

독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한 법리를 다시 생각하며  
-대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 판결 등-

손 홍 락  
(동아대학교 법학전문대학원 조교수)

I. 들어가며

1. 오늘 뜻깊은 우리 부산판례연구회 2023년 송년회에서 이렇게 과분하게 발제의 말씀을 올리게 되어 무한한 영광입니다. 여러모로 부족함에도 발표자로 참석할 수 있도록 배려해 주신 존경하는 김문관 회장님과 배동한 간사님을 비롯한 모든 회원님들께 깊은 감사 말씀드립니다.

1987. 9. 1. 부산고등법원이 개원하고, 존경하는 조무제 전 대법관님을 비롯하여 뜻을 같이 하시는 부산의 13분 판사님께서 주축이 되어 1988. 11. 14.경 자랑스러운 우리 부산판례연구회가 자생적으로 설립되었습니다.<sup>1)</sup> 그리고 1991. 2. 5. 25분으로 늘어난 회원분들께서 함께 연구하신 결과물을 담은 판례연구 제1집이 이 세상에 나오게 되었는데, 그 옥고 중 하나가 조무제 전 대법관님이 쓰신 “지방자치단체가 사인의 토지를 도로로 사용함으로써 인한 부당이득”이었습니다. 이후 2003년경 발간된 판례연구 제14집에는 현 회장님이신 김문관 수석부장님께서, “배타적 사용·수익권이 포기된 토지를 제3자가 점유하는 경우, 토지소유자의 방해배제 및 부당이득반환청구” 라는 귀한 옥고를 남겨 주셨습니다. 뿐만 아니라 존경하는 여러 회원님들께서 오늘 발표 주제와 관련된 훌륭한 연구결과물을 판례연구를 통해 발표해 주셨고, 이는 오늘날 토지소유자 및 그 특별승계인의 독점적·배타적 사용·수익권의 행사 제한 관련 법리를 가다듬고 발전 시키는데 매우 중요한 역할을 하였다고 생각되었습니다.

2. 이같이 제가 오늘 말씀드릴 주제는 우리나라만의 독특한 시대적 현실을 배경으로 발생한 사회현상을 해결하는 법리로 오랜 기간 유지·발전해 온 ‘독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한’ 법리에 관한 것입니다.<sup>2)</sup> 어쩌면 이 법리(또는 이 법리를 둘러싼 법적 논쟁)야말로 존

1) 법원도서관, 대한민국 법원구술총서 4 「법관의 길 조무제」, 법원도서관, 2023. 106쪽 이하.  
2) 조무제, “지방자치단체가 사인의 토지를 도로로 사용함으로써 인한 부당이득”, 판례연구 제1집, 부산판례연구회, 1991. 229면에서는, 지방자치단체의 도로 점유로 인한 부당이득에 관한 사안을 일본 등 외국의 판례에서 거의 찾을 수 없는데 비하여 우리의 경우에는 1960년대 후반 이후에 그와 같은 사안이 많이 발생한 것은 당시의 경제발전의 급박한 필요에서 위법 여부를 돌볼 겨를 없이 강행한 행정방식에 연유한 것이라고 추측한다. 김문관, “배타적 사용·수익권이 포기된 토지를 제3자가 점유하는 경우, 토지 소유자의 방해배제 및 부당이득반환청구”, 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003. 각주 1); 임한흠, “도로부지로 된 토지에 대한 종전 소유자의 사용·수익권 포기 및 그 특정승

경하는 여러 훌륭한 분들의 재판과 연구, 그 과정에서의 성찰, 반성과 상호작용 속에서 한국적인 현상에 대응해 발전해 온, 그리고 여전히 발전해 가고 있는 (한편으로는 강력하게 그 공식적 폐기가 주장되는) 가장 한국적인 법리(또는 법리 논쟁)로 평가할 수 있지는 않을까 하는 생각도 듭니다.

이하의 발표 말씀은, 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다26455 전원합의체 판결을 대상판결로 하여, 이 판결 법정외견(다수의견)을 존중하고 그 정당성을 지지하는 기초에서 말씀드리는 것으로, 발표자가 이 판결 선고되던 해에 변호사로 일하던 당시 작성한 부끄러운 졸고<sup>3)</sup>에 기초하여 그 연장선에서 말씀드리는 것임을 먼저 말씀 올립니다.

우리 대법원은 대상판결을 통하여 이 법리에 대한 최종적인 입장을 밝힌 것으로 평가할 수 있을 것인데, 발표자는, 대상판결이 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 밝힌 「이 법리는 ‘사적 자치의 원칙을 전제로 토지 소유자의 의사에 기초하여 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 것’이라는 입장」에 주목하여 대상판결을 중심으로 (부족하나마) 이 법리의 본질에 대한 소견을 말씀드리고 대상판결의 쟁점을 살핀 후, 대상판결 이후 선고된 판결 중 일부를 아울러 간략하게 소개해 보고자 합니다.

II. 대상판결 사실관계와 판결 요지

1. 사실관계<sup>4)</sup>

(1) 원고는 용인시 처인구 (주소 생략) 전 1,587㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)의 현 소유자이고, 그 토지에는 우수관(이하 ‘이 사건 우수관’이라 한다)이 매설되어 있었는데, 이 사건 우수관이 설치되기 전에는 저지대인 이 사건 토지로 빗물과 인접 토지의 생활하수가 흘러와 도랑의 형태로 이 사건 토지를 가로질러 악취를 풍기고 주변경관을 해치고 있었다.

(2) 이 사건 토지를 소유하던 망인을 포함한 마을 주민들은 1970~1980년경 새마을운동 사업을 추진하면서 주민회의를 거쳐 이 사건 토지에 우수관 시설을 설치하여 인근에 위치한 주택들에서 나오는 오수가 유입되도록 함으로써 악취 및 경관 문제를 해결하기로 하였다. 이에 따라 이 사건 토지를 관통하던 도랑을 대체하여 이 사건 우수관이 매설되었는데, 이로써 이 사건 토지 중 실제 밭으로 이용할 수 있는 면적이 증대되었다.

(3) 이후 망인이 1994년경 사망하였고, 원고가 1995. 5. 29. 협의분할에 의한 상속을 원인

계인의 부당이득반환청구”, 민사재판의 제문제 제10권, 한국사법행정학회, 2000. 각주 3)에서도 각 위 내용을 인용하고 있다.

3) 손홍락, “독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한 법리에 관한 대법원 전원합의체 판결에 대한 소고 -대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 판결-”, 민사법의 이론과 실무 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019.

4) 대상판결에서 정리한 사실관계이며, 이 사건 원고 청구 중 상고되어 대상판결에서 쟁점이 된 부분의 사실관계에 한정된다. 한편 별지 도면 표시 17, 37, 38,의 각 점을 순차로 연결한 ㄴ부분 지하에는 우수관(이하 ‘이 사건 우수관’이라 한다)이 매설되어 있었고, 그 지상은 도로로 사용되고 있었다.

으로 이 사건 토지의 소유권이전등기를 마쳤다.

(4) 이 사건 토지 진입로 부분(원심판결 별지 도면<sup>5)</sup>의 15, 37의 각 점 주변 부분)부터 이 사건 단독주택(망인이 1987. 3. 3. 건축한 연면적 221.19㎡의 스텔트 연와 목구조 단독주택으로서 원심판결 별지 도면의 12, 13, 31의 각 점 주변 부분에 위치하고 있다가 2011년경 이후 철거되었다)이 위치하던 곳의 앞부분까지는 콘크리트로 포장되어 있고, 포장도로 중간에 등근 맨홀이 설치되어 있으며, 그 출입구 부근에 사각형의 이 사건 우수관 맨홀 덮개가 설치되어 있다.

(5) 피고는 2008. 11. 19. 이 사건 토지의 좌측 상단부(원심판결 별지 도면의 2, 3, 28의 각 점 주변 부분)에 한강수계개발사업의 일환으로 우수관을 설치한 바 있는데, 그 우수관의 위치가 이 사건 우수관과 일부 중첩된다.

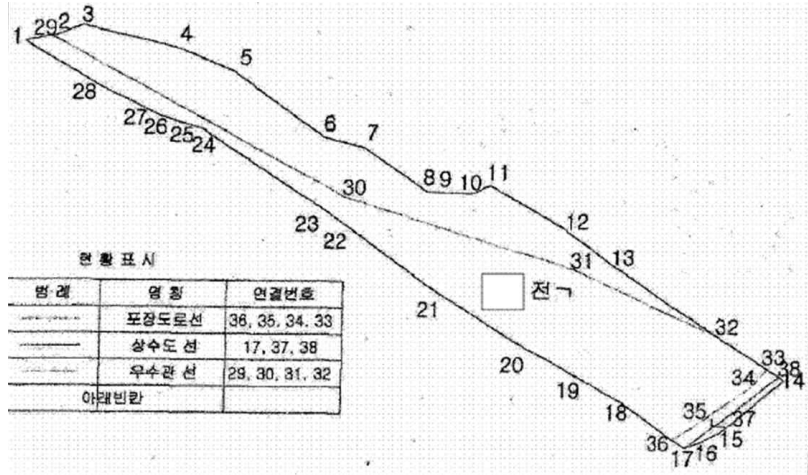
(6) 이 사건 단독주택이 철거되기 전까지 망인과 원고는 피고에게 이 사건 우수관의 철거 또는 부당이득반환을 요구한 적이 없다.

(7) 이 사건 우수관은 이 사건 토지 주변 주민들의 편익을 위한 시설일 뿐만 아니라 공공수역의 수질보전 역할도 하고 있다. 이 사건 우수관이 철거될 경우 인근 주민들이 그들의 주택에서 우수와 오수를 배출하기 곤란해진다.

2. 당사자 주장 요지<sup>6)</sup>

원고는 이 사건 토지 소유자로서 이 사건 토지에 매설된 이 사건 우수관 (및 이 사건 우수관의 관리주체인 피고(용인시))를 상대로 이 사건 우수관 및 우수관의 철거와 함께 그 부분 토지 사용에 따른 차임 상당의 부당이득반환을 구하고, 이에 대하여 피고는 망 소외인 (이하 ‘망인’ 이라 한다)이 이 사건 우수관 (및 우수관)이 설치된 토지의 지하부분에 대한

5) 원심 별지 도면은 이와 같다.



6) 대상판결의 쟁점이 되는 주장에 한하여 기재하였다.

여 스스로 우수관(과 우수관)을 매설할 수 있도록 토지를 제공함으로써 그 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였으므로, 그 상속인인 원고도 그러한 제한이 있는 토지를 상속하였으며, 피고가 이들을 설치한 사실도 없으므로 그로 인하여 점유 상당의 부당이득을 취한 바도 없다고 주장하였다.

3. 제1심법원 판결 : 수원지방법원 2013가단53256 판결

제1심법원은, 이 사건 우수관 (및 우수관)의 매설 및 관리책임 주체를 용인시장으로 판단하고, 망인이 이 사건 토지를 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 볼 수 없다고 판단<sup>7)</sup>하면서, 원고의 피고에 대한 이 사건 우수관 (및 우수관) 철거청구를 모두 인용하고, 피고에게 피고가 이 사건 우수관 (및 우수관) 부분 점유를 개시할 당시(매설 당시) 상태 현황인 도로를 전제로 이 부분 차임 상당 부당이득액의 지급을 명하는 내용의 판결을 선고하였다.

4. 원심법원 판결 : 수원지방법원 2014나46157 판결

그러나 원심법원은 피고의 망인의 이 사건 우수관에 대한 독점적·배타적 사용·수익권 포기 주장을 받아들여<sup>8)</sup> 이 사건 제1심판결 중 이 사건 우수관 부분에 관한 철거청구 및 그 해당 부분 부당이득반환을 명한 판결 부분을 취소하고 나머지 피고(항소인)의 항소를 기

7) 망인이 1987. 3. 3. 이 사건 토지상에 주택을 신축하였고 그 주택에 관한 건축물대장에 오수정화시설이라는 언급이 있기는 하지만, ① 토지소유자 망인이 이 사건 우수관과 우수관 부분 토지에 관한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다는 직접적인 증거가 없는 점, ② 이 사건 토지 경계 좌측 부분 안쪽에 제2의 우수관이 매설되어 있었고, 피고가 그 중 일부를 철거하였으며 나머지 부분도 철거할 예정인 바, 건축물대장상 ‘오수정화시설’이라는 표현은 피고가 철거하기로 한 제2의 우수관을 지칭하는 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 우수관은 이 사건 이 사건 토지의 중앙 부분을 길게 관통하여 매설되어 있어 이를 유지한 채 토지 전체에 대한 개발행위를 한다는 것은 현실적으로 매우 어려워 보이는 점, ④ 이 사건 우수관의 주된 용도가 인근 주택들에서 나오는 오수를 이 사건 우수관으로 유입되도록 하는 연결통로 용도인 것으로 보이는 점, ⑤ 위와 같은 상황에서 토지소유자 망인이 1개 필지의 토지에 우수관 1개와 우수관 2개를 매설하는 것을 동의하였을 것으로 보이는 점 등의 사정에 비추어 이 사건 우수관과 우수관이 장기간 매설되어 있었다는 사정만으로 망인이 이 사건 토지를 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

8) 피고의 ‘이 사건 우수관’에 대한 독점적·배타적 사용·수익권 포기 주장에 대하여, ① 이 사건 우수관이 설치되기 전 이 사건 토지에는 인근 주택의 생활하수가 흘러가는 작은 도랑이 있었던 사실, ② 그 후 1970~1980년경 새마을운동의 일환으로 이 사건 토지 지하에 이 사건 우수관이 설치된 사실, ③ 위 설치 당시 망인의 동생인 소외 4가 이 사건 토지가 위치한 마을의 이장이었던 사실 및 ① 이 사건 토지의 인근에 거주하는 다수의 이웃들이 이 사건 우수관의 설치에 망인의 적극적인 동의가 있었다는 취지로 사실확인서를 작성하여 제출한 점, ② 망인 역시 자신의 무허가 건물을 위하여 이 사건 우수관을 사용하였을 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 우수관은 이 사건 토지를 가로질러 매설되어 있는데도 그 규모 역시 망인의 동의하에 설치되었다고 보는 것이 자연스러운 점, ④ 원고가 이 사건 토지 지상의 건물을 철거하기 전에는 피고에게 이 사건 우수관의 철거 및 부당이득을 요구한 적이 없는 점 등의 사정을 인정하면서, 위와 같은 사실 및 사정을 종합하여 보면, 망인은 이 사건 우수관 매설 당시 그 매설부지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 볼 수 상당하다는 이유로 이 부분 피고 주장을 받아들였다. 다만 ‘이 사건 우수관’의 경우, 피고가 이 사건 우수관을 설치할 당시 망인이 이에 동의하거나 그 매설부지에 대한 사용·수익권을 포기하였다고 인정할 증거가 부족하다는 이유로 피고 주장을 배척하였다.

각하는 판결을 선고하였다.

5. 대상판결 : 대법원 2016다264556 전원합의체 판결<sup>9)</sup> 요지<sup>10)</sup>

(1) 대법원 판례를 통하여 토지 소유자 스스로 그 소유의 토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에 그 토지에 대한 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 법리가 확립되었고, 대법원은 그러한 법률관계에 관하여 판사하기 위하여 ‘사용·수익권의 포기’, ‘배타적 사용·수익권의 포기’, ‘독점적·배타적인 사용·수익권의 포기’, ‘무상으로 통행할 권한의 부여’ 등의 표현을 사용하여 왔다.

이러한 법리는 대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서, 현재에도 여전히 그 타당성을 인정할 수 있다. 다만 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익권 행사의 제한 여부를 판단하기 위해서는 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 하여야 하고, 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 특별한 사정이 있다면 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 허용될 수 있다. 또한, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 때에는 사정변경의 원칙이 적용되어 소유자가 다시 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

(2) 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에, 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 한 결과, 소유자가 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있다면, 타인[사인뿐만 아니라 국가, 지방자치단체도 이에 해당할 수 있다, 이하 같다]이 그 토지를 점유·사용하고 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인해 토지 소유자에게 어떤 손해가 생긴다고 볼 수 없으므로, 토지 소유자는 그 타인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없고, 토지의 인도 등을 구할 수도 없다. 다만 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익 권능의 대체적·영구적인 포기는 물건법정주의에 반하여 허용할 수 없으므로, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 보는 경우에도, 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존하기 어려운 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익만이 제한될 뿐이고, 토지 소유자는 일반 공중의 통행 등 이용을 방해하지 않는 범위 내에서는 그 토지를 처분하거나 사용·수익할 권능을 상실하지 않는다.

9) 위와 같은 이 사건 원심법원의 판결에 대하여 피고는 상고하지 않았으나, 원고가 이에 불복하여 상고하였으므로, 원고 청구 중 원고 승소로 확정된 이 사건 오수관 부분은 상고심의 심판대상이 되지 않고, 원고가 불복하는 이 사건 우수관 부분에 대한 항소심 판결 부분만이 그 심판대상이 되었으며, 대상판결 쟁점은, 독점적·배타적인 사용·수익권 포기에 관한 기존의 대법원 판례를 적용하여 원고의 이 사건 우수관 철거 및 부당이득반환청구를 배척할 수 있는지 여부이다.

10) 대상판결 다수의견에 대한 보충의견, 반대의견 1, 반대의견 2는 본 발표문 본문에서 논의에 필요한 범위 안에서 이를 별도로 제시하고자 한다.

(3) ① 위와 같은 법리는 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로 이외의 다른 용도로 제공한 경우에도 적용된다. 또한, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 해석되는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 지하 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한되는 것으로 해석함이 타당하다.

② 상속인은 피상속인의 일신에 전속한 것이 아닌 한 상속이 개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리·의무를 승계하므로(민법 제1005조), 피상속인이 사망 전에 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있고 그 토지가 상속재산에 해당하는 경우에는, 피상속인의 사망 후 그 토지에 대한 상속인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 보아야 한다.

③ 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 토지의 소유권을 경매, 매매, 대물변제 등에 의하여 특정승계한 자는, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하므로, 그러한 특정승계인은 그 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다.

이때 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 특별한 사정이 있는지 여부는 특정승계인이 토지를 취득한 경위, 목적과 함께, 그 토지가 일반 공중의 이용에 제공되어 사용·수익에 제한이 있다는 사정이 이용현황과 지목 등을 통하여 외관에 어느 정도로 표시되어 있었는지, 해당 토지의 취득가액에 사용·수익권 행사의 제한으로 인한 재산적 가치 하락이 반영되어 있었는지, 원소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 무상 제공한 것이 해당 토지를 이용하는 사람들과의 특별한 인적 관계 또는 그 토지 사용 등을 위한 관련 법령상의 허가·등록 등과 관계가 있었다고 한다면, 그와 같은 관련성이 특정승계인에게 어떠한 영향을 미치는지 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(4) 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한은 해당 토지가 일반 공중의 이용에 제공됨으로 인한 공공의 이익을 전제로 하는 것이므로, 토지 소유자가 공공의 목적을 위해 그 토지를 제공할 당시의 객관적인 토지이용현황이 유지되는 한도 내에서만 존속한다고 보아야 한다. 따라서 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공함으로써 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된다고 하더라도, 그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되고, 소유자가 일반 공중의 사용을 위하여 그 토지를 제공할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었으며, 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에는, 토지 소유자는 그와 같은 사정변경이 있을 때부터는 다시 사용·수익 권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리를 주장할 수 있다고 보아야 한다. 이때 그러한 사정변경이 있는지 여부는 해당 토지의 위치와 물리적 형태, 토지 소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 제공하게 된 동기과 경위, 해당 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용상태가 바뀐 경위와 종전 이용상태와의 동일성 여부 및 소유자의 권리행사를 허용함으로써 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판

단하여야 한다.

### III. 대상판결의 검토

#### 1. 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한에 관한 법리의 타당성

##### 가. 판례의 전개<sup>11)</sup>

「대법원 1973. 8. 21. 선고 73다401 판결은, 원고의 선대인 망인이 소유하던 토지를 분할하여 그중 주택지 부분은 각각 분양하여 매도하고 위 각 주택지에서 공로로 통하는 토지 부분은 매도하지 않고 주택지 매수인들의 통행에 제공한 사안에서, “위 소외 망인은 위 각 주택지를 매각처분할 때 특단의 사정이 없는 한 그 주택지 매수인 기타 그 주택지 내에 거주하게 될 모든 사람에게 주택지에 접한 본건 토지를 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하였다고 볼 것이고, 위 주택지 일대가 주택단지로 형성되어 그 주민들이 본건 토지를 공로에 이르는 통로로 상용하게 되자 인근 주민 등도 통행하게 됨에 따라 본건 토지가 사실상 도로화되어 불특정 다수인들이 통행하게 되리라는 것은 당초 통로(도로)로 공여할 때부터 미리 알 수 있었던 것이어서 그들의 통행을 인용할 의무를 처음부터 부담하게 되었다고 할 것이고, 위 소외 망인으로부터 본건 토지를 상속 취득한 원고는 위 인용의무를 승계 부담한 것이라고 볼 것”이라고 판단하였다.

대법원 1974. 5. 28. 선고 74다399 판결은, 종전의 토지 소유자가 일단의 택지를 여러 사람에게 분양할 때 그 택지로부터 공로에 이르는 통행로로 제공하기 위하여 그 소유의 토지에 도로를 설치한 사실이 인정됨을 전제로, “특별한 사정이 없는 한 위 토지들의 소유자는 그 주변의 택지를 분양할 때 그 택지의 매수인 기타 그 주택지 안에 거주하게 될 모든 사람들에 대하여 그 주택지에 접한 이 사건 토지들을 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하였다고 볼 수 있기 때문에 이 토지의 소유자들은 위의 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다.”라고 판단하였고, 이러한 판시는 대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결에도 인용되었다.

이후 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결에서 “어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반의 통행로로 사용되고 있는 경우 토지 소

11) 이 부분 기재 내용은 대상판결이 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 견지한 판례 전개 상황을 옮긴 것이다. 한편 이 법리의 명시적 폐기를 주장하는 견해를 대표하는 권영준, 민법학의 기본원리, 박영사, 2020, 280면 이하는, 이 법리에 대한 비판을 고려하여 이 법리를 재조명하는 대법원 판결들이 선고되었는데, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009다228, 235 판결은 배타적 사용수익권의 포기가 민법의 질서와 체계를 현저히 교란한다는 문제점을 정면으로 지적한 최초의 판결로 변화의 출발점에서 있다고 하고, 이 판결 선고로부터 약 3개월 후에 부당이득반환청구 사건과 관련하여 기존 판례를 사실상 재해석하는 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다83649 판결이 선고되었다(이 판결에서 배타적 사용수익권 포기는 채권적 성격을 가진다고 판단)고 하며, 나아가 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다81049 판결도 물권적인 의미의 배타적 사용수익권 포기는 물권법정주의에 반하여 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다는 입장을 다시 재확인하였다고 설명한다.

유자가 그 사용·수익권을 포기하였다거나 도로로서의 사용승낙을 하였다고 의사 해석을 함에 있어서는”이라고 실시함으로써 ‘사용·수익권의 포기’라는 표현이 사용되었고, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다7166 판결에서 “소외 회사는 자신이 조성한 아파트단지의 효용증대를 위하여 이 사건 토지에 대한 배타적인 사용·수익권을 포기하고 스스로 이를 도로로 제공하였다고 볼 것”이라고 실시함으로써 ‘배타적 사용·수익권의 포기’라는 표현이 사용되었으며, 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다2315 판결에서 “적어도 이 사건 대지상에 도로 등을 개설하여 사용하는 것을 승낙하고 그 대지 부분에 대한 독점적·배타적 사용·수익권을 포기하였다고 볼 수 있다.”라고 실시함으로써 ‘독점적·배타적 사용·수익권의 포기’라는 표현이 사용되었는데, 이후의 판결들에서 이러한 표현들은 반복하여 인용되었다.

이처럼 대법원 판례는 토지 소유자 스스로 그 소유의 토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에 그 토지에 대한 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 법리를, ‘무상으로 통행할 권한의 부여’, ‘사용·수익권의 포기’, ‘배타적 사용·수익권의 포기’, ‘독점적·배타적인 사용·수익권의 포기’ 등의 표현을 사용하여 판시하여 왔다」<sup>12)</sup>.

##### 나. ‘독점적·배타적인 사용·수익권의 포기’의 법적 성질에 관한 기존 견해들

(1) 기존 대법원 판례가 실시하는 ‘독점적·배타적인 사용·수익권의 포기’의 법적 성질에 관하여 대상판결 선고 전까지 여러 의견이 제시되었는데, ‘물권변동을 가져오는 법률행위로서의 권리포기라는 견해’<sup>13)</sup>, ‘채권적 의미의 사용승낙으로 보는 견해’<sup>14)</sup>, ‘권리를 행사하지 않는 사실적 상태로 보는 견해’<sup>15)</sup>, ‘형평의 원칙 등에 입각한 상대적 개념으

12) 한편 반대의견 2는, 88다카16997 판결 이전의 대법원판결은, ‘무상통행권 부여’를 원인, 즉 ‘법률요건’으로 하여 그 ‘법률효과’로서 토지 소유자의 배타적 사용수익권 행사가 제한된다고 선언한 것임에 반해, 88다카1669 판결 등은 토지 소유자의 권리행사가 제한되는 법률효과를 발생시키는 새로운 원인으로 배타적 사용수익권 포기라는 새로운 법리를 전개한 것이라는 의견을 밝히고 있다. 또한, 반대의견 2는 88다카1669 판결 등은 토지 소유자의 권리행사를 제한할 수 있는 법률요건으로서 ‘권리 포기’에 관한 법리를 선언하고 있는데 반하여, 최근 10년여 사이에 선고된 대법원 2009다228 판결 등은 권리 포기의 대세적·영구적 효력을 부정하고 채권적 효력만 인정하는 별개의 새로운 법리를 선언하고 있다는 입장이다.

13) 대법원 판례가 사용하는 ‘포기’의 법적 성질을 권리의 종국적 소멸이라는 물권변동을 초래하는 본래적 의미의 포기라고 보아야 한다고 주장해 온 견해이다. 그 논거로, 포기의 문언적 의미로서, 사용을 승낙하였거나 현실적으로 권리를 행사하지 않고 있다고 하여 그러한 상태를 포기로 지칭하지는 않는 점, 포기로 인하여 타인이 자신의 부동산을 점유 사용함에도 불구하고 부당이득반환청구의 손실요건을 충족하게 만드는 점, 대법원이 ‘...배타적 사용수익권을 포기 또는 상실한 사실이 있다면...’이라는 표현을 사용하여 포기와 상실을 등가적으로 사용한 점 등을 들었다. 서경환, 전게 논문, 479면; 권영준, “배타적 사용수익권 포기 범리에 관한 비판적 검토”, 법학 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 308-311; 문춘언, “배타적·수익권의 포기와 신의칙 적용”, 판례연구 제26집, 부산판례연구회, 2015, 52면 등 참조.

14) 배타적 사용수익권 포기를 일반 공중의 무상통행을 수인할 의무를 부담할 행위 내지 일반공중에 무상통행권을 부여하는 채권적 행위로 보는 견해이다. 김문관, 전게 논문, 110면; 권영준, 전게 논문, 321면; 서경환, 전게 논문, 480면; 문춘언, 전게 논문, 52-53 등 참조.

15) 서경환, 전게 논문, 480면은, “배타적 사용수익권의 포기는 단순히 독점적이고 배타적인 사용·수익을 하지 않는 사실상태 또는 토지 소유자의 소극적인 심리상태를 의미할 뿐이고, 일반 공중의 무상통행권은 그 반사적 이익에 불과하다는 견해이다”라고 설명한다. 임한홍, 전게 논문, 257면 참조.

로 보는 견해' 16), '소유권 불행사의 의사표시라는 견해' 17), '무상통행권으로 보는 견해' 18) 등으로 정리될 수 있어 보인다<sup>19)</sup>.

그러나 대상판결 반대이견 1(이하 '반대의견 1'이라 한다)이 집약적으로 제시<sup>20)</sup>하고 있듯이 대법원의 '독점적·배타적인 사용·수익권 포기'의 법적 성질을 위와 같은 기존 견해로 설명하기에는 각기 일정한 한계를 지니고 있었다.

#### 다. 대상판결 선고 후의 견해들

한편 대상판결 선고 이후에도 대상판결에 대한 평석 등의 형식으로 대상판결에 대한 평가는 물론, 이 법리에 관한 다양한 의견이 개진되고 있다<sup>21)22)</sup>. 이에 대하여는 필요한 경우

16) 서경환, 전계 논문, 480-481은, “ ‘포기’의 개념을 물권의 포기 또는 채권적 포기라고 단정할 수 없고, 포기란 법률행위로서의 포기라기보다는 토지 소유자에 대하여 추단되는 ‘처음 통행로로 제공할 당시의 주관적 의사’를 의미함과 동시에 그 결과 토지 소유자 내지 승계인이 일반 공중 또는 지방자치단체에 대하여 배타적 사용수익권을 ‘주장할 수 없다’는 의미를 함께 내포하는 상대적 개념으로 이해하는 견해이다. 이 견해는 나아가 이와 같이 포기를 절대적·영속적 개념으로 보지 않고 상대적 개념으로 파악하는 경우 위 법리가 적용되는 영역을 가능한 한 최소화하고 배타적 사용수익권의 ‘회복’을 용이하게 인정할 수 있다고 주장한다”고 설명한다. 이 견해에 대한 다른 설명은, 류준구, “중전 소유자가 독점적·배타적 사용수익권을 포기한 토지의 소유권을 특정승계한 자가 위 토지를 도로로 사용점용하고 있는 지방자치단체를 상대로 인도 또는 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부”, 재판과 판례 제22집, 대구판례연구회, 2013, 165면 등 참조; 김문관, 전계 논문, 110-112 참조.

17) 반대의견 2가 대표적이다.

18) 김민정, 전계 논문, 82면 이하에서는 목시적인 무상 통행지역권 설정행위에 대하여 검토하고, 당사자 사이에서 무상의 통행지역권을 설정하기로 하는 목시적 합의가 있었다고 적극적인 의사해석을 하는 것이 물건법 체계에 더 부합한다는 의견을 밝히고 있으며, 서경환, 전계 논문, 501면 이하에서는 새로운 대안으로서 일본의 목시적 통행지역권을 설명하고 우리나라에서의 도입 필요성과 가능성이 대하여 검토하고 있다.

19) 서경환, 전계 논문, 479-481; 문준언, 전계 논문, 51-54; 장성욱·이현석, “배타적 사용·수익권 포기 법리에 대한 비판”, 일감법학 제14호, 건국대학교 법학연구소, 2018, 168-171 등 참조.

20) 반대이견 1은, 대법원의 기존 법리에는 우리나라의 법체계상 받아들이기 어려운 문제가 있다며, 다음과 같은 논거를 든다. 즉 ① 사용·수익권의 포기를 ‘소유권을 이루는 권능의 일부포기’로 볼 경우 소유권의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 사실상 영구 제한물권의 설정과 마찬가지로 결과를 가져오며 공시의 원칙이나 물건법정주의와도 부합하지 않는다. ② 사용·수익권의 포기를 ‘채권적 의미의 포기 또는 사용승낙’으로 보는 것이라면, 왜 채권계약의 당사자가 아닌 제3자에게 그 효력이 미치는지 설명하기 어렵다. ③ 사용·수익권의 포기를 ‘권리 불행사의 상태’로 보는 경우에도, 소멸시효가 완성되었거나, 장기간 권리를 행사하지 않던 토지 소유자의 새삼스러운 권리행사가 신의성실의 원칙(이하 ‘신의칙’이라고만 한다) 또는 이른바 실효의 원칙에 위반되는 경우가 아닌 한, 권리가 소멸하거나 그 행사가 불가능하게 되었다고 볼 수 없다는 점에서 부당하다. ④ 사용·수익권의 포기를 ‘신의칙상 권리행사 제한’으로 보더라도, 적법하게 소유권을 취득한 자의 권리행사를 신의칙이라는 명목하에 쉽사리 배척하는 것이 되어 받아들일 수 없다. ⑤ 일반 공중의 통행 등으로 인하여 소유자가 토지를 사용·수익할 수 없는 상태에 이르렀다면 이는 금전적 전보가 필요한 이른바 ‘특별한 회생’에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데도 토지 소유자의 사용·수익권의 포기를 긍정함으로써 국가 또는 지방자치단체에 대한 부당이득반환청구를 배척하게 되면, 이는 실질적으로 보상을 수용을 인정하는 것과 마찬가지로 되어, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한에 대하여 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항의 취지에 어긋난다.

21) 대상판결 선고 후 출간된 논문 등으로는 가령, 이성진, “토지소유자의 배타적 사용수익권 포기 - 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결-”, 토지법학 제35권 제1호, 한국토지법학회, 2019; 이계정, “2019년 분야별 중요판례분석 3) 민법(상)” 법률신문 4769호, 법률신문사, 2020; 권영준 “2019년 민법 판례 방향”, 법학 61권 1호, 서울대학교 법학연구소 2020; 권영준, “The Doctrine on the Restriction of the Landowner’s Exclusive Right to Use and Profit: An analysis of the Supreme Court en banc Decision 2016Da264556 (Jan. 24, 2019)”, Journal of Korean Law Vol. 20, 아시아태평양법연구소, 2021; 윤진수, “[판례33] 배타적 사용수익권의 포기 대법원 2019. 1. 24.

이하 본 논의 곳곳에서 이를 언급하기로 하되, 다만 본 발표는 기존 의견에 대한 정리 및 평가보다는 부족하나마 발표자의 소견을 중심으로 말씀드리고자 한다.

#### 라. 소견의 개관

부족하나마 발표자의 소견을 먼저 개관하여 말씀드리면, 결국, 이 법리의 법적 근거는 다음 아닌, 토지 소유자와 그 특정승계인의 의사에 있다고 생각한다. 민법의 기본원칙인 사적자치 원칙의 본질은 자신(당사자)의 의사에 기한 법률관계의 자기결정적 형성이라고 할 수 있다<sup>23)</sup>. 즉 법률행위가 그 효력을 갖는 본질적 근거는 당사자의 주관적 내심적 효과의사에 따른 것이기 때문이다<sup>24)</sup>. 이와 같은 대원칙에 따라 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’ 하는 토지 소유자 등의 자발적인 그 스스로의 의사에 따라 그 의사표시를 요소로 하는 법률행위가 성립하고, 그 법률행위에 따른 법률효과로서 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사’라는 결과가 발생하는 것이다. 다만 그 의사표시라는 것이 대부분 1960년대 내지 1970년대를 비롯하여 상당히 오래전에, 게다가 대부분 뚜렷한 처분문서 등의 증거 없이 묵시적으로 이루어진 경우가 많아, 그 당사자 의사를 규범적·합리적으로 해석하기 위한 그 의사해석 내지 법률행위 해석을 위한 합리적인 기준을 제시하는 것이 이 법리의 본질

선고 2016다264556 전원합의체 판결”, 홍문사, 2020; 양형우, “토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한 -대법원 2019. 1. 15. 선고 2016다264556 판결-”, 홍익법학, 제20권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2019, 532-535; 홍승면, “배타적 사용·수익권 포기가 아닌 경우에 부당이득반환청구의 신의칙상 제한가능”, 판례공보스터디 민사판례해설, 2. 2020. 7. 1.자 공보 ~ 2021. 6. 15.자 공보, 서울고등법원 판례공보스터디, 2021; 윤동현, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 검토”, 사법논집 제69집, 사법발전재단 2019; 김상현, “배타적 사용·수익권 포기 법리의 타당성 여부 재론하여”, 재산법연구 36권 1호, 한국재산법학회, 2019; 노재승, “독점적·배타적 사용수익권의 포기 이론에 대한 판례의 전개 과정과 법적 성질 검토”, 재판과 판례 제29집, 대구판례연구회, 2020; 윤용석, “토지소유자의 독점적 배타적인 사용수익권 행사의 초기에 관한 법리”, 법학연구, 제60권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 63-93면; 정구태, “이른바 배타적 사용수익권 포기 법리 재론”, 영남법학 제54호, 2022; 김봉수, “도로통행으로 인한 토지소유권의 제한”, 민사법의 이론과 실무, 제25권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2022; 송재일, “대법원 판례법리(배타적 사용·수익권 포기의 법리), 그 유지와 변경”, 민사재판의 제문제 29권, 한국사법행정학회, 2022, 540-608 등; 대상판결을 평석대상으로 한 것은 아니지만 대상판결 선고 직후 경 출간된 논문으로, 허민, “사실상 도로에 관한 소유권의 원만한 실현— 신의칙에 기초한 배타적 사용수익권의 포기 법리를 중심으로 —”, 민사판례연구 제41권, 2019 등 참조.

22) 대상판결 다수의견에 정당성을 인정하는 입장과 이를 부정하는 입장의 예를 들면, 우선 정당성을 부정하는 입장으로, 양형우, 전계 논문, 550면은 “토지가 인근 주민이나 일반 공중을 위한 용도로 사용되고 있더라도 주위토지통행권·지상권과 같은 물권이나 기부채납의 약정·임대차·사용대차와 같은 채권적 토지이용계약이 성립하였거나, 토지소유자의 권리행사가 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 경우와 같이, 민법 등 법률의 규정과 그에 기초한 법리가 적용될 수 있는 경우에만 토지소유자의 사용수익권을 포함한 소유권 행사가 제한될 수 있다. 따라서 법률상 근거 없고 부동산물권에 관한 민법의 기본원칙에 배치되는 독점적·배타적 사용수익권 포기에 관한 판례법리를 폐기하여야 할 것이다”고 한다. 반면에 대상판결 다수의견에 정당성을 인정하는 입장으로, 이계정, 전계 논문, 7면은 “① 소유자의 자발적인 소유권 행사 제한의 의사를 존중하지 않을 이유가 없는 점, ② 조정을 시도하고 권리의 공동체 관련성에 무게를 두는 유연한 소유권 개념에 부합할 수 있는 점, ③ 배타적 사용수익권 행사가 제한되는 사안을 보면 토지 소유자도 이익을 얻고 일반인도 이익을 얻는 경우가 대부분이므로 사회적 효용을 증가시켜 범경제학적으로 바람직하다는 점 등에서 다수의견을 정당화할 수 있다.”고 한다.

23) 지원림, “법률행위의 효력근거로서 자기결정, 자기책임 및 신뢰보호”, 민사법학 제13, 14호, 한국사법행정학회(1996), 35-85면 참조.

24) 지원림, 전계 논문, 35-85면 참조.

이라고 생각한다. 이와 같이 우리 대법원은 이 법리를 통하여 다분히 후견적 입장에서 묵시적 의사표시로 추단되는 당사자 의사 해석을 위한 기준을 제시하고, 그 의사 해석의 기준을 설정함에 있어 신의칙이나 형평의 원칙 등을 고려한 것이라 생각한다(대사판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 ‘헌법 제119조’를 언급하기도 한다). 따라서 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 포기’ 내지 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’ 법리의 법적 성질은 그와 같은 의사를 의욕한 토지 소유자의 의사를 해석·확정하는 기준을 제시하는 것에 다름 아니라고 생각한다<sup>25)</sup>. 그 의사는 채권적인 성질을 가질 수밖에 없다고 생각되나, 다만 그 의사로 성립되는 법률행위의 성질을 반드시 전형계약에서 유추할 필요는 없고, (그러한 의사를 가지게 된 동기가 무엇이면) 그 스스로 자발적인 의사로 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한하겠다는 의사’를 표시한 것으로 의사해석된다면 그와 같은 의사 특정 이외에, 어떠한 의사표시라고 굳이 반드시 명명할 필요성이 있을지에 대하여는 의문이 있다. 나아가 그 의사 및 그 의사를 요소로 하는 법률행위의 구체적 내용은 각 사건별로 의사해석을 통하여 확정된 후 그 의사 내용대로의 법률효력을 인정하게 될 것으로도 생각된다<sup>26)</sup>.

위와 같은 입장은 모순행위금지원칙, 형평의 원칙 등을 중심으로 하는 기존 신의칙의 작용국면과 다소 차이가 있다고 생각된다. 즉 기존 논의는, 사실상 도로 등 일반 공중을 위한 용도로 사용되고 있는 토지에 관하여 그 토지 소유자의 소유권 중 일부 권능 행사를 제한하기 위하여 신의칙 등이 작용할 수 있다는 데에 논의 중심이 있는 것으로 이해되고, 결국 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 포기’라는 법리는 그 기저에 놓여 있는 그와 같은 신의칙 발현으로 토지 소유자의 소유권 일부 권능 제한의 효과를 가져왔다는 취지로 이해된다. 이는 ‘유연한 소유권 이념의 발현’<sup>27)</sup>으로도 이해될 수 있다고 생각된다. 다만 기존의 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 포기’ 법리를 이와 같은 관점에서 이해하게 되면, 법원이 ‘신의칙’을 명시적으로 제시하지 아니한 채, ‘독점적·배타적인 사용·수익권 포기’

로 인하여 토지 소유자의 부당이득반환청구 및 물권적 청구권이 배제되는 효과를 가져온다는 것인 이상, 대상판결 반대의견 2(이를 ‘반대의견 2’라 한다) 등이 지적하는 바와 같이, 대법원이 명확한 법적 근거도 없이 자체적인 법률요건을 형성하여 토지 소유자의 재산권을 제한하는 결과를 초래하였다는 비판에 직면할 여지가 있을 수 있어 보인다. 반대의견 1 역시 마찬가지로 입장으로 이해된다<sup>28)29)</sup>.

발표자의 이 법리에 대한 소견은, 신의칙, 형평의 원칙, 헌법 제119조 제1항의 원칙 등 일련의 법원리가 이 법리에 투영되어 소유권에 내재한 사회적 구속성을 실현시키는 매개체로서 일반 공중을 위한 용도로 제공된 토지의 토지 소유자의 소유권을 제한하는 결론을 정당화하는 규범적 개념으로 활용된 것이라기보다는, 신의칙 등의 법원리가 이 법리를 통하여 (이 법리에 투영되어) 당사자의 의사를 합리적·규범적으로 해석하는 기준을 설정하는 매개체로서 작동하는 것으로 이해한다<sup>30)</sup>.

결국, 아래에서 살펴보는 바와 같이, 이 법리는 법원이 독자적으로 창조한 법률요건을 이루는 규범이 아니라, 사적자치의 원칙에 따른 당사자 의사해석을 위한 규범적·합리적 해석기준으로서 의미를 갖는 것으로 평가할 수 있다고 여겨지고, 그 의사해석을 위한 해석기준에 신의칙, 형평의 원칙 등 관념이 투영되어 있는 것이라 생각된다. 이는 특정승계인에 대한 이 법리의 본질 역시 다르지 않다고 이해되며, 특정승계인 부분에서 조금 더 상술코자 한다.

#### 마. 사적자치의 원칙에 따른 의사해석 또는 법률행위 해석기준으로서 이 법리의 정당성

(1) 의사표시는 법률효과 발생을 목적으로 하는 의사의 표현행위이므로, 법률효과 발생을 위해서는 내심의 의사가 외부에서 인식될 수 있는 형태로 표시될 것이 요구되지만, 개인에게 부여된 사적자치의 권능은 의사의 표시방법을 언어와 문자와 같은 방식에 한정하지 않고, 의사표시자의 내심적 의사가 추단될 수 있는 일체의 행위형태가 의사표시의 수단으로

25) 가령 토지 소유자가 장기간 권리를 행사하지 않았다는 사정으로 인하여 일반 공중이 무상통행이라는 반사적 이익을 얻는 효과가 발생한 것이라기보다는, 토지 소유자의 그와 같은 거동은 묵시적으로나마 자신이 보유한 토지를 일반 공중을 위한 용도로 무상제공하고 그 용도로 사용되는 범위 안에서 그 자신 소유권의 해당 권능 행사를 그 스스로 제한하겠다는 의사가 추단될 수 있는 의사표시로 평가될 여지가 있는 것이라 생각한다.

26) 가령 직관적으로 일례를 상정하여 본다면, (해당 토지를 당해 일반 공중을 위한 용도로 제공하는 것이므로) 의사표시의 상대방은 해당 토지를 해당 용도로 사용하게 될 불특정 다수인 및 이를 점유·관리하는 자가 될 수도 있을 것이라 생각되고, 그들이 이를 해당 용도로 사용하겠다는 의사를 이를 사용하는 이상 그 사용행위로부터 그 의사를 추단 가능하므로 이러한 형태의 법률행위 성립도 가능할 수 있으리라 생각한다. 다만 대상판결이 제시하는 이 법리에 의할 때, 각 개별 사건에서 개별적으로 어떠한 법률행위가 성립하는지 여부를 굳이 구체적으로 특정하여 밝힐 필요는 없는 것이다.

27) 권영준, “민법학, 개인과 공동체, 그리고 법원”, 비교사법 제22권 제4호, 한국비교사법학회, 2015, 1437-1441 참조. 같은 논문, 1438면은, 기존 대법원 판례에 대하여, “형식적으로는 사유제이지만 실질적으로는 공공재인 사실상 도로에 대한 소유권이 일반적인 소유권과 같이 취급될 수 없다는 유연한 사고방식의 발현이었을지도 모른다”고 설명하고, 같은 논문, 1438-1439에서 “미국 재산법의 핵심 관념 중 하나인 권리의 다발 개념을 떠올려 본다면”.... “여기에서 각각의 다발은 재산권에 수반되는 각각의 이익, 나가서 일정한 경우에는 의무까지도 포함한다. 이러한 관점에 따르면 재산권은 법으로 보호되는 이익 또는 법에 의하여 부과되는 의무의 총체이다”.... “재산권은 당연히 보호되는 것이 아니라 각 이익의 보호필요성 및 다른 이익과의 형량결과에 따라 사회정책의 관점에서 그 보호 여부와 범위가 결정된다”고 설명한다.

28) 마찬가지로 반대견 1은 이러한 관점에서, “토지 소유자의 권리행사가 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 경우와 같이, 민법 등 법률의 명문규정과 그에 기초한 법리가 적용될 수 있는 경우에만 토지 소유자의 사용·수익권을 포함한 소유권 행사를 제한할 수 있다. 그 이외에 토지 소유자의 권리행사를 불허 또는 제한할 수 있는 독자적인 사유로서 법률에 명문으로 규정되어 있지 않은 ‘독점적·배타적인 사용·수익권의 포기’를 인정하는 것은 허용될 수 없다”고 하면서 판례변경의 필요성에 대하여 기술하고 있는 것으로 이해된다.

29) 윤진수, 전제 논문, 174면은 “현재 학설상으로는 토지 소유자의 부당이득반환청구나 물권적 청구권의 행사가 제한되는 근거를 신의성실의 원칙에서 찾는 견해가 유력하다. 즉 토지소유자가 자신의 토지를 지방자치단체나 일반공중이 무상으로 사용할 수 있도록 제공하였다면 그 후에 토지소유권을 주장하여 부당이득이나 물권적 청구권을 행사하는 것은 금반언이나 신뢰보호원칙에 어긋난다는 것이다. 토지 소유자의 권리 행사를 제한하여야 한다고 본다면, 이처럼 신의성실의 원칙에서 근거를 찾는 것이 단점이 적다.”... “그 근거를 사적자치에서 찾는 보충의견도 신의칙을 적용하는 것과 별다른 차이가 없다. 또 이를 토지를 무상으로 이용하는 불특정 다수인에 대한 관계에서 소유권을 행사하지 않겠다는 토지 소유자의 의사표시라고 하는 김계형 대법관의 반대의견에 대하여도, 과연 그러한 의사표시를 인정할 수 있는 것인가 하는 의문이 있고, 이 또한 결과적으로 신의칙을 적용하는 것과 마찬가지로 보인다. 그러나 과연 이러한 법리를 인정할 필요가 있는가”라고 한다.

30) 한편 이 법리가 신의성실의 원칙에 근거한 것이라고 볼 경우 우리 민법 체계와 이론적 정합성을 도모할 수 있다고 하면서, 분쟁 유형과 유형별 문제해결을 검토하는, 허민, 전제 논문, 198면에서는 ‘유형화된 판단기준은 토지소유자의 진정한 의사를 추단하는 해석기준으로서 의미뿐만 아니라 신의칙의 구체적인 발현형태라는 의미도 함께 갖게 된다’고 한다.

사용될 수 있는 가능성을 제시한다<sup>31)</sup>. 이와 같이 의사표시는 언어나 문자를 통하여 자신의 효과의사를 표시할 수 있을 뿐만 아니라 표시자의 행동을 통하여 묵시적(추측할 수 있는 행위)으로도 표시될 수 있으며<sup>32)</sup>, 적극적인 사람의 동작뿐만 아니라 소극적인 침묵도 그 표시 수단으로서 의미는 제한될 수 없다<sup>33)</sup>.

(2) 대상판결은 그 다수의견의 보충의견을 통하여, 이 법리는 민법 등 조문의 해석론이 아니고, 토지 소유자와 이해관계인들 사이에서 구체적 타당성을 도출하기 위한 실무상 필요성에 따라 오랜 기간 토지 소유자의 권리행사 제한에 관한 중요한 기준으로 기능해 왔음을 확인하면서, 이 법리는 사적 자치의 원칙을 전제로 하는 것임을 명백히 천명하고 있다. 즉 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 것은 원칙적으로 그의 ‘의사’에 기초한 것이기 때문이라는 점을 거듭 분명하게 밝히는 것이다. 아울러 이 법리가 그와 같은 토지 소유자 본인의 의사에 기초하여 인정되는 이상 다양한 구체적 각 개별 사건<sup>34)</sup>에서 법원이 그 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한의 원인 행위의 법적 성질이 무엇인지까지 심리하여 이를 특정할 필요나 의무는 없다는 입장도 천명하고 있다.

그러면서, 대법원 88다카16997 판결이 「토지 소유자가 그 사용·수익권을 포기하였다거나 도로로서의 사용승낙을 하였다고 의사 해석을 함에 있어서는」이라고 실시한 다음 구체적인 판단기준을 제시하였고, 위와 같은 실시는 그 이후의 대법원 판례에서도 반복되어 현재까지 이어지고 있는 점 등에 비추어, 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 기존 판례에 설치된 “의사표시”, “의사 해석”이라는 표현은 모두 사적자치의 영역에서 토지 소유자의 사용·수익권에 대한 제한이 용인되는 법리가 적용되는 것임을 의미한다고 설명한다<sup>35)36)</sup>.

31) 최신섭, “묵시적 의사표시와 그 효과”, 비교사법 제7권 2호 (통권 13호), 한국비교사법학회, 2000, 397면 참조.  
 32) 최신섭, 전계 논문, 415면 참조.  
 33) 최신섭, 전계 논문, 397면 참조.  
 34) 이 법리가 문제되는 다양한 개별 사건들 예시는 대상판결 다수의견에 대한 보충의견 기재 내용 및 김영훈, “배타적 사용수익권의 포기 범위의 성격과 그 적용범위”, 민사판례연구 36집, 2014, 75-79; 장성욱·이현석 전계 논문 157-165 등 참조.  
 35) 반대견해 2는 기존 대법원판결을 ‘88다카16997 판결 이전 선고된 판결들’, ‘88다카16997 등 판결’, ‘2009다228판결 등’ 3가지 범주로 분류하고 이 3가지 범주의 판결들이 각기 다른 법적 성질에 기초하고 있다는 의견이지만, 대상판결은 기존 대법원판결들은 일부 표현상의 예외적인 판결들이 있기는 하였으나, 대법원이 확인 적용해 온 이 법리는, 일관하여 토지 소유자는 그 스스로 의사에 기초하여 자발적으로 ‘독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한’을 의욕하였고, 그와 같은 당사자 의사에 기초한 법률행위(다만 그 법률행위의 유형이나 종류를 특정할 필요는 없다)의 효과로서 그가 보유한 토지 소유권에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권 제한 효과가 발생한 것이었다는 취지로 이해된다.  
 36) 한편 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견에서, 반대견해 2가 제시하는 ‘소유권 불행사의 의사표시’라고 하는 ‘상대방 있는 체권적 의사표시’라는 대안에 대하여, 「그 반대견해의 실시만으로는 소유권 불행사의 의사표시에 따라 형성되는 ‘사용대차와 유사한 법률관계’라는 생소한 법률관계가 과연 무엇인지 불분명하고 불확정적인 상태로 남게 된다는 단점」이 있고, 「구체적인 사안에서 위와 같은 의사표시의 존부 자체를 확정하기 어렵다」거나, 「과연 어느 시점에서 토지 소유자의 어떠한 행위와 토지이용상태를 포착하여 의사표시 또는 법률행위가 존재한다고 볼 것인지 확정하기 어렵고, 이는 사실심의 과도한 심리 부담으로 이어질 염려가 있다」고 하여, 반대견해 2가 제시한 ‘소유권 불행사의 의사표시’라고 하는 ‘상대방 있는 체권적 의사표시’를 기존 대법원판결의 법리를 대체할 법리로 채택하기는 어렵다는 입장을 밝히고 있다. 그러나 생각건대 이는 기존 대법원판결이 실시해 온 ‘토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’ 법리

이와 같이 후술하는 바와 같은 대상판결이 밝히는 구체적인 판단기준이란, 토지 소유자의 의사해석을 하는데 있어 고려하여야 하는 기준요소들에 대한 것으로서, 결국 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한이 문제되는 사안에서 당사자인 토지 소유자의 의사해석 또는 그 의사를 본질적 요소로 하는 법률행위 해석을 위한 해석기준으로써 판단기준이라고 할 수 있어 보인다(대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여, 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 시장경제질서와 경제 영역에서의 정의로운 사회질서 형성을 기본 원칙으로 선언한 헌법 제119조의 원칙은 민사법 관계에서 권리의무 내용을 정하기 위한 법률행위 해석의 기초로도 작용하게 되는데, 이 법리도 그 연장선에 있다고 설명하고 있다).

나아가 대상판결은 뒤에서 쟁점별로 다시 살펴보는 바와 같이, 원소유자가 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 경우 그 토지 소유권을 취득한 특정승계인 역시 사적 자치의 원칙을 전제로 그 의사에 기초한 법률효과로서 그 역시 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한을 받게 된다는 취지를 밝히고 있음을 알 수 있다.

(3) 한편 대상판결 이전 대법원판결의 ‘의사표시 해석의 문제점’을 지적하는 기존 견해들은 대체적으로 “배타적 사용수익권을 포기하였다고 의사해석을 하려면 그 의사표시에 자발성과 진실성이 담보되어 있는지 신중하게 검토하여야 하고, 특히 묵시적인 방법으로 그러한 의사표시를 했다고 해석하려면 더욱 각별한 신중함이 필요한데, 판례의 의사표시 해석은 지나치게 의제적이다<sup>37)</sup>거나, 불특정 다수인이 토지를 통행의 목적으로 하고 있어 소유자가 현실적으로 토지를 지배하지 않게 되었다고도 이러한 사실적 지배의 측면에서 바로 법률적 지배의 상실을 초래하는 의사해석을 하는 것은 매우 신중하게 하여야 한다”<sup>38)</sup>거나, “토지 소유자가 일반 공중으로 하여금 자신의 토지를 무상통행할 수 있도록 제공하였거나 이를 용인하였다 하더라도 이는 ‘어느 정도 권리의 제한을 사실상 감수하겠다’는 의사표시 정도로 해석하는 것이 실제 의사에 가깝다고 보인다. 대법원 판례가 내세우는 여러 객관적 정황이 있다 하더라도 그것만으로 토지 소유자가 ‘자신의 부당이득반환청구를 포함하여 사용·수익에 관한 일체의 권리를 소멸시키는 결과’를 의욕하였다고 해석하는 것은 경험적 상 수긍하기 어렵다”<sup>39)</sup> 등의 의견이었다<sup>40)</sup>. 한편 앞서 본 바와 같이, 대상판결이 선고된 이후에도 과도한 의제라는 취지의 주장은 계속되고 있다.

그러나 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여, 「헌법 제119조는 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 시장경제질서와 경제 영역에서의 정의로운 사회질서 형성을 기본 원

를 반대견해 2가 제시한 바와 같은 유형의 법률행위에 따른 이론으로 제구성하는 것 자체에는 여견히 여러 문제가 있을 수 있다는 취지이지, ‘토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’의 법리가 사적자치의 원칙을 전제로 당사자의 의사에 따라 그 법률효과가 발생한 것이라는 점을 부정하는 취지는 아니라고 생각된다.  
 37) 이광만, “도로로 무상제공된 토지를 특정승계한 자의 무상통행 수인의무의 승계 여부,” 판례연구 9집, 부산판례연구회, 1994, 53면; 박철우, “도로부지로 무상제공된 토지소유권의 법적 성질과 부당이득”, 제11집, 서울지방변호사회, 1998, 195-196면 참조.  
 38) 안희길, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 판례의 동향”, 청연논총 제13집, 사법연수원, 2016, 151면.  
 39) 서경환, 전계 논문, 486-487.  
 40) 유사한 취지로, 권영준 전계(각주 11) 논문, 323-325; 김문관, 전계 논문, 107-108면; 문춘언, 전계 논문, 64면; 김승경, “배타적 사용수익권 부존재확인청구의 가부”, 대법원판례해설 제91호, 법원도서관, 2014, 45면 등 참조.

적으로 선언하고 있는데(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 등 참조), 이러한 원칙은 민사법 관계에서 사인 간의 권리·의무의 내용과 한계를 정하는 데에도 당연히 적용된다. 대법원판결들도 이러한 원칙에 기초하여 법률행위의 해석에 관하여 그 법률행위에 이른 과정, 당사자들이 얻거나 부담하는 이익과 불이익의 내용과 정도, 당사자들에게 예측하지 못한 불이익이 발생할 가능성이 있는지 여부 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다는 입장을 밝혀 왔는데(대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결 등 참조), 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한에 관한 기존의 판례 법리도 이러한 입장의 연장선에 있다고 보아야 한다」고 하여, 이 법리 적용이 문제되는 사건에 있어, 당사자의 사해석을 할 때에는 위와 같은 대원칙을 고려하여 그 의사해석 기준을 설정할 필요가 있음을 천명하고, 나아가, 이 법리를 적용할 때에는 어디까지나 토지 소유자 및 그 특정승계인의 권리행사를 제한하는 예외적인 법리로서 신중하게 적용되어야 함을 밝히고 있다.

이와 같이 대상판결은 ‘토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 제한’이라는 결과는 사적자치의 원칙을 전제로 당사자의 의사에 기초하여 그 의사에 따른 법률효과로 발생하는 것임을 밝히고 있다고 보이고, 다만 후술하는 바와 같이, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한이 문제 되는 상황의 특수성에 비추어, 당사자의사를 해석 및 탐구하는데 필요적절한 판단기준을 아울러 제시하고 있는 것으로 평가할 수 있어 보인다.

바. 재판규범이 아닌 청구권 행사 요건 충족 여부 판단의 기준으로서 이 법리의 정당성

(1) 반대의견 2는 대법원이 형성해 온 배타적 사용·수익권 포기에 관한 법리는 ‘토지 소유자의 권리행사를 제한할 수 있는 법률요건으로서 권리 포기에 관한 법리선언’이었다고 평가하고, 배타적 사용·수익권 포기라는 법적 효과를 도출해 낼 수 있는 성문법상의 근거가 전혀 없으므로 폐기되어야 한다는 입장이다.

(2) 그러나 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 기존 대법원 판례가 말하는 ‘포기’란 사용수익권의 ‘소멸’을 의미하는 것도 아니고, ‘영구적 포기’를 의미하는 것이 아니었다는 점을 밝히고 있다. 즉 일부 예외적인 판시들을 제외하고는 대부분 사용·수익권 포기라는 표현 앞에 ‘독점적·배타적’이라는 수식어를 붙임으로서 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존할 수 있는 토지 소유자의 사용수익 권능까지 소멸한 것으로 판단하지 않았음은 분명하고, 아울러 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결 등에서 명시적으로 표현하고 있는 바와 같이, “그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적 확정적으로 상실하는 것을 의미하지는 않는다”고 판시해 왔음을 그 근거로 든다.

앞서 살펴본바와 같이 대상판결은 ‘토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한’의 근거가 본질적·근원적으로 그 토지 소유자 및 그 특정승계인의 의사에 있음을 분명히 밝히고 있다고 평가할 수 있어 보인다. 따라서 이와 같은 대상판결에 의하면, 대상판결이 제시하는 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한이 인정되기 위한 요건은, 결국 특수한 상황과 사정하에서 이루어진 토지 소유자의 의사표시에 관

하여 그 의사를 해석하는 기준을 구체화하여 제시한 것으로 평가하지 않을 수 없다고 생각된다.

(3) 한편 반대의견 2는, 위와 같은 대상판결에 대하여, 대법원이 88다카16997 판결 등에서 선언한 배타적 사용·수익권 포기 법리는 소유권 행사가 제한되는 일정한 법률요건을 정한 것이었는데, 대상판결 다수의견이 이를 법률효과에 관한 것으로 해석하면서 그 법리가 법률요건에 관한 것인지 법률효과에 관한 것인지 불분명하게 만들어 버렸다고도 한다.

그러나 이 사건 제1심판결 및 원심판결을 통하여도 알 수 있는 바와 같이, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 내지 행사 제한이 문제 되는 사안 역시도, 사실심인 하급심은 다른 사건들과 마찬가지로 토지 소유자가 자신 소유 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 사실이 있는지 여부를 우선 판단하는 것으로 이해된다. 즉 이 사건 제1심법원 역시, ‘...점 등에 비추어 보았을 때 이 사건 우수관과 오수관이 장기간 매설되어 있었다는 사정만으로 땅인이 이 사건 토지를 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다’고 판시하고 있다(이 사건 제1심법원이 원고 청구를 기각하면서 제일 먼저 제시한 논거가 ‘토지소유자인 땅인이 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다는 직접적인 증거가 없는 점’을 들었던 것은 앞서 각주 5에서 본 바와 같다).

즉 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한 사실 존부는 일차적으로는 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한 의사의 존부 확정과 다르지 않다고 이해된다<sup>41)</sup>(그 의사의 존재로 인하여 성립되는 법률행위가 강학상 어느 유형의 법률행위에 해당하는가는 별개의 문제이다). 다만 그 의사 존부 판단은 그와 같은 의사를 기재해 둔 명시적인 처분문서가 없는 이상 그와 같은 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한을 기꺼이 자발적으로 받아들이고 의욕할만한 사정 등을 기초로 그와 같은 의사를 기꺼이 표시한 것으로 추단할 수 있는 사실 및 사정들이 존재하는지를 심리하여 결정하는 과정을 거칠 수밖에 없는데, 그와 같은 의사의 존부 판단은 결국 그와 같은 의사에 대한 해석의 기준과 맞물려 있다<sup>42)</sup>고 생각되며, 기존 대법원판결들은 물론(기존 대법원판결에서 제시되었던 기준을 보완하여) 대상판결이 이를 제시하고 있는 것으로 이해된다.

그렇다면 대법원 판례가 형성해 온 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제

41) “당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가 하는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시 해석으로서, 이는 사실인정과 구별되는 법률적 판단의 영역에 속하는 것” (대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 판결 등 참조)이므로, 법률행위 해석은 법률문제로서 상고이유가 될 수 있다. (토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 포기 내지 행사제한 여부는 그 자체로 대법원이 형성한 독자적인 법리에 관한 것으로서 법률문제라고 볼 수도 있겠으나) 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 포기 또는 행사 제한에 관한 당사자 의사해석에 관한 문제로서 법률문제로서 대법원의 심판대상이 될 수 있을 것으로 이해된다.

42) 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견에서 ‘소유자의 어떠한 행위와 이용상태를 의사표시 또는 법률행위’로 특정하여 확정하기가 어렵고, 이를 시도할 경우 사실심의 과도한 심리 부담으로 이어질 염려가 있다는 뜻을 밝히고 있는 것으로 이해된다. 생각건대, 이와 같은 점은, 묵시적 의사표시가 문제 될 수 있는 사안에서는 어느 정도 공통적으로 나타날 수 있는 사실심 심리상의 어려움일 수 있어 보이며, 이 같은 경우 당해 법률행위의 특정 정도는 완화될 수 있는 것으로 이해된다.

한의 법리는 (성문법에 근거도 없이) 그 자체가 어떠한 특별한 법률요건으로서 대법원 판례에 의해 창설된 것이라기보다는, 사적자치의 원칙을 전제로 당사자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한 ‘의사’ 자체에 기초하여 성립된 일정한 법률행위가 법률요건이 되는 것이고, 그 법률요건이 성립된 결과로서 그 의사를 표시한 당사자가 그 자신의 의사에 구속되어 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 또는 행사 제한이라는 법률효과가 발생하는 것일 뿐이며, 다만 그 의사해석 또는 그 의사를 요소로 하는 법률행위 해석의 기준을 기존 대법원판결을 비롯한 대상판결이 제시하고 있는데 이를 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한’에 관한 법리의 중요한 본질적 요소로 이해할 수 있어 보인다<sup>43)</sup>.

(4) 이런 관점에서 본다면, 결국 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한에 관한 법리의 중요한 의미는, 대법원의 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한의 의사표시에 대한 해석기준에 관한 것이라 할 수 있어 보이고, 대상판결이 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 밝힌 바에 의하면, 토지 소유자 의사에 기초한 법률행위인 이상 각 사건마다 강학상 그 법적 성질까지 반드시 심리하여 밝힐 필요는 없다는 취지인 것으로 이해된다.

결국, 대상판결은, 대법원이 독자적인 법률요건을 창설하여 재판규범으로 활용해 온 것이 아니라, 당사자가 주장하는 청구권의 요건 충족 여부 내지 그 청구 당부 판단을 위한 당사자 의사해석의 기준 등에 대한 법리를 형성해 온 것일 뿐이라는 것이다(앞서 언급한 기존 대법원판결에 관한 의사해석의 문제점에 대하여는 아래 항에서 더 생각해 본다).

## 2. 판단기준

### 가. 대상판결이 제시하는 기준

대상판결은, 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 행사 제한에 대한 판단기준에 관하여, 기존 대법원판결에서 제시해 온 것처럼, ① 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, ② 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, ③ 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, ④ 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰할 것을 제시하면서, 나아가 ⑤ 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 새로이 추가 제시하고 있다.

### 나. 대상판결 이전부터 제시되어 온 판단기준 및 검토

종래 배타적 사용·수익권 포기 법리의 적용 요건(판단기준)과 관련하여는 통상 자발성과 효용성 요건이 주로 제시되었다. 즉 토지 소유자가 자발적으로 당해 토지를 사실상 도로 등 일반 공중을 위한 용도로 제공하거나, 적어도 그 제공과정에서 자발적으로 이를 수인

43) 대상판결은 이 법리가 ‘사적 자치의 원칙’을 전제로 함을 명백히 하고 있기 때문이다.

한 경우(자발성 요건), 토지 소유자가 당해 토지를 사실상 도로 등 일반 공중을 위한 용도로 제공함으로써 발생하는 비용보다 이로 인하여 얻는 효용이 더 큰 경우(효용성 요건)에는 배타적 사용·수익권 포기가 인정될 가능성이 높다는 것이었다<sup>44)</sup>.

생각건대, 앞서 언급한 대로 대상판결은 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되어 그 점유자를 상대로 부당이득반환을 청구하지 못하고, 나아가 그 점유 부분의 반환을 청구할 수 없는 법률효과 발생의 본질적·근원적 원인을 토지 소유자의 의사와 그 의사해석에 기초한 것임을 밝히고 있으므로, 위와 같이 기존 대법원판결들에서 제시되었던 판단기준 역시, 당사자 의사해석을 위한 의사해석의 기준으로 평가하지 않을 수 없다고 이해된다. 따라서 대상판결이 제시하는 의사해석 기준을 통하여 토지 소유자 의사표시 당시, 토지 소유자가 자발적으로 당해 토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공하고, 그에 상응하는 사용수익에 따른 대가를 기꺼이 포기할 의사를 가졌을 것이라고 인정할 수 있는지 등에 대한 의사해석에 대한 세밀한 심리가 필요해 보인다.

앞서 언급한 기존 대법원판결에 대한 의사표시 해석의 문제점을 지적한 여러 견해들 역시, 토지 소유자의 의사가 ‘어느 정도의 권리제한을 사실상 감수하겠다’는 의사였다고 보아야 하지, ‘자신의 부당이득반환청구를 포함하여 사용수익에 관한 일체의 권리를 소멸시키는 결과’를 의욕하였다고 해석하는 것은 경험칙에 반한다거나 지나친 의제라는 것이었다.

위와 같은 비판을 불식시키는 것은 결국, 구체적 사건에서 드러나는 다양한 사실관계 아래에서 대상판결이 제시하는 의사해석 기준에 비추어 토지 소유자가 기꺼이 ‘자신 소유 토지를 일반 공중을 위한 용도로 무상 제공하고, 부당이득반환청구를 포함하여 사용수익에 관한 일체의 권리를 소멸시키는 결과’를 의욕하였을 것으로 판단하는데 무리가 없는 사건들에서 위 법리가 적용·인정되는 것이 온당할 것으로 이해된다. 가령 토지 소유자가 자신의 토지 중 일부를 일반 공중을 위한 용도로 무상 제공하고 그에 상응하는 사용수익 상당 대가를 포기하더라도 그 행위로 인하여 얻게 되는 유무형의 반대급부가 그 포기로 인한 경제적 손실을 충분히 상회하는 경우와 같은 사례일 수 있다. 그러한 사안이라면 그 당사자는 기꺼이 그와 같은 의사를 의욕할 수 있다고 생각된다(다만 공용부담에 관한 제도가 정비되기 이전에 발생한 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한의 의사표시로 인한 문제는 이 법리와 양립 가능한 다른 법리 또는 다른 제도적 구제방안으로 그 해결책을 모색할 필요가 있을 수 있음은 별론으로 하고자 한다<sup>45)</sup>).

44) 권영준, 전제(각주 11) 논문, 316면은, “위에 나타난 바와 같이 배타적 사용수익권 포기를 인정하는 데에 고려하여야 할 요소들이 많은 관계로, 구체적인 사안에서 그 포기 여부를 가리는 것은 쉽지 않다”고 하고, “다만 일련의 대법원판결들로부터 다음과 같은 포괄적인 판단요소를 추출할 수 있다는 점만 언급하기로 한다”고 하면서 제시한 판단요소가 ‘자발성’과 ‘효용성’이다. 같은 취지로 대법원판결을 해석한 김승경, 전제 논문, 40-41면; 권순호, “일반 공중의 통행에 제공된 토지에 관한 배타적 사용수익권 행사 제한과 신의성실의 원칙”, 대법원판례해설 제97호 하권, 법원도서관, 2014, 65면; 안희길, 전제 논문, 146-147면 등 참조.

45) 이 법리가 문제 되는 사안 대부분은 토지 소유자가 자신의 토지 일부를 무상 제공함으로써 반대급부로 그 일부 토지 무상 제공으로 인한 손실을 초과하는 유무형의 이익을 얻는 경우라고 이해되기는 하나, 다른 한편, (그와 무관하게) 공적부담에 대한 제도가 완비되지 못하고 있었던 과거 1960, 1970년대 시대 분위기에 토지 소유자가 국가와 지역발전 및 이웃과 일반 공중을 위하여 기꺼이 자신의 토지 일부를 무상으로 제공할 의사를 가질 개연성도 충분히 있을 수 있다고도 생각된다. 이와 같은 경우 (표시행위로 추단되는 효과사로 인하여 이 법리의 적용대상이 된다 하더라도 그

결국, 대상판결을 비롯한 기존 대법원판결들이 제시하는 의사해석 기준 자체에 어떠한 법리적인 문제가 있다기보다는, 이를 구체적인 사건에 적용함에 있어, 다양한 사실관계와 각 사건마다 나타나는 여러 사정들을 종합하여 토지 소유자의 의사를 세밀하게 탐구하고 규범적·합리적으로 이를 해석하여 구체적 타당성을 확보하는 것이 오히려 중요한 문제일 수 있다고 생각된다.

다. 대상판결이 제시하는 ‘토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량’이라는 기준에 대한 검토

(1) 대상판결은 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익권 행사의 제한 여부를 판단하기 위하여 ‘토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이에 비교형량’을 하여야 한다고 판시하였는데, 대상판결이 제시한 이와 같은 기준을 어떤 의미로 바라보는 것이 좋을지 생각해 보고자 한다.

(2) 민법 제211조는 “소유자는 법률의 범위내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정하여 법률에 의하여 소유권이 제한될 수 있음을 밝히고 있음은 물론, 소유권은 신의칙, 권리남용금지 원칙 등에 의하여도 일정한 제한이 있을 수 있다. 이와 같은 소유권의 제한을 소유권의 내재적 제한이라 한다. 소유권도 공공복리를 위해서 신의에 좇아 행사되어야 하며 남용은 금지된다. 이러한 관점에서 볼 때 소유권도 공공의 이익을 위하여 그 내용이나 행사에 관하여 제한을 받으며, 일정한 의무를 수반하는 상대적 권리라 할 수 있다<sup>46)</sup>. 또한, 소유권은 물건의 가치를 전면적으로 지배할 수 있는 물권으로 사용, 수익, 처분의 권능뿐만 아니라, 점유, 보존, 관리, 개발 등 물건에 대하여 가질 수 있는 모든 권능을 내용으로 하나, 소유권은 법률의 범위 내에서만 행사될 수 있다는 등의 제한 가능성을 함께 가지고 있다<sup>47)</sup>.

한편 기존 대법원판결들이 밝힌 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 법리에 관하여, 형평의 원칙을 고려한 우리 대법원의 독자적인 고유법리라고 평가한 것으로 이해되는 견해<sup>48)</sup>의 요지는, ‘토지소유자가 위 사용·수익권을 물권적 또는 채권적으로 포기한다는 의미가 아니라, 토지 소유자의 주관적 사정 등이 금반언의 원칙으로 의사추단을 통하여 적용되고, 공공이익의 보호, 법적 안정성, 토지 소유자도 도로개설로 인한 개발이익을 취득한 점, 보상 제원 마련의 어려움 등 정책적인 고려가 형평의 원칙으로 적용되어, 제반 사정을 고려할 때 토지 소유자가 지방자치단체 등에게 그 독점적·배타적 사용·수익권을 행사할 수 없다는 의미인 것으로 보아야 한다’<sup>49)</sup>는 것이었다.

와는 별개로) 당시 이와 같은 희생은 기꺼이 감내하고 선택하신 분들을 어떻게 배려해 드려야 할 것인지는 현재 관점에서 여러 가지 가능성을 모두 열어 놓고 진지하게 고민해 보아야 하는 점은 우리 사회 모두의 숙제일 수 있다고 생각된다.

46) 이성진, 전계 논문, 2019, 215면; 곽윤직, 「민법주해-물권(2)」, 박영사, 2011, 51면, 63면.

47) 이성진, 전계 논문, 215면 참조.

48) 김문관, 전계 논문, 93면 이하 참조.

49) 류준구, 전계 논문, 165면에서 정리한 설명을 그대로 차용하였다.

(3) 앞서 언급한 대로 대상판결은 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 제한이라는 결과는 그 당사자의 의사에 기초하여 발생한 법률효과라는 점을 밝히고, 그와 같은 법률효과를 발생시키는 당사자 의사를 해석함에 있어 고려하여야 할 그 의사해석 기준을 제시하고 있는 것으로 평가할 수 있다고 생각한다.

대상판결은 사적 자치의 원칙에 따라 토지 소유자의 의사에 기초하여 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한의 법률효과를 도출하고 있는데, 그와 같은 의사를 추단하는 과정에서 위에서 제시된 여러 사정을 고찰하고, 나아가 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 아울러 요청하고 있는 것이라 이해된다.

이와 같은 입장에서 바라볼 때, 이 부분 ‘토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량’ 요건 역시 본질적으로는 토지소유자의 진정한 의사해석 또는 법률행위 해석을 위한 한 기준이라고 평가하지 않을 수 없다. 즉 이 요소 역시 토지 소유자가 그 스스로 자발적으로 ‘자신의 토지를 일반 공중을 위한 용도로 무상 제공하고 자신의 독점적·배타적인 사용·수익에 관한 권리 행사가 제한되는 결과’를 의욕한 것이라 평가할 수 있을지에 관한 당사자 의사해석에 필요한 의사해석의 일기준으로서 기능하게 되는 것이고 이는 신의칙의 한 내용으로서 당사자 의사해석의 기준으로 투영된 것이라 할 것이다.

이러한 의사해석의 일기준이라는 의미뿐만 아니라 이를 넘어, 기존 대법원판결들에 대하여 형평의 원칙에 입각한 판례고유법리라고 평가한 견해가 설명하고 있는 바와 같은 취지, 즉 정책적 관점에서 형평의 원칙이 발현될 필요성을 밝힌 것으로 이해될 수도 있어 보이나<sup>50)51)</sup>, 본질적으로는 사적자치의 원칙에 기초한 당사자 의사에서 이 법리의 정당성을 도출하는 전제에서는 여전히 이 기준요소 역시 당사자 의사 해석의 기준으로 작용하는 것으로 평가하는 것이 온당할 것이라 생각된다<sup>52)</sup>.

다만 이 요소가 실질적으로 기능하는 관점의 측면에서 바라보면, 구체적 타당성 확보를 위한 당사자 의사해석의 일기준인 동시에, 토지 소유권자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기의 성립을 제한하기 위한 추가적인 소극적 요소로 이해하는 것은 적절할 수 있어 보인다. 즉 대상판결이 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 근거가 당사자 의사에 기초한 것임을 명백히 천명한 이상, 토지 소유자의 의사가 그 자신의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사를 그 스스로 자발적으로 제한하겠다는 의사로 의사해석되지 않는

50) 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견에서 「확립된 대법원 판례가 오랫동안 토지 소유자의 권리 행사 제한에 관한 중요한 판단기준으로 기능하여 온 것은, 많은 사건에서 위 법리를 적용함으로써 구체적 타당성을 실현하는 결론에 이르렀고, 그러한 결론이 일반인의 법의식과 법감정에 부합하기 때문이다. 즉, 위 법리는 토지 소유자가 해당 토지를 일반 공중의 사용에 제공함으로써 자신의 사용·수익권에 대한 제한을 수인하고 그에 대한 이익을 누린 것으로 평가되는 사안에서 관계자들 사이의 이해관계를 적절히 형량하는 법리로서 기능하여 온 것이다」라고 한다.

51) 대상판결 선고 이후 발간된 논문 중 김상현, 전계 논문, 8면은, “대상판결은... 자발성 요건과... 효용성 요건에 더하여 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 그 기준으로 제시하여 배타적 사용수익권 포기 법리가 형평의 원칙에 근거한 것임을 분명히 하였다”라고 설명한다.

52) 앞서 소개한 발표자의 전계 줄고 75면에서는, “구체적 타당성 확보를 위한 당사자 의사해석의 일기준인 동시에, 토지 소유권자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기의 성립을 제한하기 위한 추가적인 소극적 요소로 이해하는 것은 어떨까 하는 의견”을 제시한 바 있다. 이는 이 요소가 당사자 의사해석 기준이 아니라는 의미로 기재한 것이 아니라, 기능적으로 토지 소유권자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한의 성립을 조각하는 소극적 요소로 기능하는 측면을 설명한 것이다.

경우라면, 대상판결이 추가적으로 부가하고 있는 위 요건은 살필 필요조차 없이 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 주장은 배척되어야만 할 것이고, 다만 여러 사정을 종합적으로 고찰한 결과 토지 소유자가 그 스스로 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 의사해석 될 수 있는 경우라 하더라도, 대상판결이 추가적으로 제시하고 있는 위 요건, 즉 토지 소유자의 소유권 보장의 필요성과 공공의 이익 사이에 비교형량을 하여, 토지 소유자의 소유권을 희생함으로써 달성되는 공공의 이익이 토지 소유자의 희생보다 작은 경우라면 그와 같은 경우에도 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 포기 주장은 배척되는 것이 이 부분 대상판결의 취지에 따르는 것일 수도 있다고 생각한다. 결국, 위 추가 요건은 앞선 기존의 의사해석 기준에 더해진 추가적인 의사해석 기준으로서 기존의 의사해석 기준에 따라 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한 의사가 인정되는 경우라도, 그 행사 제한의 필요성이 없거나, 그 행사 제한으로 인하여 소유자가 입게 되는 불이익이 그로 인한 공공의 이익을 초과하는 경우<sup>53)</sup>에는 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 포기 또는 행사 제한의 성립을 조각하는 소극적 요소로 기능하는 것으로 이해하는 것은 어떨까 하는 생각이다<sup>54)55)</sup>.

### 3. 적용범위 : 특정승계인을 중심으로

#### 가. 대상판결이 제시하는 기준

대상판결은 이 법리의 적용 범위와 관련하여, 물적 범위로서 기존 대법원판결들에서 많이 나타난 사실상 도로 등 도로 용도로 자신의 토지를 제공한 경우뿐만 아니라 그 이외의

53) 가령 대상판결이 제시하는 사정변경의 원칙 해당요건을 충족시키기는 어려운 경우라 할지라도, 당해 토지가 공중을 위한 용도로 기여하는 바를 대체할 수 있는 시설이 인근에 병존하고 있어, 공중에 다수의 불편함이 초래되더라도 그 대체시설을 이용할 수 있는 상황에서, 토지소유자가 해당 토지에 대한 독점적·배타적 사용·수익권을 회복하여 연결한 자신의 토지와 연결하여 건축행위를 할 이익이 큰 경우와 같은 경우를 상정해 볼 수 있다.

54) 대상판결은, 이 사건에 대한 판단 부분에서 「위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리와 판단기준에 비추어 살펴보면, 이 사건 우수관 설치 당시 땅인은 자신이 소유하던 이 사건 토지와 그 지상 단독 주택의 편익을 위하여 자발적으로 이 사건 우수관을 설치하도록 한 것으로 볼 수 있고, 땅인의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 것을 정당화할 정도로 분명하고 확실한 공공의 이익 또한 인정되므로, 땅인은 이 사건 계쟁토지 부분을 포함한 이 사건 토지에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없게 되었고, 땅인의 상속인인 원고의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 보아야 한다」고 판시하고 있다. 즉 대상판결 스스로 「...제한하는 것을 정당화할 정도로 분명하고 확실한 공공의 이익 또한 인정되므로...」라고 제시하고 있는 점에 비추어 보더라도, 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한은 적어도 분명하고 확실한 공공의 이익이 인정되는 경우라면 이를 인정할 수 있을 것이다.

또한, 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견에서, ‘이 법리의 적용을 고려하여야 할 사항’이라는 제목 아래, 「국가나 지방자치단체가 사유지를 공익 목적으로 사용하는 경우 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 또는 그 행사 제한에 관한 법리는 어디까지나 토지 소유자의 권리행사를 제한하는 예외적인 법리로서 적용되어야 한다」는 점을 거듭 강조하고 있는 사정도 충분히 고려되어야 할 것으로 생각한다.

55) 한편 반대이견 2는 “다수의견과 보충의견에 따르면, 토지를 일반 공중의 이용에 제공함에 따른 토지 소유자의 이익이나 편익이 인정되고 공공의 이익과 소유자의 권리행사 제한 사이의 비교형량을 통해서 공공의 이익이 우선한다고 판단되는 경우에는 그와 같은 이유만으로도 토지 소유권의 부당이득환청구권 행사를 배척할 수 있다는 것이 된다”라고 한다.

용도로 제공한 경우에도 적용된다고 판시하고, 인적범위로서 상속인의 경우, 상속인이 상속개시시에 피상속인 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하므로 독점적·배타적인 사용·수익권이 포기된 이후 상속한 경우 그 상속인의 독점적·배타적인 사용·수익권도 마찬가지로 그 행사가 제한된다고 판시하였다.

나아가 대상판결은 기존에 (물론 대상판결 선고 이후에도 여전히) 여러 비판에 직면해 있었던 특정승계인에 대한 법리와 관련하여, 특정승계인은 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하므로, 그러한 특정승계인은 그 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다고 하면서도, ① 특정승계인이 토지를 취득한 경위, 목적, ② 그 토지가 일반 공중의 이용에 제공되어 사용·수익에 제한이 있다는 사정이 이용현황과 지목 등을 통하여 외관에 어느 정도로 표시되어 있었는지, ③ 해당 토지의 취득가액에 사용·수익권 행사의 제한으로 인한 재산적 가치 하락이 반영되어 있었는지, ④ 원소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 무상 제공한 것이 해당 토지를 이용하는 사람들과의 특별한 인적 관계 또는 그 토지 사용 등을 위한 관련 법령상의 허가·등록 등과 관계가 있었다고 한다면, 그와 같은 관련성이 특정승계인에게 어떠한 영향을 미치는지 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 수 있다고 천명하고 있다.

#### 나. 대상판결 법리검토

(1) 기존 대법원판결에 나타난 특정승계인 법리와 관련하여 “과연 특정승계인이 사용수익 제한이 존재하는 사정을 알았다는 사정만으로 그에게 종전 소유자의 독점적 배타적 사용수익권 포기의 효력이 미치게 되는 근거가 무엇인지”에 대하여 민법 제220조 유추적용설<sup>56)</sup>, 무상통행지역권 설정의무 승계설<sup>57)</sup>, 판례고유법리설<sup>58)</sup> 등의 견해가 제시되었으나 모두

56) 류준구, 전제 논문, 164면은 이 견해에 대하여, “독점적·배타적 사용수익권의 포기가 문제되는 대부분의 사건이 토지를 분할한 후 그 중 일부를 양도한 경우인 것에 착안하여, 위와 같은 경우 분할양도의 직접 당사자간에 생긴 무상통행권이 소유자의 변동에 따라 박탈되거나 유상으로 바뀐다면 피통행자의 특정승계인은 예상외의 이득을 얻고, 기존 무상통행권자에게는 불측의 손해를 입게 하기 때문에 부당하므로, 토지의 일부 양도 등에 의한 무상통행권을 규정하고 있는 민법 제220조를 유추적용하여, 종전 소유자의 독점적·배타적 사용수익권 포기의 효력이 그 토지의 소유권에 당연히 수반되는 것으로 보아 특정승계인에게도 승계되는 것으로 보자는 견해”라고 설명한다. 이는 이광만, 전제 논문과 임합흥, 전제 논문의 의견을 설명한 것으로 보인다.

57) 류준구, 전제 논문, 165면은 이 견해에 대하여, “토지의 종전 소유자의 독점적·배타적 사용수익권 포기가 인정되는 경우, 토지의 종전소유자와 그 토지를 도로로 사용·점유하는 지방자치단체 등과 사이에 묵시적으로 물권인 무상의 통행지역권을 설정하는 합의가 체결된 것으로 볼 것인데, 이러한 합의의 존재 사실을 토지 현황의 조사, 관계자의 진술 등을 통해 쉽게 파악할 수 있는 특정승계인이, 자신이 그 합의의 당사자가 아님을 이유로 들어, 도로부지의 인도 또는 부당이득환환을 구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로, 특정승계인은 위 합의에 따른 무상통행지역권 설정의무를 승계하게 되는 것으로 보자는 견해”라고 설명한다. 이는 김민정, 전제 논문의 의견을 설명한 것으로 보인다.

58) 류준구, 전제 논문, 165면은 이 견해에 대하여, “위 견해는, 독점적·배타적 사용수익권 포기 법리는, 토지소유자가 위 사용수익권을 물권적 또는 채권적으로 포기한다는 의미가 아니라, 토지 소유자의 주관적 사정 등이 금반언의 원칙으로 의사추단을 통하여 적용되고, 공공이익의 보호, 법적 안정성, 토지 소유자도 도로개설로 인한 개발이익을 취득한 점, 보상제원 마련의 어려움 등 정책적

일정한 한계를 가지고 있었고, 기존 대법원판결이 “특정승계인의 의사를 일률적으로 현재 상태를 수인하겠다는 의사로 단정하는 것은 의사해석의 범위를 넘는 것으로 타당하다고 볼 수 없다”는 취지의 비판이 적지 않았다<sup>59)</sup>. 대상판결 선고 이후에도 특히 특정승계인에 대한 법리 비판이 여전히 거세다.

무상통행지역권 설정의무 승계설, 관례고유법리설 등으로 명명<sup>60)</sup>한 위 견해처럼, 특정승계인의 권리행사를 제한하는 기존 대법원판결은 신의성실의 원칙에 의할 때만 논리적으로 설명될 수 있다는 견해도 있었다<sup>61)</sup>.

그러나 위와 같은 견해들에 대하여, 민법 제220조 유추적용설의 경우, 주위토지통행권의 인정범위가 인근 토지 소유자에 한정된다는 점에서, 무상통행지역권 설정의무 승계설의 경우, 지역권이라는 물권이 등기 없이 성립될 수 없다는 점 등에서, 관례고유법리설의 경우, 법원이 법해석을 넘어 법창조를 한 것이라는 점 등에서, 신의칙을 주장하는 견해에 대하여는 일반조항으로의 도피라는 점 등의 논거로 그 견해의 한계점이 지적되어왔다.

(2) 이러한 기존 논의들 아래에서, 대상판결은 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한된 토지 소유권을 특정승계한 특정승계인 역시, 그 자신의 의사에 기초하여 그와 같은 제한이 있는 토지 소유권을 취득하면서 그 제한을 용인하였으므로 그러한 특정승계인은 그 토지 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다는 원칙을 밝히면서, 특정승계인에게 그 토지 부분에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 인정된다고 의사해석할 수 있는 구체적인 기준을 밝히고 있는 것으로 이해된다.

법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것이지만, 당사자의 표시행위로부터 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 표시행위의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다는 것이 우리 대법원의 법률행위 해석에 대한 기본 입장이라고 할 수 있다. 법률행위 해석에 관한 이와 같은 기본 입장에 더하여 대법원은 대상판결을 통하여 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한된 토지 소유권을 특정승계한 특정승계인의 의사해석 기준을 밝힌 것으로 평가할 수 있다고 생각한다.

인 고려가 형평의 원칙으로 적용되어, 제반 사정을 고려할 때 토지 소유자가 지방자치단체 등에게 그 독점적·배타적 사용수익권을 행사할 수 없다는 의미인 것으로 보아야 하고, 따라서 이러한 상황을 인식하고 토지의 소유권을 특정승계한 사람도 신의칙상 그 부담을 승계하는 것으로 보아야 한다는 취지에서, 대법원의 판례의 누적을 통해 형성한 고유의 법리라고 하는 견해”라고 설명한다. 이는 김문관, 전계 논문의 의견을 설명한 것으로 보인다.

59) 류준구, 전계 논문, 164면 이하 참조.

60) 류준구, 전계 논문이 칭하는 견해명을 그대로 따른 것이다.

61) 권영준, 전계(각주 11) 논문, 323면 및 그 논문 각주 48 참조. 그 논문 각주 48은, 이제철, “특정승계인의 무상통행권수인의무의 승계 여부와 그 권리행사의 제한”, 대법원판례해설 제15호, 법원도서관, 1992, 117면을 들며, “90다7166판결은 신의칙 위배 여부에 관한 주장이 있는지에 관하여 심리할 필요가 있다고 부가하여 신의칙에 의한 사안의 해결을 유도하고 있다. 이에 관하여 위 판결은 특정승계인의 권리행사를 신의칙이나 정의관념의 차원에서 제한하여야 함을 판시한 것이라 평석하고 있다”고 위 판례해설을 설명하고 있다.

즉 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여, 「이처럼 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 기존 판례에 실시된 ‘의사표시’, ‘의사 해석’이라는 표현은 모두 사적 자치의 영역에서 토지 소유자의 사용·수익권에 대한 제한이 용인되는 법리가 적용되는 것임을 의미한다. 또한 대법원 판례는 토지의 원소유자가 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 경우에 그 토지의 소유권을 취득한 특정승계인은 도로 등으로 제공된 토지에 대하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다고 판단하면서, 그 이유로 ‘특정승계인이 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 토지 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하다’는 점을 든다. 이와 같이 판례는 특정승계인의 소유자로서의 권리행사를 제한하는 근거로서 사용·수익의 제한에 대한 ‘특정승계인의 용인 또는 인식’을 제시하고 있는데, 이 역시 대법원 판례가 사적 자치의 원칙을 전제로 하고 있음을 보여준다」고 하면서, 「헌법 제119조는 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 시장경제질서와 경제 영역에서의 정의로운 사회질서 형성을 기본 원칙으로 선언하고 있는데(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 등 참조), 이러한 원칙은 민사법 관계에서 사인 간의 권리·의무의 내용과 한계를 정하는 데에도 당연히 적용된다. 대법원판결들도 이러한 원칙에 기초하여 법률행위의 해석에 관하여 그 법률행위에 이른 과정, 당사자들이 얻거나 부담하는 이익과 불이익의 내용과 정도, 당사자들에게 예측하지 못한 불이익이 발생할 가능성이 있는지 여부 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다는 입장을 밝혀 왔는데(대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결 등 참조), 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한에 관한 기존의 판례 법리도 이러한 입장의 연장선에 있다고 보아야 한다」고 설명한다.

나아가 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 이 법리 적용시 고려하여야 할 사항이라고 특별히 명시하면서 「대법원 판례는 위와 같은 경우에 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 보지만, 이는 토지 소유권의 승계취득이라는 사정만을 이유로 한 제한이 아니라 특정승계인의 의사에 대한 해석까지 거친 후 내려진 판단이라는 점은 앞서 본 바와 같다. 다만 기존의 실무례를 살펴보면, 법원이 위와 같은 특정승계인의 사용·수익권 행사의 제한에 관하여 판단할 때 특정승계인 본인의 주관적인 사정 또는 특정승계인 본인을 기준으로 한 이익이나 편익의 유무에 대한 관심과 배려가 부족하였다고 볼 여지가 있다. 다수의견에서는 기존 판례의 실시를 보완하여 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 특별한 사정이 있는지 여부에 관한 판단 기준을 제시하고 있다. 향후 실무에서는 이러한 새로운 판단기준을 충분히 고려하여 특정승계인의 권리행사 제한 여부를 신중히 판단하여야 할 것이다」라는 입장을 밝히고 있다<sup>62)</sup>.

62) 대상판결의 다수의견에 대하여, 이성진, 전계 논문, 220면은, “배타적 사용수익권 포기에 물권적 효력이 있다고 보지 않는 이상, 특정승계인의 위와 같은 사용수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정인 주관적 사정만으로 포기의 효력이 승계된다고 볼 아무런 근거가 없다”고 하고; 기본적으로 대상판결의 다수의견을 정당화하는 입장인 이제정, 전계 논문, 8면도 “그러나 다수의견은 여전히 이론적인 약점을 안고 있다. 소유자의 배타적 사용수익권 포기가 물권적인 효력이 없다고 인정하는 이상 특정승계인에게 그 효력이 미친다고 보기는 어려울 것이다.”고 하면서, “대상판결을 통해 종전 법리의 문제점이 드러난 이상 향후 배타적 사용수익권 행사가 제한되는 경우를 엄격하게 인정할 가능성이 높다. 그러한 태도는 우리 민법의 근간인 소유권 보호의 이념과 소유권 제한에 대한 공공보상의 원리(헌법 제23조 제3항)에도 부합한다.”고 한다; 윤진수, 전계 논문, 174면도, “원래

생각건대, 비록 대상판결이 기존의 이 부분 법리를 밝힌 대법원판결들을 유지하기 위하여 ‘특별한 사정이 없는 한’ 특정승계인이 사용수익 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하다고 실시하면서, 특별한 사정이 있는 경우에 대한 구체적인 판단기준을 제시하는 형식으로 이 부분 법리 실시를 하고는 있으나, 이 부분 대상판결의 실질적인 의미는, 대상판결이 특정승계인에게도 독점적·배타적인 사용·수익권 제한의 법률효과가 발생하는 근거를 사적 자치, 즉 특정승계인의 의사에 기초한 법률행위에 그 원인이 있다는 점을 천명한 이상, 특정승계인의 승계 당시 특정승계인이 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 내지 행사 제한을 그대로 용인하면서 그 자신도 그 효과에 구속된다는 의사를 가지고 이를 취득한 것인지 여부를 규범적·합리적 의사해석을 통하여 밝히도록 하되, 그 의사해석의 기준을 상세하게 제시하고 있는 것으로 이해된다. 이와 같은 관점에서 특히 대상판결은 특정승계인 본인의 의사해석을 위한 합리적인 기준을 제시하고 있는 것으로 평가할 수 있어 보인다(다시 한번 언급하지만, 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 「토지 소유권의 승계 취득이라는 사정만을 이유로 한 제한이 아니라 특정승계인의 의사에 대한 해석까지 거친 후 내려진 판단」이라고 직접 설명하고 있다).

이와 같은 관점에서 본다면 대상판결이 특정승계인이 토지 소유권을 특정승계하면서 그 원소유자가 초래한 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’ 상태를 그 의사에 기초하여 이를 승계하는 구체적인 모습까지 상세하고 친절하게 직접 설명하고 있지는 않지만, 각 개별 사건에서 각 사건마다 원소유자와 특정승계인 사이에서 원소유자의 기존 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’ 의사에 기초하여 성립된 법률행위의 효과를 특정승계인이 이를 그대로 승계하는 것으로 의사해석되면, 해당 토지를 당해 용도대로 계속 사용하는 불특정 다수인 등 역시 그 계속 사용행위로부터 그 승계에 대한 동의 의사가 추인되거나 묵시적 의사표시로서 그 의사가 추단된다고 평가할 수 있을 것이므로, 이 같은 경우 특정승계인 역시 해당 토지의 ‘독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한’의 법률효과를 적용받게 될 것으로 예상할 수 있어 보인다.

다른 한편 (이 부분 발표자의 생각이 정확하게 정리된 것은 아니지만.. 부족하나마 생각의 일단락을 말씀드리면..) 말씀드린 바와 같이, 이 부분 법리 본질은, 특정승계인의 의사해석의 기준이라고 할 수 있지만, 보다 엄밀하게 표현한다면 특정승계인의 의사 확정 및 해석의 기준이라고 말씀드릴 수도 있을 것이다. 가령 반대하는 입장에서는 특정승계인이 토지 제한 상태를 알고 있는 것과 특정승계인의 의사와는 무관한 것임을 전제하고 있는 것으로 이해된다. 그렇다면 이 부분 문제는 의사해석에 앞서 또는 동시에 당사자(특정승계인)의 의사 그 자체를 무엇으로 이해하여야 하는가라는, 사적자치 원칙의 근간이 되는 법률행위를

의 토지 소유자의 특정승계인에 대하여도 이러한 법리가 적용될 수 있는가에 대한 근본적인 의문이 남는다”고 한다. 마찬가지로, 정구태, 전개 논문, 19면 이하는, “사적 자치설의 문제점은 토지 소유자의 특정승계인이 배타적 사용수익권을 행사하는 장면에서 극명하게 드러난다. ... 특정승계인이 토지의 제한 상태를 알고 있었다고 하여 어떻게 그것만으로 곧바로 그에게 권리행사의 제한을 감수하겠다는 의사가 있다고 볼 수 있는지 의문이다”고 한다.

구성하는 의사표시 그 자체의 본질적 논의와도 맞닿게 될 수 있다. 예를 들어, 공장을 짓기 위하여 갑토지를 매수하는 사람의 의사는 무엇인가? ‘갑토지를 사겠다’는 것인가, ‘공장을 짓기 위해 갑토지를 사겠다’는 것인가. 우리 대법원 판례에 따르면 아마도 ‘갑토지 사겠다’가 매수인의 의사이고, ‘공장을 짓기 위해’라는 것은 소위 동기로서 법률행위를 구성하는 의사에 포함되지 않는다고 잘라 말할 수 있을지 모른다. 그렇지만 대법원판례에 따르면 이 동기 내지 목적이 드러나 있다면 이는 법률행위의 내용이 된다(착오취소가 능). 즉 법률행위를 구성하는 의사에 해당하게 되는 것이다. 이 법리를 의사해석의 기준이라고 보는 부족한 소견에 반대하는 입장에서는 특정승계인의 의사를 ‘매수하겠다’ 내지 더 나아가 ‘나는 기존의 제한을 용인하지 않고 매수하겠다’는 것으로 보는 것이 당연한 것이라는 입장으로 이해된다. 그렇지만 ‘사용수익이 제한된 상태로(를 전제로) 매수한다’는 것이 특정승계인의 의사로 평가될 수는 없는 것인가 하는 생각을 가지고 있다. 대상판결이 제시하는 판단 요소는 특별승계인이 ‘사용수익이 제한됨을 전제로 매수할 의사’임을 인정하기 위한 의사 확정 내지 해석기준이라 생각한다. 송구하지만 이 부분 이론적 공부와 숙고를 더 마친 후 보완된 말씀을 드리고자 한다.

(3) 한편 대상판결이 기존 대법원판결의 큰 골격을 유지하고 있어, 일견 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 특정승계인은 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없고 예외적으로 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 있다는 것이므로, 증명책임상 특별승계인에게 불이익이 돌아가는 것이 아닌지 하는 우려가 있을 수 있다고 보인다<sup>63)</sup>.

대상판결의 판시 형식에 비추어 보면 이와 같은 우려는 충분히 제기될 수 있어 보인다. 다만 대상판결이 증명책임에 대한 판시까지를 포함하고 있는지 여부는 별론으로 하더라도, 결국, 각 구체적인 개별 사건에서 세밀한 심리를 통하여 대상판결이 제시하고 있는 특정승계인의 의사해석 기준(특히 특정승계인의 주관적 사정에 관한 기준들, 가령 특정승계인의 해당 토지취득가액이 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한을 전제로 이를 반영한 가액이라고 평가되는지 여부 등) 등을 기초로 특정승계인의 의사를 규범적·합리적인 의사해석을 통하여 특정승계인이 그 토지를 승계할 당시 ‘원소유자가 그 자신 소유 토지를 일반 공중을 위한 용도로 무상 제공하여 독점적·배타적인 사용·수익에 관한 권리 행사가 제한된다는 사정을 용인하거나 적어도 이를 알면서 그 자신 역시 이를 받아들일 의사’였다고 평가할 수 있을지에 관한 사려 깊은 심리 및 판단이 향후 대상판결이 제시한 이 법리를 적용한 각 개별 사건 해결의 요체라는 점을 고려하면, 형식적인 증명책임 부담자가 누구인지 여부에 따라 개별 사건의 결론이 좌우하는 사태는 기우이기를 바라마지 않는다.

#### 4. 사정변경의 원칙 적용

63) 대상판결 선고 후에 발간된 이성진, 전개 논문, 221-222면은, “부동산 물권에 관한 공시의 원칙이나 물건법정주의를 고려해 본다면, 특별한 사정이 없는 한 즉 원칙적으로 특정승계한 자는 배타적 사용수익권을 행사할 수 있고, 특별한 사정이 있다면 예외적으로 이를 행사할 수 있다고 보는 것이 더욱 합리적인 태도일 것이다. 즉 원칙적으로 특정승계인은 배타적인 사용수익권을 행사할 수 있으나, 행사를 불허할 특별한 사정에 관하여 상대방 측에서 증명책임을 부담하도록 하는 것이 형평성 타당할 것이다”라고 한다.

가. 나아가 대상판결은, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결<sup>64)</sup> 등에서 확인한 사정 변경 원칙에 관한 법리를 다시금 천명하였다.

나. 통상 신의칙이 적용례로서 계약상 의무 수정의 일례로 사정변경원칙(이른바 행위기초론)이 언급된다. 이 이론은 계약의 내용으로 되지 않았거나 계약의 체결이나 실현의 기초로 된 일정한 사정이 처음부터 존재하지 않거나 사후에 변경 또는 소멸된 경우에, 급부의무의 감액 또는 증액을 통하여 계약을 변화된 사정에 적응시키거나 적응이 불가능하다면 계약의 해소를 허용하여야 한다는 것이다<sup>65)</sup>.

사적자치의 원칙에 따라 개인의 의사에 권리형성력이 부여되고, 사적 자치의 실현으로 법률행위가 성립하면 당사자는 그 법률행위에 따른 법률효과로 발생한 의무의 준수가 요구되는 것이지만, 사정의 극심한 변동으로 말미암아 그 법률행위의 내용을 지킬 것을 요구하는 것이 정당하지 않게 된 경우에는, 사정변경의 원칙에 따라 그 법률행위 내용의 수정 내지 파기가 요구되기도 하는 것이다<sup>66)</sup>.

대상판결은 우리 대법원이 일정한 요건 아래 일정한 경우 사정변경의 원칙에 기초하여 계약해제권을 인정<sup>67)</sup>해 온 것과 마찬가지로, 대상판결에서 실시하는 바와 같은 요건, 즉 ① (토지 소유자의 의사에 따라 그 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되고 그에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되었더라도) 그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되고, ② 소유자가 일반 공중의 사용을 위하여 그 토지를 제공할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었으며, ③ 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우라는 요건이 충족되면, 토지 소유자나 그 특정승계인이 사정변경의 원칙을 주장하여 당초 그 의사에 기초하여 형성된 법률관계의 해소가 가능하다는 점을 거듭 천명한 것이라 이해된다.

## 5. 토지소유자 등의 청구원인별 검토

64) 가령 권영준, “세밀한 정의를 향한 여정 - 박병대 대법관의 민사판결 분석 -”, 법과 정의 그리고 사람: 박병대 대법관 재임기념 문집, 사법발전재단, 2017, 69면 이하는 이 판결에 대하여 “대상판결은 ‘그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 배타적 사용·수익권을 배제하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경된 경우’ 에는 포기된 배타적 사용수익권이 회복될 수 있다고 판시하였다. 만약 배타적 사용수익권의 포기가 물권적인 의미를 가진다면 사정변경에 따른 배타적 사용수익권의 회복은 설명하기 어려울 것이다. 이 점에서 대상판결은 위와 같은 새로운 판례의 흐름을 재확인하였다. 대상판결이 가지는 더 중요한 숨은 의미는 배타적 사용수익권 포기와 신의성실의 원칙 사이에 연결고리를 생성하였다는 점에서 찾을 수 있다. 대상판결에 관한 대법원 판례해설은 신의성실의 원칙에서 배타적 사용수익권의 포기를 인정하는 이유를 찾는 것이 가장 적절하다고 설명하고 있는데, 이는 대상판결이 신의성실의 원칙을 염두에 두고 선고된 것임을 추측케 한다”고 평석하고 있다. 결국, 우리 대법원판결이 제시하는 독점적·배타적 사용·수익권 포기의 법리는 물권적 의미에서 포기를 전제로는 설명할 수 없고, 통상 신의칙 적용의 일례로 제시되는 사정변경의 원칙을 우리 대법원이 명시적으로 인정하였다는 점에 방점을 둔 평석으로 이해된다.

65) 지원림, 「민법강의」 제14판, 홍문사, 2016, 47면 참조.

66) 지원림, 앞의 책, 1240면 참조.

67) 가령, 계속적 보증에서 사정변경을 이유로 한 특별해제권을 인정한 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다2332 판결; 사정변경으로 인한 계약 해제 가능성을 인정한 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결 등 참조.

## 가. 부당이득반환청구권의 경우

(1) 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 「독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 제한에 관한 법리는 구체적 사안에서 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사를 받아들일 것이지에 대한 판단기준 또는 도구개념으로서의 역할을 수행한다고 보면 충분하다」고 하면서, 부당이득반환청구의 경우, 토지 소유자에게 민법 제741조가 규정하는 요건 사실인 ‘손해’가 인정되면 되는지 판단하면 되는데, 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우 그 토지 소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구는 그 토지 소유자에게 손해가 발생할 여지가 없는 사정이 있어 부당이득반환청구의 요건사실이 인정되지 아니한다는 입장을 거듭 확인하고 있다.

(2) 반대견해 2는 그 보충의견을 통하여, 다수의견과 그 보충의견은 토지 소유자의 이익이나 편의와 함께 중대한 공공의 이익이 인정되는 경우에는 부당이득의 성립요건 중 ‘손해’를 부정하는 결과가 될 수 있다고 하면서, 이는 민법상 부당이득 제도가 ‘이익의 반환’을 목적으로 하는 제도로서 ‘손해의 배상’이라는 불법행위 제도와는 그 취지와 목적을 달리하므로, 부당이득반환청구권자에게 이익이 생겼다는지 상대방의 이익과 권리자의 손해를 비교형량을 한다든지 하는 것은 우리 민법이 예정하고 있는 부당이득의 성립요건이 아니고, 토지의 무상제공을 통해서 소유자에게 이익이 생긴다고 하더라도 그것이 부당이득 성립을 부정하는 소극적 요건이 될 수는 없으므로, 다수의견은 민법상 부당이득의 법리에 어긋난다는 입장을 밝히고 있다. 또한, 반대견해 2는 다수의견에 대한 보충의견이 제시하는 바와 같은 비교형량의 결과 토지 소유자의 권리행사를 제한할 필요성이 인정되더라도 부당이득의 범위를 조정하는 차원을 넘어 부당이득의 성립 자체를 배제하는 논리는 받아들이기 어렵다고 한다<sup>68)</sup>.

(3) 기존 대법원판결은 초기에 배타적 사용수익권 포기를 점유 요건과 연관시켜 판단하다

68) 대상판결 선고 후 발간된 논문인 이성진, 전개 논문, 216-217도 반대견해 2과 동일한 취지의 의견을 피력하고 있다. 즉 “토지 소유자의 소유권 보장과 공익을 비교형량한 결과로 인하여, 토지소유권의 행사 즉 우수관 철거를 배제한 것은 신의칙상의 이유 등으로 일용 이해될 여지가 있으나, 우수관 설치와 관련된 점유에 대한 부당이득반환청구를 부정하는 것은 부당하다고 본다”고 한다; 허민, 전개 논문, 217면 이하는, “대상법리가 적용되는 경우로서, 점유자를 상대로 한 부당이득반환청구”의 경우 “국가나 지방자치단체 등 행정주체가 사실상 도로로 점유, 관리하는 경우에는 ‘점유의 무상성’에 대한 정당한 신뢰가 존재한다고 평가할 수 없으므로 원칙적으로 부당이득반환청구를 긍정함이 타당하다”고 하고, “다만 소유자가 행정주체로부터 토지 무상제공과 결부된 재산상 대가를 얻었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에는 예외적으로 점유의 무상성에 대한 점유자의 정당한 신뢰를 긍정할 수 있어 소유자의 부당이득반환청구가 허용되지 않을 것이다”고 한다. 한편 “사인이 사실상 도로를 점유하는 경우에도 그 도로점유자의 지위, 사실상 도로의 개설경위, 사실상 도로의 존재가 소유자에게 미치는 효용성의 정도 등 제반사정을 고려하여 부당이득반환청구의 허부를 결정하여야 할 것”이라고 하고, 나아가 “이용자(통행자)를 상대로 한 부당이득반환청구는 원칙적으로 허용되지 않는다”고 한다. 다만 “특정승계인이 사실상 도로에 관한 권리행사를 하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 특정승계인은 도로점유자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다”고 하면서, “통상의 경우 토지의 객관적 이용상태에 대한 특정승계인의 ‘귀책’이 존재한다거나 부당이득반환청구권의 행사가 정당한 범용성 용인할 수 없는 정도라고 평가하는 것이 용이하지 않기 때문이다”고 한다. 정구태, 김봉수 각 전개논문 등도 참조.

가 그 이후에는 이를 손실요건<sup>69)</sup>과 연관시켜 판단해 왔다<sup>70)</sup>. 대상판결 역시 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 경우 부당이득반환청구가 인용되기 위한 요건사실 중 ‘손해’의 발생 사실이 인정되지 않는다는 취지로 이해된다.

생각건대, 대상판결이 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권이 제한되는 근거를 그 당사자 의사에 기초한 것이라 친명한 이상, 토지 소유자의 해당 토지 부분 점유자에 대한 부당이득반환청구가 인정될 수 없는 근거 역시 기본적으로는 그 당사자의 의사에서 찾아야 한다고 이해된다. 즉 토지 소유자가 그 스스로 자발적인 의사로 그 자신 토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공할 당시, 그 자신이 그로 인하여 얻는 반대급부가 있는 등의 사정이 있어 자발적으로, 향후 일반 공중을 위한 용도로 무상 제공하고 당해 토지 부분에 대한 사용이익을 받지 않아도 상관없다는 의사로 이를 제공한 것이라면, 그 해당 부분 토지를 토지 소유자가 독점적·배타적으로 사용·수익하지 못하더라도 이로써 토지 소유자가 어떠한 손실(손해)을 입게 되는 것은 아니기에, 민법 제741조가 규정한 요건사실인 ‘손해’가 인정되기는 어려운 것이라 생각된다.

비록 부당이득 제도가 이익의 반환을 목적으로 하는 제도라 하더라도, 그 요건사실로 손해의 발생을 요구할 뿐만 아니라, 그 반환의 범위 역시 청구권자의 손실을 한도로 하는 것이므로, 토지소유자의 의사에 기초하여 해당 토지의 독점적·배타적인 사용·수익권이 제한되어 그로 인하여 해당 토지를 점유하고 있는 자가 이익을 얻게 되더라도, 해당 토지의 독점적·배타적 사용·수익권 행사를 그 스스로 제한한 토지 소유자에게는 그 사용수익액 상당의 손실이 발생하지 않을 사정이 있다고 보지 않을 수 없는 이상, 부당이득반환 청구는 인용되기 어렵다는 결론에 이르게 된다.

#### 나. 물권적 청구권의 경우

(1) 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여, 「토지 소유자가 소유물반환청구권을 행사할 때 이를 저지할 민법 제213조 단서의 ‘점유할 권리’가 있는지, 소유물방해제거청구권 또는 소유물방해예방청구권을 행사할 때 민법 제214조의 ‘방해’가 있는지는 구체적인 사안에서 사실인정과 판단을 거쳐 비로소 확정되는 것」이라고 하면서, 민법 제213조 단서의 ‘점유할 권리’에 관하여, ‘권리’라는 표현에도 불구하고 이는 엄격한 의미에서의 권리만에 한정되는 것이 아니고, 그 점유의 보유가 정당화되는 법적 지위를 모두 포함하는 것이어서, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우 그 해당 토지를 점유하고 있는 자는 민법 제213조 단서의 점유할 권리가 인정되므로, 그를 상대로 한 물권적 청구권은 받아들여질 수 없다는 입장을 밝히고 있다.

69) 권영준, 전제(각주 11) 논문, 315면은 “이러한 입장에 의하면 토지소유자가 배타적 사용수익권을 포기하였다는 점은 부당이득반환청구권의 요건사실 중 손실요건을 부정하는 기능을 하게 된다. 즉 어차고 배타적으로 사용하여 이익을 얻는 상태라면, 주민들이 이를 도로로 이용한다고 하여 상실될 이익도 없는 것이므로, 부당이득반환청구에 있어서 필요한 손실이 결여되었다는 논리이다. 이러한 판례의 변화와 더불어 배타적 사용수익권 포기 여부는 점유라는 요건사실과 분리되어 별도로 논의되기 시작하였다”고 설명한다.

70) 권영준, 전제(각주 11) 논문, 313-316; 문춘언, 전제 논문, 41-48면 등 참조.

(2) 이에 대하여 반대의견 2는, 민법 제213조 단서의 ‘점유할 권리’는 그 점유의 보유가 정당화되는 법적 지위를 모두 포함하는 것이지만, 그 법적 지위는 일정한 법률요건이 존재함을 전제로 한다고 하면서, 매수인에게 ‘매매계약의 효력’으로서 점유할 권리가 생기는 것과 달리, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 경우 그 해당 토지를 점유하고 있는 자에게는 그러한 법적 지위가 인정될 수 없다는 취지이다.

(3) 생각건대, 대상판결이 근본적으로 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한이라는 법률효과가 당사자의 의사에 기초한 일정한 법률행위를 원인으로 한 결과라는 점을 전제하고 있는 것이라면, 해당 토지 점유자는 위와 같은 법률행위의 효과로서 이를 점유할 권원 내지 그 점유의 보유가 정당화되는 법적 지위를 취득한 것이라고 보지 않을 수 없다고 이해된다.

즉 대상판결은 다수의견에 대한 보충의견을 통하여, 「토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 것이 그의 의사에 기초한 것이라고 볼 때에 법원으로서의 그 법적 성질이 계약인지 단독행위인지, 상대방 있는 법률행위인지 아니면 상대방 없는 단독행위인지 등 강학상 법률행위의 유형 중 어느 것에 해당하는지를 심리하여 반드시 특정하여야 하는 것은 아니다」고 하여, 구체적인 법률행위의 유형은 각 사건마다 달라질 수 있으나, 그 본질적 성질은 당사자 의사표시를 요소로 하는 법률행위를 분명하게 밝히고 있으므로, 매매계약의 매수인이 매매계약의 효력으로서 점유할 권리가 인정되는 것과 마찬가지로, 토지 소유자의 ‘일반 공중을 위한 용도로 무상 제공하겠다’는 취지의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한 의사에 기초한 법률행위의 효력으로서 그 의사에 부합하는 용도로 사용 또는 이용하기 위하여 해당 토지를 점유하고 있는 자는 이를 점유할 권리 내지 법적 지위가 인정될 수 있을 것이라 이해된다.

#### 6. 사안의 해결

가. 대상판결은, II.1. 부분 기재와 같은 사실을 인정하고, 그 사실관계를 판사와 같은 법리 및 판단기준에 비추어, 망인은 이 사건 계쟁토지 부분을 포함한 이 사건 토지에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없게 되었고, 망인의 상속인인 원고의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다고 본 원심판결의 정당성을 승인하면서 피고의 상고를 기각하였다.

나. 생각건대, II.1. 부분 기재와 같은 대상판결 및 각주 6) 부분 기재와 같은 이 사건 원심이 각 인정한 사실 및 사정에 비추어 보면, 망인은 기꺼이 그 스스로 자발적으로 이 사건 토지 지하에 이 사건 우수관을 설치하여 그 자신 소유의 이 사건 토지 및 그 지상 단독주택의 편익을 도모함과 동시에 인근 주민들을 위한 용도 등으로 이를 무상으로 제공하겠다는 의사로 이를 제공한 사실이 추인 내지 추단 가능하다고 판단되고, 나아가 망인의 이 사건 계쟁토지 부분 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 이익을 비교衡量 하더라도 (원고가 제출한 증거들만으로는 현 상황에서 달리 공공의 이익보다 원고 소유권 보장의 이익이 더 중요하고 중대하다고 인정할 자료가 부족하고) 이 사건 우수관으로 인하여 이 사건 토지 주변

주민들에게 편익이 제공됨은 물론 공공수역의 수질보전 역할이라는 분명한 공공의 이익이 인정되므로, 어느 도로 보나 망인의 이 사건 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 결론에는 영향을 미칠 수 없으며, 그 상속인인 원고 역시 그 행사가 제한된다는 결론에 이를 수 있어 보인다. 그렇다면 이와 같은 결론의 원심판결은 정당하므로 피고의 이 사건 상고는 이유 없다고 하겠다.

#### IV. 대상판결 이후 선고된 이 법리가 적용된 대법원판결

1. 대상판결이 선고된 이후, 이 법리를 따라 선고된 대법원판결로 대법원 종합법률정보에서 검색되는 것으로, 대법원 2019. 4. 3. 선고 2017다253720 판결<sup>71)</sup> [공보불게재], 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다253420 판결<sup>72)</sup> [공보불게재], 대법원 2019. 7. 25. 선고 2015다235049 판결<sup>73)</sup> [공보불게재], 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결 [공2020상, 1], 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다246630 판결<sup>74)</sup> [공보불게재], 대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다280005 판결<sup>75)</sup> [공보불게재], 대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다227363 판결<sup>76)</sup> [공보불게재], 대법원

71) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑이 어장에 출입하기 위하여 토지를 취득한 후 지목을 도로로 변경하여 사용하였는데, 위 토지가 인근 주민들의 통행로로 이용되어 오다가 을 지방자치단체가 토지를 아스팔트로 포장하여 현재 차도로 이용되고 있는 사안에서, 토지가 공중의 사용에 제공된 경우, 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무 등에 관하여 구체적으로 심리를 하지 아니한 채 갑이 토지에 대한 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례”이다.

72) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑이 토지를 분할하여 제3자들에게 택지로 매도하는 과정에서 분할·매도하고 남은 토지를 진입로로 제공하였고, 그 후 을 지방자치단체가 위 토지 지하에 상하수도 관거를 설치하고 아스팔트 및 시멘트로 도로포장을 하여 현재까지 인근 주택가에 거주하는 주민들의 도로통행 용도로 이용되고 있는데, 강제경매로 인한 매각을 원인으로 위 토지의 소유권을 취득한 병이 을 지방자치단체를 상대로 입로 상당의 부당이득반환을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 당초 위 토지에 관하여 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익권 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되었다고 단정하기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례”이다.

73) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑이 취락구조 개선사업의 일환으로 개설되는 확장도로에 편입되는 자신의 토지에 관하여 자발적으로 토지분할 및 도로로의 지목변경을 신청하여 분할된 토지가 확장도로부지로 편입된 후 현재까지 을 지방자치단체의 관리하에 도로로 공중의 통행에 제공되고 있는데, 갑이 을 지방자치단체를 상대로 분할된 토지 중 절차상의 잘못으로 지목이 도로로 변경되지 않은 토지에 대하여 해당 토지 사용에 따른 차임 상당의 부당이득반환을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 갑은 인접토지의 효용가치를 증대시키기 위하여 자발적으로 토지의 분할을 신청하였고 분할된 토지를 확장도로부지로 제공함으로써 토지에 관한 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없게 되었는데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례”이다.

74) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑이 소유권을 취득한 토지의 일부가 그전부터 인근 토지 소유자 및 주민들의 통행로로 사용되고 있었고, 해당 토지가 분할되면서 도로로 지목이 변경되어 을 지방자치단체가 아스팔트로 포장한 후 도로로 점유·관리해 오고 있었는데, 갑이 을 지방자치단체를 상대로 토지 인도 및 부당이득반환 등을 구한 사안에서, 토지 소유자가 자발적으로 위 부토산을 도로로 제공하였다고 보기 어렵거나 이를 제공함으로써 더 큰 효용을 얻으려는 목적이 있음을 인정할 증거가 부족하다는 이유만으로 갑 또는 전 소유자가 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 단정한 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례”이다.

75) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑이 인접 토지 소유자인 을에게 구체적인 면적을 특정하지 않은 채 자신의 토지 일부를 도로로 제공하기로 합의하고 대가를 받았는데, 그 후 병 지방

2021. 8. 19. 선고 2019다226043 판결<sup>77)</sup> [공보불게재], 대법원 2022. 7. 14. 선고 2022다228544 판결 [공2022하, 1631] 등이 확인된다. 그 중 공보에 게재된 판결은 2015다211685 판결, 2022다228544<sup>78)</sup> 판결 2개이고, 판례평석이 나온 판결은 2015다211685 판결이다.

각주의 각각한 사안 요지에서도 확인할 수 있는 바와 같이, 대법원은 대상판결에서 제시한 이 법리의 각 인정기준에 대한 매우 충실한 심리를 요청하고 있음을 알 수 있다.

이하에서는 판례평석이 나와 있는 2015다211685판결(이하 ‘따름판결’이라 한다)을 간략하게 살펴본다.

#### 2. 따름판결의 사실관계 및 판결요지 등

자치단체가 갑의 토지 일부를 포함한 인근 토지 일대에 포장도로를 개설하였고, 10여 년 후 갑이 병 지방자치단체를 상대로 포장도로의 철거와 토지의 인도를 구한 사안에서, 갑은 일반 공중을 위한 용도가 아니라 을을 위하여 도로 부분에 관한 사용을 승낙한 것으로 볼 여지가 있는데도, 갑이 도로 부분에 관한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 단정하고 이후 사정변경이 있었는지에 관한 심리를 하지 않은 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례”이다.

76) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑 등이 토지에 주택을 신축하면서 건축법 규정을 준수하여 지적경계선 안쪽에 공지로 남긴 토지 일부가 을 지방자치단체가 점유·관리하는 도로에 편입되어 일반 공중의 통행로로 이용되고 있는데, 그 후 위 토지와 주택의 소유권을 취득한 병 등이 을 지방자치단체를 상대로 부당이득반환을 구한 사안에서, 갑 등이 주택을 신축하기 위해 토지 일부를 공지로 남겨둔 것만으로 그 토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공한 것이라고 보기 어렵고, 이를 도로의 일부 부지로 사용하는 것을 용인하였더라도, 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 단정하기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판결에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례”이다.

77) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “이 사건 토지가 포함된 ○○역길 도로는 농지 가운데를 가로질러 있는 점, 이 사건 토지의 인근 토지는 현재까지 농지로 사용되고 있는 점, 이 사건 토지가 1945. 1경 비파세지성으로 변경되었으나 원고의 이전 소유자가 직접 비파세지성 신고를 하였다고 볼 자료가 없는 점 등을 들어 원고나 이전 소유자들이 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기했다는 피고 주장이 받아들여지지 않은 원심판단을 정당하다고 판시한 사례”이다.

78) 이 판결은, 대상판결 법리를 확인하면서, “갑이 건물을 신축하여 분양·사용하기 위해 토지를 4필지로 분할하면서 건축허가를 받기 위해 그중 1필지의 지목을 도로로 변경하였고, 막다른 골목 형태의 위 토지는 기존 건물들이 준공된 나머지 3필지에서 북쪽 간선도로까지 도로로 이동 가능한 유일한 통로로 그로부터 약 30년 동안 인근 주민들의 통행로로 사용되었는데, 그 후 을이 기존 건물들과 각 부지를 매수한 후 기존 건물들을 철거하고 인근 2필지를 합병하여 다세대주택을 신축한 이후 위 토지를 거쳐 남쪽 간선도로까지 도로로 왕래할 수 있게 되었고, 위 토지와 다세대주택의 일부 부지를 통하여 차량 진입도 가능하게 된 사안에서, 위 토지는 위치·형태·지목에 비추어 독자적인 활용가능성이 상당히 낮은 반면, 이를 통해 인근 주민들은 북쪽 간선도로에서 기존 건물들까지 이동할 수 있는 유일한 통로로 사용하는 편익을 얻었고, 갑은 위 토지를 인근 주민 및 일반 공중의 이용에 무상으로 제공함으로써 건축허가를 취득할 수 있었음은 물론 건물의 신축 및 분양·사용으로 상당한 경제적 이익을 취하는 등 위 토지를 포함한 4필지 모두의 객관적·경제적 효용가치가 모두 상승되었으므로, 토지 소유권의 보장과 공중의 이익 사이에 비교형량을 하더라도, 갑은 기존 건물들이 준공된 무렵부터 위 토지에 관하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 봄이 합리적이고, 한편 기존 건물들이 철거된 후 다세대주택이 신축되는 등 위 토지를 둘러싼 객관적 사정의 변경은, 갑이 당초 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하고 인근 주민 등의 통행을 위한 이용에 무상으로 제공한 위 토지의 공로로서의 존재 및 그에 대한 인근 주민 등의 계속적 이용을 전제로, 이용의 편의성 강화를 위해 인근 주민 일부의 추가적 출연 내지 부담의 결과로 발생한 것으로, 객관적 사정변경의 경위와 그 내역 등에 비추어, 위 토지를 통행로로 이용하는 인근 주민 등의 계속적 이용의 이익 내지 기대권의 보호가능성이 없어진 경우라거나, 갑의 독점적·배타적인 사용·수익권의 회복을 인정할 정당한 이익이 새로 발생한 경우라고 보기는 어려우므로, 갑은 위 토지에 관하여 사용·수익권을 포함한 완전한 소유권을 주장할 수 없고, 여전히 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 상태가 계속되고 있다고 봄이 타당한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례”이다.

가. 사실관계 요지<sup>79)</sup>

토지소유자들은 시장건물의 건축을 위해 갑 회사를 설립하여 각자 보유하고 있던 토지를 출자하기로 한 뒤, 그 토지들에 상가건물을 건축하고 출자하기로 한 토지의 면적 비율에 따른 구분건물을 각 분배받아 구분건물에 관한 보존등기를 마쳤다.

그러나 토지소유자들은 상가건물들의 대지에 국유지가 포함되어 있는 사정으로 토지들을 합필하여 갑 회사에 이전하지 못하였고, 그로 인해 위 토지들의 소유권은 현재까지 원소유자인 토지소유자들이나 상속인들 또는 그들로부터 토지 소유권을 양수한 사람들에게 남아 있다. 일부 토지에 대해서는 갑 회사의 청산인들 명의의 지상권이 설정되어 있기도 하다.

원고는 상가건물들의 대지 중 일부토지의 소유권을 경매절차에서 취득하였고, 이후 다른 일부 지분을 매수하면서 지상권의 일부 지분도 양수하였다. 피고들은 상가건물들의 구분소유자들 중 일부이다.

원고가 피고들을 상대로 원고가 소유권, 공유지분권 또는 지상권의 일부 지분을 특정승계한 토지들을 피고들이 점유사용한데 따른 부당이득의 반환을 청구하였다. 이에 피고는 원고가 독점적·배타적 사용·수익권을 포기하였다고 항변하였다.

나. 제1심법원 판결 : 부산지방법원 2013. 12. 11. 선고 2013가합44648 판결 요지

토지소유자들은 1975.경 이 사건 시장부지의 소유권이나 그 지상에 설정된 지상권을 이 사건 각 건물의 사용을 위하여 무상 제공함으로써 이 사건 각 점포 소유자와의 관계에서 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다<sup>80)</sup>고 봄이 타당하고, 이를 특정승계한 원고는 그와 같은 사용·수익권의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지 소유권이나 지상권을 취득하였다고 보아야 할 것이므로, 원고로서는 이 사건 각 점포의 중 일부의 구분소유자인 피고들과의 관계에서 이 사건 각 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 주장할 수 없다는 취지로 판시하였다.

79) 홍승면, 전계 논문, 176면에 간략하게 정리된 사실관계를 활용하였다.  
80) 제1심법원은, “ ① 이 사건 지주들은 1975.경 자신들이 소유한 이 사건 시장부지에 대하여 상가시장의 공유재산으로 귀속시켜 공동 관리하고 향후 타인에게 매매, 임대, 양도 등의 행위를 하지 않겠다는 취지로 합의하였던 점, ② 위 합의에 기초하여 이 사건 지주들은 자신들이 소유한 토지를 출자하고 그 비율에 따라 이 사건 각 건물 내의 점포를 배정받은 후 소유권보존등기까지 마쳤으나, 국유지나 취·등록세 등의 문제로 인하여 위 토지들을 합필하여 ○○○○○아파트에 이전등기하지 못한 채 등기부상 소유명의를 그대로 가지고 있었던 점, ③ 이 사건 제3 내지 10 토지에 관하여 설정된 각 지상권도 위와 같은 합의의 이행을 목적으로 설정된 것인 점, ④ 1975.경 이 사건 각 점포에 관하여 소유권보존등기가 이루어진 이후로 이 사건 소송이 제기되기 전까지 약 37년 동안 위 점포의 구분소유자들은 이 사건 지주들이나 그 지상의 지상권자들에게 대지사용료를 지급하거나 이에 대한 청구를 받은 적이 없는 것으로 보이는 점, ⑤ 이와 같은 이유로 이 사건 각 점포의 구분소유자들은 대지사용권에 관한 등기나 특별한 약정 없이 약 37년 동안 그 대지를 무상으로 사용하여 왔던 점, ⑥ 이 사건 시장부지가 그 지상에 있는 이 사건 각 건물의 사용에 제공되고 있음은 외관상 용이하게 인식될 수 있는 점 등을 종합하여” 토지소유자들의 독점적·배타적 사용·수익권 포기를 인정하였다.

다. 원심법원 판결 : 부산고등법원 2015. 3. 19. 선고 2014나52820 판결 요지

원심법원은 제1심법원 판시와 같은 이유로 토지소유자들이 상가건물의 구분소유자들과 관계에서 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다고 판단하고, 나아가 원고의 용인 여부에 대한 심리를 통하여 특정승계인으로서 원고의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한 범위를 판단하였다.

라. 따름판결 : 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결 요지

따름판결은, 대상판결 법리를 실시하면서, “토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 법리는 토지가 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공된 경우에 적용되는 것이어서, 토지가 건물의 부지 등 지상 건물의 소유자들만을 위한 용도로 제공된 경우에는 적용되지 않는다. 따라서 토지소유자가 그 소유 토지를 건물의 부지로 제공하여 지상 건물소유자들이 이를 무상으로 사용하도록 허락하였다고 하더라도, 그러한 법률관계가 물권의 설정 등으로 특정승계인에게 대항할 수 있는 것이 아니라면 채권적인 것에 불과하여 특정승계인이 그러한 채권적 법률관계를 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 특정승계인의 그 토지에 대한 소유권 행사가 제한된다고 볼 수 없다.” 고 판시하였다.

마. 따름판결의 의의

따름판결은 대상판결이 밝힌 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한 법리의 적용범위를 명확하게 판시한 점에 의의가 있다<sup>81)</sup>. 토지가 건물부지 등 지상 건물의 소유자들만을 위한 용도로 제공된 경우 이 법리가 적용되지 않는다는 점을 판시한 것이다<sup>82)</sup>.

3. 이상에서 간략히 살펴본 바와 같이, 대상판결 선고 이후, 대상판결이 제시한 이 법리의 적용 여부에 대한 충실한 심리가 요청되고 있는 것으로 보이고,<sup>83)</sup> 대상판결의 적용범위를 보다 명확하게 적용한 판결들이 선고되고 있다고 하겠다.

V. 마치며

이상과 같이 부족하나마 대상판결이 밝힌 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한 법리에 관하여 살펴 보았습니다. 이 법리에 대한 논의 과정을 통하여 우리 법률문화가 한 단계 더 발전하고 우리 사회는 더욱 성숙해져 가는 것을 느낍니다. 또한 그 논의의 과정에 우리 부산판례연구회 역시도 매우 중요한 역할을 하였음을 느낄 수 있었습니다. 이 기회를 빌려 오늘 자랑스러운 우리 부산판례연구회를 있게 해 주신 모든 분들께 진정된 경의와 존경의

81) 홍승면, 전계 논문, 177면 참조.  
82) 이계정, 전계 논문, 8면 참조.  
83) 정구태, 전계 논문, 5면 각주 11)도 동일한 취지이다.

마음을 전해 올리면서 부족하기만한 발표를 마치고자 합니다. 감사합니다.