁의 소유권경계는 X·Y 토지의 필지경계와 일치한다. 필지의 경계는 원칙적으로 지적도상의 경계를 그 기준으로 삼

기 때문에 다·라선이 토지경계가 될 것이다. 그러나 본건에서와 같이 X·Y 토지의 필지의 경계가 불분명하다면 법원은 본건쟁토지에 대한 丙의 소유권의 존재를 증명책임을 초과하여 확신하는 것이 가능하지 않으므로 이 경우에 청구기각판결을 내려야 할 것이다.

한편 이 경우에 법원이 i)의 소송(경계확정소송)과의 관계에서 X·Y 토지 사이의 경계를 마·바선으로 확정한다면 그것에 따라 마·바선까지 丙의 토지소유권도 인정되는가가 문제된다. 통설과 판례에 따르면 경계확정소송의 대상이 되는 경계는 소유권경계가 아니라 필지경계이므로 이것은 인정되지 않는다. 설령, 인정된다 하더라도 처분권주의에 의해 판결로서는 다·라·바·마·다의 범위의 토지에 대해서는 丙의 소유권 확인판결은 내려지지 않는다. 丙의 토지소유권이 미치는 것은 어디까지나 객관적으로 존재하고 있었던 X·Y 토지간의 경계이고 법원이 재량에 의해 이끌어냈던 마·바선의 필지경계는 이것과는 다르다. 따라서 마·바의 선까지 丙의 토지소유권이 인정되는 것은 아니다.

### 3. 지상경계의 확정

#### 3.1. 의의

경계분쟁은 지상경계가 불분명한 경우에 발생한다. 지상경계의 불분명은 경계가 객관적으로 실제하고는 있지만 인접한 토지소유자 사이에 이를 발견·인정할 수 없어 분쟁이 발생하고 있는 상태인 주관적 불명과 객관적으로도 지상경계가 부존재상태인 객관적 불명으로 구분할 수 있다.

경계확정소송에 의하면 지상경계의 확정이란 경계가 주관적으로 불명인 경우에 객관적으로 존재하는 진실한 토지상의 경계를 확인하는 것뿐 아니라 경계가 객관적으로 불명인 경우에도 새로운 토지상의 경계를 형성하여 창설하는 것을 의미한다.

그러나 토지상의 경계확정을 전제로 한 건물철거소송, 소유권확인소송 등에 있어서는 그 소송의 법적 성질상 진실한 토지의 경계를 확인하는 것만 가능하고 새로운 경계를 창설하는 것은 허용되지 않는다.

#### 3.2. 지상경계의 경계확정기준

지상경계의 확정은 주관적 경계불명의 경우에 확인적 작용과 객관적 경계불명의 경우의 형성적 작용이 있지만 형성되는 진실한 경계와 확인 대상이 되는 진실한 경계는 본질적으로 동일성 내지 유사성을 가지므로 경계확정기준 또한 동일하다고 할 것이다. 아래에서는 이를 달리 구별하지 않고 지상경계의 경계확정기준을 살펴보기로 한다.

##### 3.2.1. 지적공부: 도상경계

경계분쟁시 경계를 확정하기 위한 기준으로서 가장 먼저 고려할 수 있는 것은 지적공부(지적도, 임야도)가 될 것이다. 왜냐하면 지적공부는 반증에 의하여 반복될 때까지는 그 등록사항이 진실한 것으로 추정되는 공적 증거력을 가지고 있으므로 지적도상의 경계는 진실한 토지상의 경계를 확정하는 일차적이고 가장 중요한 기준이 된다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 진실한 경계는 지적도상의 경계에 의하여 확정된다고 할 것이다.

그러나 지적소관청에 의한 지상경계의 설정을 준법률행위의 일종인 공증이라고 보는 한 지적공부가 정확하게 작성되지 못하는 바람에 지적도상의 경계를 현실의 토지에 다시 정확하게 복원할 수 없는 경우에 까지 지적도상의 경계를 기준으로 지상경계를 확정할 수는 없을 것이다. 그러므로 지적도상의 경계를 다루는 자가 지적공부가 기술상의 착오 등으로 정확하게 작성되지 못하여 진실한 토지상의 경계를 공시하지 못하고 있으므로 지적도상 경계의 현지복원능력이 없다고 주장하고 그 주장이 입증된 경우와 같이 예외적



인 경우에는 지적도상의 경계는 더 이상 지상경계의 확정기준이 될 수 없으므로 다른 기준에 의하여 지상 경계를 확정하여야 한다.

여기에서 문제되는 것은 어떤 경우에 지적도의 현지복원능력이 없다고 볼 것인가 하는 점이다. 측량기술상의 착오나 멸실된 지적공부의 재제작과정에서 착오로 잘못 작성된 사실이 적극적으로 인정되는 경우 뿐만 아니라 도상경계가 쉽게 바뀔 수 없는 구거나 하천 등을 제대로 표시하지 못하고 있어 지적공부가 정확하게 작성되지 못하였음이 의심되는 경우 등은 도상경계의 현지복원능력은 부정될 것이다.

### 3.2.2. 점유상태: 현실경계

지적도상의 경계가 현지복원능력이 없다면 진실한 지상경계를 확정하는 기준이 될 수 없음은 이미 살펴본 바와 같다. 그렇다면 이 경우에 어떠한 경계를 기준으로 삼아 경계를 확정하여야 하는가. 이 경우에는 현실경계가 그 기준으로 작용할 수 있다. 현실경계란 도상경계가 어떠한가와 관계없이 인접한 토지소유자들이 사실상 경계로서 묵시적으로 인정하고 있는 경계를 말한다(이법관, 2000). 이것은 토지소유자들이 실제 점유하고 있는 점유경계를 말하며,<sup>6)</sup> 도상경계에 대응되는 개념이다. 독일민법 제920조 제1항에서 “경계가 혼동되어 올바른 경계(die richtige Grenze)를 알 수 없는 경우에는 점유상태를 표준으로 하여 경계를 정하고 점유상태를 확정할 수 없는 경우에는 계쟁지면을 쌍방에 균등하게 배분하여야 한다”라고 규정하고 있는데<sup>7)</sup> 여기에서의 토지의 점유상태가 바로 현실 경계를 의미한다고 할 것이다. 독일민법은 경계가 혼동되어 올바른(진실한) 경계를 알 수 없는 경우에는 원칙적으로 사실상 점유하고 있는 현실경계를 경계확정기준으로 정하고 있다.

이와 같이 실제 점유하고 있는 현실상의 경계를 지상경계의 확정기준으로 하는 것은 법률상 점유자는 소유의 의사로 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정

될 뿐만 아니라(민법 제196조 제1항) 일반적으로 1필지 토지의 지번이 결정되면 소유권의 객체로서 그 대상이 용이하게 파악될 수 있도록 구획될 것이고 소유자는 토지의 경계가 구획된 대로 지배·관리하고, 이것에 반하는 지배·관리는 하지 않을 것이라는 점에 비추어 볼 때 점유상태에 따른 현실경계는 일단 객관적으로 진실한 경계라고 추정할 수 있기 때문이다(이철규, 1998)

### 3.2.3. 합의: 합의경계

지적재조사에 관한 특별법 제14조 제2항에서는 제1항에 따른 경계설정이 불합리하다고 인정되는 경우에는 토지소유자들의 합의에 의한 경계설정을 인정하고 있다. 그러나 대법원 판례에 따르면 원래 토지의 경계는 공적으로 설정·인증된 것으로서 사인이 임의대로 처분할 수 없는 일필의 토지와 일필의 토지의 경계 즉 필지의 경계이며 필지의 경계는 공적으로 설정·인증된 것이기 때문에 사인이 경계의 위치에 관하여 합의를 하여도 이것은 무효이다(대법원 1997.7.8. 선고 96다36517 판결). 그렇다면 지적재조사에 관한 특별법 제14조 제2항에서 인정하는 합의경계는 대법원판례의 태도와 상충되는 것은 아닌가. 생각건대 이때의 경계는 토지소유자들의 의사에 따라 원시적으로 확정되는 경계로서 일반적인 필지경계 개념과 달리 물권의 한계 및 사유재산권의 범위로서의 경계개념, 즉 소유권경계로 보아야 할 것이다.

대법원도 기지점을 잘못 선택하는 등의 기술적인 착오로 공부상의 경계가 잘못 작성된 경우에는 도상경계가 아니라 현실경계에 의하여야 할 것이지만, 당사자들이 공부상의 경계선에 의할 것을 합의한 경우에는 그 합의에 따라 토지의 경계는 도상경계가 된다고 판시한 바 있다(대법원 2006.9.22. 선고 2006다2497 판결). 여기에서의 경계는 경계확정소송의 대상이 되는 필지경계가 아니라, 사적소유권의 객체로서 토지소유권의 범위를 정하는 경계개념, 즉 소유권경

계에 해당한다고 할 것이다.

### 3.3. 판례

판례는 1969년의 대법판결이후로, 경계분쟁시 토지의 경계는 원칙적으로 지적도상의 경계에 의하여 특정되나 특별한 사정이 있으면 현실상의 경계가 그 기준이 된다고 일관되게 판시해오고 있다. 여기에서 예외가 인정되는 특별한 사정이 무엇인가에 대해 i) 지적공부가 기술상의 착오 등으로 인해 잘못 작성된 경우 ii) 지적공부가 잘못 작성되었을 뿐만 아니라 그 토지가 전전매매된 경우에 매매당사자 모두가 현실의 경계에 따라 매매할 것을 의도(합의)한 경우를 말하고, 이 경우에는 현실경계가 지상경계기준이 된다. 특히 ii)의 경우에 관해 판례는 매매당사자들이 사실상의 경계대로의 토지를 매매할 의사를 가지고 거래를 하였을 것을 요구하고 있으며, 그러한 의사를 가지고 거래를 하였다고 인정하기 위한 전제로서 당사자들이 지적공부상의 경계와 사실상의 경계가 상이한 사실을 미리 알고 있었을 것을 요구하고 있다.

어느 경우에도 지적공부가 잘못 작성된 경우에는 지적도상의 경계가 지상경계기준이 되지 않는다는 점에서는 일치하지만, 특히 현실경계를 그 기준으로 하기 위해서는 지적도상의 경계가 잘못 작성되고 그와 더불어 토지의 경계를 현실경계로 한다는 당사자의 의사가 존재하는 경우에 한한다고 하는 ii)의 입장에 대해서는 의문의 여지가 있다. 왜냐하면 토지의 경계는 공적으로 설정·인증된 경계이므로 이와 같이 공적으로 설정·인증된 지적도상의 경계가 기술상의 착오 등으로 잘못 작성되어 현지복원능력이 없다는 것만으로 충분할 뿐, 현실경계를 토지경계기준으로 삼기 위해 (현실경계를 지상경계로 한다는)당사자의 의사까지 요구하는 것은 경계를 당사자의 의사에 의해 변경하도록 한다는 점에서 경계국정주의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 들기 때문이다. 생각건대 판

례의 입장은 매매대상으로서 토지소유권의 범위에 관한 다툼이 있는 경우에 한하여 합의에 의한 경계확정을 인정한 것이며, 단순한 경계분쟁의 경우에는 이와 같이 당사자의 의사에 의한 경계확정은 인정하지 않고 있다(신국미, 2016). 판례는 소유권확인소송과 경계확정소송을 구별하여 소유권의 범위를 다투는 소유권확인소송에 있어서는 당사자의 의사를 고려하는 반면, 경계불명시에 경계확정을 구하는 경계확정소송에 있어서는 당사자사이에 경계에 관한 합의를 하더라도 그러한 합의에 의한 경계확정은 인정하지 않고 있다. 이에 대해서는 이미 2.2.3, 3.2.3에서 살펴보았다.

### 3.4. 법규정

토지경계가 불분명한 경우에 경계를 확정하는 기준에 관해서는 우리민법은 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 지적재조사에 관한 특별법에서 지상경계의 설정기준에 관하여 다음과 같은 규정을 두고 있다. 동법 제14조는 지상경계의 설정기준에 관해 먼저 제1항에서 지상경계의 다툼이 없는 경우와 다툼이 있는 경우로 구분하여 i) 지상경계에 관해 다툼이 없는 경우에는 현실경계가 기준이 되고 ii) 다툼이 있는 경우에는 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계, 지방관습에 의한 경계의 순으로 지상경계를 설정할 것을 제시하고, 한편으로 제2항에서는 제1항에 따라 경계설정을 하는 것이 불합리하다고 인정되는 경우에는 토지소유자들이 합의한 경계를 기준으로 경계를 설정할 수 있도록 하고 있다. 따라서 지적재조사에 관한 특별법 제14조에 따르면 경계설정순위는 원칙적으로는 지상경계에 대한 다툼의 존부에 따라 그 순위가 다르게 되며, 예외적인 경우에 합의경계가 인정된다. 그러나 지상경계에 관한 다툼의 존부에 따라 경계설정기준 및 순위가 달라진다는 것은 의문의 여지가 있다. 왜냐하면 지상경계에 관해 다툼이 없는 경우라는 것은 지적재조사사업이 지적불부합지를 대상으로 한다는 점에서

처음부터 고려의 여지가 없기 때문이다. 현실경계와 도상경계가 일치하지 않는 지적불부합지의 경우에 인접토지소유자들은 그들 자신의 이해의 득실에 따라 현실경계 또는 도상경계에 의해 토지경계를 확정할 것을 주장하기 때문에 다툼이 발생하는 것이며, 양당사자의 합의에 의해 경계를 확정하였거나 처음부터 지적불부합지가 아닌 경우에는 지상경계에 관해 다툼이 발생할 여지가 없는 것이다.

특별법 제14조 제1항은 지적재조사 사업을 시행하면서 지상경계와 도상경계가 일치하지 않는 지적불부합지의 경우에, 어떠한 경계를 기준으로 경계설정을 할 것인지, 그리고 설정기준이 되는 경계들은 어떠한 순서에 따라 적용할 것인지를 규정한 것이다. 따라서 특별법 제14조 제1항과 제2항에서 정하고 있는 경계설정기준과 순위는 다음과 같이 해석하여야 할 것이다. 먼저 지적재조사사업의 취지가 실제의 토지현황에 부합하는 새로운 공부의 작성을 주된 목적으로 한다는 점에서 무엇보다도 현실경계가 1차적인 경계설정기준이 되며, 이에 대해 당사자간에 다툼이 있는 경우에는 2차적으로 등록할 당시의 측량기록을 조사한 경계, 관습에 의한 경계가 기준이 되고, 예외적으로 제1항에 의한 경계설정이 불합리한 경우에는 당사자간의 합의에 의한 경계설정을 인정하는 것이라고 해석하여야 할 것이다(신국미; 2015).

이에 반해 독일은 일반법인 민법에서 경계확정에 관한 규정을 두고 있다. 독일민법 제920조는 경계혼돈(Grenzverwirrung)이라는 표제하에 제1항은 “올바른 경계(die richtige Grenze)를 알 수 없는 경우에는 점유상태를 표준으로 하여 경계를 정하고 점유상태를 확정할 수 없는 경우에는 계쟁지면을 등분하여 쌍방의 토지에 할당하여야 한다.” 제2항에서 “전항의 규정에 따라 결정한 경계가 확정된 제반사정, 특히 토지의 확정면적과 일치하지 않는 경우에는 그 한도에서 이러한 사정을 참작하여 형평에 맞게 경계를 결정하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 경계가 혼

돈되어 올바른 경계를 알 수 없는 경우에는 원칙적으로 <점유상태→계쟁지 균등배분>의 순서로 경계를 결정하고, 다만 이와 같은 경계결정을 통해 얻은 면적이 토지의 확정면적과 일치하지 않은 경우에는 여러 제반사정에 비추어 형평에 맞게 경계를 결정하도록 하고 있다.

이와 같이 독일민법이 경계혼돈의 경우에 <점유상태→계쟁지 균등배분>의 순서로 경계를 결정하도록 하고, 우리나라와 같이 도상경계를 그 기준으로 삼지 않은 것은 어떤 이유에서 일까? 생각건대 독일민법에서 규정하고 있는 경계혼돈은 서로 인접하는 양 토지 사이에 소유권관계에 상응하는 경계를 확인할 수 없는 상황을 의미한다.<sup>8)</sup> 여기에서 소유권관계에 상응하는 경계를 확인할 수 없는 상황이란 도상경계에 현지복원능력이 없기 때문에 경계를 확인하기 곤란한 상황으로서, 도상경계가 경계확정기준으로서 기능하지 않는 상황을 전제로 한 것으로 보인다. 따라서 독일민법 제920조의 경계혼돈이란 도상경계가 경계확정기준이 될 수 없는 상황이며 현실경계(점유상태)만이 경계확정기준이 되는 것이다. 그러나 우리나라의 지적재조사에 관한 특별법 제14조는 도상경계의 현지복원능력의 존부를 구별하지 않고 경계확정기준과 순위를 규정하고 있어 해석상 혼란과 다툼의 여지가 있다.

### 3.5. 소결

이상 경계가 불분명한 경우에 지상경계의 확정기준이 되는 경계가 무엇인지, 그 순위가 어떻게 되는지에 대해 우리판례와 법 규정, 외국의 입법례로서 독일민법규정을 살펴보았다. 우리판례와 지적재조사에 관한 특별법 제14조는 도상경계의 현지복원능력의 존부를 구별하지 않고 경계확정기준과 순위를 정하고 있으나, 독일민법의 경우에는 이를 고려하여 소유권관계에 상응하는 경계를 확인할 수 없는 경우, 즉 도상경계에 현지복원능력이 없는 경우만을 경계혼돈으로 보고

도상경계에 현지복원능력이 있다면 소유권관계에 상응하는 경계를 확인할 수 있기 때문에 제920조가 적용되지 않는다고 한다.

생각건대 우리나라도 독일민법과 같이 도상경계에 현지복원능력이 없는 경우만을 경계불분명의 상태로 보고 이 경우에 경계설정기준을 어떻게 정할 것인지를 문제삼아야 할 것이다. 따라서 다음과 같이 이해하여야 할 것이다. 즉, 경계분쟁이 있는 경우에 원칙적으로 도상경계에 현지복원능력이 있는지 여부에 따라 현지복원능력이 있는 경우에는 도상경계가 그 기준이 되고, 이 경우에는 경계복원측량을 통해 지적도상의 경계가 지상의 어느 위치에 해당하는가를 확인하여 지상경계를 확정하여야 할 것이다. 이에 반해 지적공부가 기술상의 착오, 경계오인 등으로 인해 잘못 작성된 경우에는 도상경계에 현지복원능력이 없으므로 이 경우에는 독일민법과 마찬가지로 현실경계에 의해 경계를 확정하여야 할 것이다. 엄밀하게 말하자면 경계불분명의 경우란 도상경계에 현지복원능력이 없는 경우를 의미한다고 할 것이다. 우리판례의 입장도 이와 동일하다. 따라서 경계분쟁을 해결하기 위해 경계복원측량이 필요한 경우는 도상경계에 현지복원능력이 있는 경우에 한할 것이다. 도상경계가 기술상의 착오 등으로 인해 잘못 작성된 경우는 도상경계 자체가 진실한 경계가 아니므로 경계복원능력이 없다고 할 것이며 이 경우에는 경계복원측량을 할 실익이 없다.

## 4. 경계복원측량의 법리

### 4.1. 경계복원측량의 의의

경계복원측량이란 지적도상의 경계점을 지상에 복원하기 위하여 필지의 경계 또는 좌표와 면적을 정하는 측량으로서(공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제2조 4호), 소송실무상 인접한 양 토지사이의 경계분쟁이 발생한 경우에 제기된 민사소송에서 법원이

당해 토지에 대한 침범여부를 확인하기 위한 수단으로서 행해진다.

따라서 경계복원측량의 성과가 판결의 결과에 결정적인 영향을 미친다는 것은 주지의 사실이며, 무엇보다도 필지에 대한 경계복원측량의 성과가 실제적 사실에 부합하는 올바른 결과이어야 함은 사안을 판단함에 있어서 기본적인 전제조건이라고 할 것이다.

이를 위해서는 첫째, 경계복원측량의 대상이 되는 경계는 진실한 경계이어야 하며 둘째, 경계복원측량 방법에 따라 그 측량성과가 달라진다는 점에서 경계복원측량방법은 등록할 당시의 측량방법에 따라야 한다. 이에 대해서는 항을 나누어 설명하기로 한다.

### 4.2. 경계복원측량의 기준이 되는 경계

경계복원측량은 지적도상의 경계를 지상에 복원하기 위하여 행하는 측량이다. 따라서 그 기준이 되는 경계는 지적도나 임야도위에 지적측량에 의하여 지번별로 확정하여 등록된 선 또는 수치지적부에 등록된 좌표의 연결을 말하는 것으로서 현실적인 지표상의 경계(현실경계)가 아니라 오로지 지적공부상의 경계(도상경계)를 의미한다.

그러나 경계복원측량은 어디까지나 지적도상의 경계를 그것이 잘못 등록되었는지 여부와 관계없이 그대로 지표상에 옮겨놓는 것이므로 지적도상의 경계자체가 잘못 등록 되었을 때에는 어떻게 되는지가 문제된다. 이 경우에는 경계복원측량성과의 정확여부는 아무런 의미를 갖지 못하는 것이 되며, 경계분쟁을 해결하기 위한 수단으로서의 기능도 상실한다. 왜냐하면 경계분쟁을 해결하기 위해서는 진실한 경계를 규명하여야 하는데 처음부터 잘못 등록된 도상경계를 지표상에 복원하여 이를 기준으로 경계침범 여부를 가린다는 것 자체가 어불성설이기 때문이다. 이와 같이 등록당시에 측량성과의 착오, 경계오인 등의 이유로 잘못 등록된 도상경계는 현지복원능력이 없으므로

경계복원측량의 대상이 되지 못한다. 따라서 경계복원측량은 지적도의 경계가 진실한 경계라는 전제하에 서만 의미가 있다. 만약 지표상의 현실경계가 옳고 지적도상의 경계가 잘못 등록된 것이라면 먼저 지적도상의 경계를 정정하여야 할 것이다. 이 점에서 경계복원측량의 한계가 있으며 양자는 서로 보완관계에 있다.

현행 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 지적측량 시행규칙에서도 이러한 점을 인식하여 다음과 같이 규정하고 있다. “경계점을 지표상에 복원하기 위한 경계복원측량을 하려는 경우 경계를 지적공부에 등록할 당시 측량성과의 착오 또는 경계오인 등의 사유로 경계가 잘못 등록되었다고 판단될 때에는 법 제 84조 제1항에 따라 등록사항을 정정한 후 측량하여야 한다”(지적측량 시행규칙 제24조 제1항).

### 4.3. 경계복원측량의 방법

#### 4.3.1. 법규정

경계복원측량의 방법에 관하여 구 지적법 시행령 제45조는 경계복원측량은 “등록할 당시의 측량방법과 동일한 방법으로 시행하여야 한다”고 규정한 바 있다. 이는 토지경계를 등록할 당시에는 현실경계를 기준으로 측량한 다음 이를 지적도에 옮겨 놓은 것이므로 경계복원측량시에는 그 반대의 과정을 거쳐 지적도상의 경계를 현실의 토지에 옮겨 놓도록 하여 경계를 확정하는 것이 등록당시의 경계에 부합하는 것이기 때문이다. 따라서 구지적법 시행령 제45조에서 경계복원측량은 등록할 당시의 측량방법대로 시행하도록 한 것도 이와 같은 취지에서이다. 그러나 현행 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에서는 동 규정은 삭제되고, 다만 ‘경계복원측량기준 등’이라는 표제하에 경계복원측량의 기준이 되는 도상경계는 지적공부 작성당시에 어떠한 측량과오나 착오 없이 등록된 진실한 경계이어야 하며 만약 경계오류가 있는 경우에는 이를 정정한 후에만 경계복원측량의 대상이 된다

고 규정하고 있다(지적측량 시행규칙 제24조 제1항). 그리고 경계복원측량에 따라 지표상에 복원한 토지의 경계점에는 경계점표지를 설치하여야 하며, 다만 건축물이 경계에 걸쳐 있거나 경계점표지를 설치할 수 없는 부득이한 경우에는 경계점표지를 설치하지 않을 수 있다고 한다(지적측량 시행규칙 제24조 제2항).

#### 4.3.2. 판례

판례는 구 지적법 시행령 제45조와 마찬가지로 경계복원측량을 함에 있어서는 등록할 당시의 측량방법과 동일한 방법으로 하여야 하므로, 첫째 등록 당시의 측량방법에 따르고, 둘째 측량 당시의 기준점을 기준으로 하여야 하며(대법원 1994. 1. 14. 선고 92다 13295 판결; 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다42451 판결; 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011다96079 판결 등), 비록 등록 당시의 측량방법이나 기술이 발전되지 못하여 정확성이 없었다 하더라도 그 측량방법에 의하여야 하는 것이지 더 정밀한 측량방법이 있다고 하여 곧 바로 그 방법에 의하여 측량할 수는 없다고 한다(대법원 1994. 2. 8. 선고 92다47359 판결). 또한 측량이란 결국 기초점을 기준으로 실시하는 것이므로 기초점을 달리하면 측량의 결과가 다르게 되므로 경계복원측량의 경우에는 등록당시와 그 기초점도 동일하여야 함은 물론이다. 일반적으로 측량방법의 동일성은 등록당시의 측량방법을 밝혀 이에 따라 측량하면 충족시킬 수 있으나, 기초점의 동일성은 사정변경으로 분할 당시의 기초점이 망실된 경우가 있을 수 있기 때문에 그 요건을 충족시킬 수 없는 경우가 발생한다. 그렇다고 하여 이를 원인으로 철거청구를 기각할 수는 없을 것이다.

이와 같이 측량당시의 기초점을 알 수 없는 경우, 판례는 i) (분할)측량원도를 토대로 등록 당시와 비슷한 조건의 주위 기지점에 의거하여 경계복원측량을 하거나, ii) 대상 토지의 사정변경으로 위 방법에 의하여 경계복원측량을 하는 것마저 불가능하게 되었다면

기초측량에 의하여 해당 토지 인근의 도근점을 찾아 내어 이를 기준으로 하여 경계복원측량을 할 수밖에 없다고 한다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2002다17791, 17807 판결). 결국 현재의 주위 기지점을 분할 당시와 비슷한 조건의 기지점으로 삼을 수 있다면 이를 기준으로 측량할 수 있지만 그것마저 불가능하다면 기초측량을 하여 삼각점 내지 도근점을 찾아내고 이를 기초로 하여 세부측량을 하는 방법으로 그 경계를 밝힐 수밖에 없다는 취지로 보인다(유승정 1997).

#### 4.4. 경계복원측량에 의한 지상경계: '등록할 때의 측량기록을 조사한 경계'

지적재조사에 관한 특별법 제14조 제1항 제2호는 지상경계에 관하여 다툼이 있는 경우에는 '등록할 때의 측량기록을 조사한 경계'에 의해 지상경계를 설정하도록 하고 있다. 그렇다면 '등록할 때의 측량기록을 조사한 경계'란 무엇인가. 이것은 경계복원측량에 의해 획득된 지상경계를 의미한다. 위 4.3.2에서 살펴본 바와 같이 대법원 판례에 따르면 "지적도상의 경계를 실지에 복원하기 위하여 행하는 경계복원측량은 첫째 등록당시의 측량방법에 의하고 둘째 측량 당시의 기준점을 기준으로 하여야 하며, 비록 등록 당시의 측량 방법이나 기술이 발전하지 못하여 정확성이 없다 하더라도 경계복원측량을 함에 있어서는 등록 당시의 측량방법에 의하여야 하는 것이지, 보다 정밀한 측량 방법이 있다 하여 곧바로 그 방법에 의하여 측량할 수 없다"고 함으로써 결국 지적공부에 등록되어진 도상 경계를 등록당시의 측량방법에 따라 지표상에 복원한 지상경계를 의미한다고 할 것이다.

즉 '등록할 때의 측량기록을 조사한 경계'란 지적도상의 경계를 지상에 복원시키기 위한 경계복원측량에 의해 획득된 지상경계를 말하는 것으로서, 그 기준이 되는 경계는 현실경계가 아니라 도상경계라고 할 것이다. 그렇다면 특별법 제14조 제1항 제2호의 '등록할

때의 측량기록을 조사한 경계'가 지적재조사사업에서의 지상경계의 설정기준으로 적합한가. 이미 언급한 바와 같이 우리 대법원판례에 따르면 서로 인접한 양 토지사이의 경계분쟁시, 이를 해결하기 위해서는 1차적으로 도상경계가 그 기준이 되며 이와 같은 도상경계에 현지복원능력이 없다면 현실경계가 2차적으로 그 기준이 될 것이다. 그러나 지적재조사에 관한 특별법 제14조 제1항에서는 현실경계가 1차적인 경계설정기준이 되며 예외적으로 지상경계에 관해 다툼이 있는 경우에는 등록할 때의 측량기록을 조사한 경계(도상경계)가 그 기준이 된다고 규정하고 있다. 이와 같이 대법원판례의 '원칙:도상경계, 예외:현실경계'의 법리를 지적재조사에 관한 특별법에서 전도하여 규정한 것은 지적재조사 사업의 취지가 실제의 토지현황에 부합하는 새로운 지적공부를 작성함으로써 지적불부합지를 해소하는 것에 주된 목적이 있기 때문이라고 보여진다. 그러나 지적재조사사업이 시행되는 사업지구의 필지는 지적불부합지로서, 100여년 전에 작성된 지적공부가 그동안 6.25사변, 택지개발 등을 거치면서 등록할 때의 측량기록을 알 수 없게 된 경우가 허다할 것인데 이 때에는 지상경계의 설정자체가 불가능한 것은 아닌지 의문이다. 이 경우에는 위 4.3에서의 설명한 경계복원측량방법에 관한 판례 법리에 따라 측량당시의 기초점을 알 수 없는 경우, i) (분할)측량원도를 토대로 등록 당시와 비슷한 조건의 주위 기지점에 의거하여 경계복원측량을 하거나, ii) 대상 토지의 사정변경으로 위 방법에 의하여 경계복원측량을 하는 것마저 불가능하다면 기초측량에 의하여 해당 토지 인근의 도근점을 찾아내어 이를 기준으로 하여 경계복원측량을 하여야 할 것이다.

## 5. 결 론

경계침범여부가 문제되는 경우 원칙적으로 지적도에 의하여 그 경계를 가리게 되는데, 이 때 지적도상의

경계를 현실의 지표상에 복원하기 위하여 행하는 측량을 경계복원측량이라고 하며, 건물철거·도지반환 청구 등의 사건에서 실무상 접하는 거의 모든 측량이 바로 여기에 해당한다. 또한 지적재조사에 관한 특별법 제14조 제1항 제2호에서 경계에 관하여 다툼이 있는 경우에 경계설정기준이 되는 ‘등록할 때의 측량기록을 조사한 경계’도 경계복원측량을 통해 확인되는 지상경계이다.

이와 같은 경계복원측량은 지적도상의 경계를 지표상에 그대로 옮겨놓는다는 점에서 경계복원측량의 기준이 되는 도상경계는 현지복원능력이 있어야 한다. 따라서 지적공부 작성 당시에 등록된 도상경계가 측량기술상의 착오나 사무착오에 의하여 작성되거나 또는 세부적이고 정확한 측량에 의하지 않고 개략적인 측량에 의하여 작성되는 등 잘못 작성된 경우에는 현지복원능력이 있다고 할 수 없으므로 경계복원측량의 대상이 되지 않는다. 이 경우에는 경계정정을 한 후에야 만이 경계복원측량의 대상이 된다.

또한 경계복원측량은 경계에 관한 민사분쟁시에 분쟁해결을 위한 수단으로서 주로 감정측량의 방법으로 행해지는데 이 경우에 그 측량성과가 판결의 결과에 결정적인 영향을 미치는데도 불구하고 측량을 수행하는 측량기술자 개인의 지식과 경험에 의존함으로써 상이한 측량성과를 가져오는 경우가 많다. 원래 경계는 측량수행자가 누구인지, 그리고 측량시기가 언제인지에 따라 달라지는 것이 아닌 고정불변의 것이어야 하며 누구에 대해서도 동일하게 통용되어야 하는 것임에도 불구하고 감정으로 할 경우 감정인 개인의 지식과 경험의 다과여부에 따라 달라질 수 있고 이러한 측량성과에 대해 신뢰를 가지지 못하는 것이 현실이다.

이에 대법원은 경계복원측량의 방법에 관해 다음과 같은 판례 법리를 형성함으로써 일관된 측량성과를 꾀하고 있다. 즉 경계복원측량은 등록할 당시의 측량방법과 동일한 방법으로 하여야 하므로, 첫째 등록 당

시의 측량방법에 따르고, 둘째 측량 당시의 기준점을 기준으로 하여야 하며, 비록 등록 당시의 측량방법이나 기술이 발전되지 못하여 정확성이 없었다 하더라도 그 측량방법에 의하여야 하는 것이지, 더 정밀한 측량방법이 있다고 하여 곧 바로 그 방법에 의하여 측량할 수는 없다. 또한 측량의 경우 기초점이 어디에 위치하고 있느냐에 따라 그 측량성과가 달라지므로 경계복원측량의 경우 등록당시의 측량 기초점과 동일하여야 한다. 그러나 사정변경으로 인해 측량당시의 기초점을 알 수 없는 경우, 판례는 i) (분할)측량원도를 토대로 등록 당시와 비슷한 조건의 주위 기지점에 의거하여 경계복원측량을 하거나, ii) 대상 토지의 사정변경으로 위 방법에 의하여 경계복원측량을 하는 것마저 불가능하게 되었다면 기초측량에 의하여 해당 토지 인근의 도근점을 찾아내어 이를 기준으로 하여 경계복원측량을 하도록 하고 있다. 따라서 경계분쟁 소송에서 감정의 방법으로 또는 지적재조사사업지구에서 경계에 관해 토지소유자간에 다툼이 있는 경우에 행해지는 경계복원측량은 이와 같은 판례 법리에 따라 실시함으로써 일관된 측량성과를 꾀하여야 할 것이다. 이러한 맥락에서 최근에 서울의 양천구가 전국 최초로 ‘지적측량기준점 이력관리 시스템<sup>9)</sup>’을 구축하였는데, 정확하고 일관된 측량성과를 위해 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

## 감사의 글

이 논문은 2016-2018학년도에 청주대학교 사회과학연구소가 지원한 학술연구조성비(특별연구과제)에 의하여 연구되었음.

주1. 원래 건물철거 등 사건에서 행하여지는 측량은 일종의 현황측량이라고 할 수도 있지만 현황측량을 함에 있어서는 그 전제로서 먼저 지적도상의 경계를 실지에 복원하기 위하여 경계복원측량을 하여야 할 것이므로 결국 경계복원측량이 제대로 되었는지 여부가 핵심이 된다.

- 주2. 이 사례는 신국미(2017)에 실린 사례와 대법원 1992. 12.8. 선고 92도1682 판결의 사실관계를 임의로 각 색한 것이다.
- 주3. 현행 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에서는 '지적불부합지'라는 용어를 직접 사용하지 않고 '등록 사항정정대상토지'라는 용어를 쓰고 있는데, 여기서 말하는 '등록사항정정대상토지'란 지적공부의 등록사항 즉, 토지의 표시에 잘못이 있음이 발견된 토지로서 토지소유자의 신청이나 소관청의 직권으로 조사 측량하여 그 등록사항을 정정할 수 있는 토지를 지칭한다. 이 글에서는 토지의 등록사항 중, 특히 경계 또는 면적이 잘못 표시된 경우, 즉 지적도상의 경계와 현실경계가 일치하지 않는 경우만을 가리켜 지적불부합지라고 한다. 이를 좁은 의미의 지적불부합지라고 부르기도 한다.
- 주4. 판례는 토지소유권확인의 소를 제기하여 그 판결로써 지적도상 경계표시의 정정이라는 목적을 충분히 달성할 수 있으므로 구태여 이해관계인에 대하여 지적도의 경계요류정정신고를 이행하라고 청구하는 소는 소의 이익이 없다고 한다(대법원 1965.12.28. 선고 65다 2172판결). 그러나 소의 이익이 있다고 한 하급심판결도 있다(서울고등법원 1976.10.29. 76나2188 판결).
- 주5. 여기에서 원고의 주장과 달리, 법원이 경계를 마바선으로 확정하는 판결을 내린 것은 지적도상의 경계인 다·라의 경계선이 현지복원능력을 상실하였기 때문이다. 지적도상의 경계가 현지복원능력이 있다면 원칙적으로 지적도상의 경계에 따라 지상경계를 확정하는 것이 판례의 입장이다.
- 주6. 학설은 현실경계와 점유경계를 구분하여 정의하고 있으나(이범관, 2000), 양자는 같은 의미이므로 구분할 실익이 없다. 다만 우리 법률상 현실경계라는 용어는 사용하고 있으나, 점유경계라는 용어는 사용하고 있지 않다(지적재조사에 관한 특별법 제14조 제1항 참조).
- 주7. Bürgerliches Gesetzbuch §920 (1) Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend, Kann die Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der steitigen Fläche zuzuteilen.
- 주8. Münchener Kommentar BGB, Sachenrecht Band6, §§854~1030, 4.Aufl.(2004), C. H. Beck, S.754.
- 주9. '지적측량기준점 이력관리 시스템'은 과거부터 현재 까지 지적측량기준점과 관련된 여러 정보들(성과표, 측량노선망도, 필지별 사용 이력 등)을 한눈에 알 수 있도록 시각화한 것이다.

## 참고문헌

## References

곽인선·고준환. 2009. 디지털지적 기반 경계복원측량 방안 연구. 한국지적학회 학술대회논문집. 1-18

Gwak IS·Ko JH. 2009. *A Study on the Boundary relocation surveying Method of Digital Cadastre*. The Korea Society of Cadastre Conference Papers. 1-18.

김육남·박희주. 1998. 수치지적에서 토지경계의 등록과 복원에 관한 연구. 한국측지학회지. 16(1):9-15.

Kim UN·Park HJ. 1998. A Study on the Registration and Reconstruction of the Land Boundary Location in Numerical Cadastre. *Korean Journal of Geodetic*. 16(1):9-15.

박태신. 2000. 토지경계확정소송에 관한 고찰. 연세법학연구. 7(2): 269-277.

Park TS. 2000. A Study on the Land Boundary Demarcation Suit. *Yonsei Law Review*. 7(2):269-277.

서철수 외. 2006. 경계복원측량의 모형에 관한 연구. 한국지적학회지. 22(1):115-125.

Seo et al. 2006. A Study on the model Boundary relocation surveying. *Korean Journal Cadastre*. 22(1):115-125.

신국미. 2017. 경계분쟁과 토지경계확정소송. 한국지적정보학회지. 19(2):139-152.

Shin GM. 2017. A Study on the Land Boundary Dispute and Land Boundary Demarcation Suit. *Journal of the Korean Journal Cadastre Information Association*. 19(2):139-152.

신국미. 2016. 지적도상의 경계와 현실경계가 상위한 토지의 소유권범위. 입감법학. 33:209-234.

Shin GM. 2016. A Study on the Range of Landownership in Case of the Existence of Difference between Map-based Land Boundary and Actual-based Land Boundary. *Ilkam Law Review*. 33:209-234.

신국미. 2015. 지적재조사에 관한 특별법 제14조의 경



- 계설정기준에 관한 연구. 한국지적학회지. 31(3): 107-122.
- Shin GM. 2015. A Study on the Rule of Land Boundary Demarcation in Article 14 of Special Act on Cadastral Resurvey. *Korean Journal of Cadastre*. 31(3):107-122.
- 유승정. 1997. 경계복원측량. 민사재판의 제문제. 9:117-131.
- Rhyu SJ. A Study on the Boundary relocation surveying. *Various Problems of Civil Trial*. 9:117-131.
- 이법관. 2000. 취득시효로 인한 도상경계의 설정 연구. 한국지적학회지. 16(1):9-21.
- Lee BG. 2000. A Study on the Establishment of Cadastral Map Boundary by the Positive Prescription. *Korean Journal of Cadastre*. 16(1): 9-21.
- 이법관·이수창. 2003. 경계감정측량의 평가와 개선방향연구. 한국지적정보학회지. 5:65-82.
- Lee BG·Lee SC. 2003. A Study on the Evaluation and Improvement Direction of the Cadastral Appraisal Surveying. *Journal of the Korean Journal Cadastre Information Association*. 5:65-82.
- 이학수. 1995. 경계복원측량을 둘러싼 제문제에 대한 고찰. 판례연구. 5:32-55.
- Lee HS. 1995. A Study on Various Problems related with Boundary Relocation Surveying. *Study on Precedents*. 5:32-55.
- 이철규. 1998. 토지상의 경계에 관한 분쟁의 법적 해결방안. 재판과 판례. 7:150-175.
- Lee CK. 1998. Legal Settlements of Disputes on Land Boundary. *Trials and Precedents*. 7:150-175.
- 장길현 외. 2007. 도해지역 경계복원측량의 성과산정에 관한 연구. 2007 대한토목학회 정기학술대회 논문집. 3534-3537.
- Jang et al. 2007. *A Study on the Calculation of Result for Graphical Cadastral Boundary Survey*. 2007 Korean Society of Civil Engineers Conference Papers. 3534-3537.
- 한광세. 1975. 토지경계확정소송에 관한 고찰. 사법논집. 7:413-434.
- Han KS. 1975. A Study on the Land Boundary Demarcation Suit. *Collected Papers on Jurisdiction*. 7:413-434.
- Münchener Kommentar BGB. 2004. Band6 Sachenrecht. §§854~1030. 4.Aufl. C.H.Beck.

2017년 10월 10일 원고접수(Received)

2017년 11월 21일 1차심사(1st Reviewed)

2017년 12월 8일 게재확정(Accepted)

---

초 록

서로 인접하는 토지소유자간에 경계분쟁이 발생한 경우 원칙적으로 지적도를 기준으로 그 침범여부를 가려야 하는데 이 때 지적공부상의 경계를 실지에 복원하기 위하여 행하는 측량이 바로 경계복원측량이다. 토지반환, 건물철거 등의 민사사건에서 실무상 접하는 거의 모든 측량이 여기에 해당하며 그 측량성과는 판결의 결과에 결정적인 영향을 미친다. 그러나 경계복원측량은 측량을 수행하는 측량기술자 개인의 지식과 경험에 의존함으로써 상이한 측량성과를 가져오는 경우가 많다.

이 글은 인접하는 토지소유자간의 경계분쟁이 있는 경우에 이를 해결하기 위한 수단으로 행해지는 경계복원측량이 소송실무에서 어떻게 작용하는가. 특히 경계복원측량에 관한 법 규정과 대법원판례를 검토함으로써 경계복원측량의 법리가 무엇인지를 파악하고자 하였다. 이를 통해 측량기술자가 경계복원측량을 실시하는 경우에 이러한 판례 법리에 입각하여 측량하도록 함으로써 일관되고 신뢰성 있는 측량성과를 달성하는데 기여하고자 한다.

---

주요어 : 경계복원측량, 경계분쟁, 지적공부, 측량기술자, 대법원판례