

# 사실상 도로에 대한 대법원의 배타적 사용수익권 포기 법리의 비판적 고찰\*

## A Critical Consideration of Legal Principles of Supreme Court's Renunciation of Exclusive Utilization Beneficiary Right for De Facto Roadway

배 성 호(Bae, Sung Ho)\*\*

### ABSTRACT

This study critically examines whether to admit consistency of the attitude of Supreme Court's precedents that deny request for the return of the owner's illegitimate benefits and admits succession to the special successor through the legal principle associated with the renunciation of the exclusive utilization beneficiary right for a de facto roadway within the framework of the Korean civil law with a focus on the legality of the legal principle of renunciation of utilization beneficiary right.

As described above, this study determined that Supreme Court constricted exercise of rights, based on the interpretation of intention to the effect that the land owner requesting return of illegitimate benefits renounced the exclusive utilization beneficiary right voluntarily in consideration of the financial burden to be imposed upon the state or local autonomous bodies in the law suit occurring frequently that requests the return of illegitimate benefits for de facto roadways. However, since it may well be regarded as an excessively simulated interpretation, in case the owner's exclusive utilization beneficiary right has been regarded as abandoned as a result of an individual's land being used for a thoroughfare of the public, monetary compensation is deemed necessary in a matter of principle. That is, it is desirable that the owner of the land who has not been compensated for by reason of a de facto roadway be allowed the right to request the return of illegitimate benefits in the form of monetary compensation from the perspective of civil law. It is thought, however, that only in an exceptional case where spontaneity of the land owner is absolutely acknowledged, limitation on ownership needs to be adjusted subject to public nature of the de facto roadway.

Key words: right to use and benefit, abandonment, actually road, right to pass, good faith principle

### I. 서 설

도로는 크게 법률상 도로와 사실상 도로로 구분할 수 있다. 그 중 사실상 도로는 일반 공중의 통행에 제공되는 통행로이지만, 법률에 따른 도로개설행위가 존재하지 않는다. 또한 사실상 도로는 私道와 구분되는데, 사도라 함은 도로법 제2조 제1항에 의한

\* 이 연구는 2014학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

도로나 도로법의 준용을 받는 도로가 아닌 것으로서 공도에 연결되는 길을 말하며(사도법 제2조), 관할시장이나 군수의 허가를 받아 개인에 의하여 개설되고 관리된다. 그러나 사실상 도로는 특별한 허가절차 없이 개인에 의하여 개설되나 대개 지방자치단체가 점유·관리하는 경우가 많아 공도 그 자체로 기능하고 있다.<sup>1)</sup> 사유지인 사실상 도로 부지는 도로라고 하는 특성상 공공의 이익에 제공되는 공물과 비슷한 성격을 갖고 있어 사실상 도로에 관한 소유권의 행사는 사회적 구속성에 따라 어느 정도의 제약이 있을 수밖에 없는 것은 사실이다.<sup>2)</sup>

이러한 사실상 도로에 대한 소유자의 부당이득반환청구권의 행사에 대하여, 대법원은 토지소유자가 그 소유의 토지를 일반인의 통행에 제공한 경우 그 토지에 대한 사용수익권을 포기하였거나 무상통행권을 부여한 것으로 볼 수 있기 때문에 그 부분에 관하여 국가나 지방자치단체가 도로포장, 상수도 등 기타 시설을 설치하여 점유, 사용하고 있더라도 토지소유자는 부당이득반환청구를 할 수 없다고 한다.<sup>3)</sup> 이를 이른바 ‘배타적 사용수익권 포기 법리’라고 한다. 대법원은 이 법리를 사실상 도로에 관한 부당이득반환청구를 제한하기 위한 법리로 오랜 기간 동안 발전시켜 왔다. 그러나 이 배타적 사용수익권 포기 법리는 물권법정주의를 취하고 있는 우리 민법 체계에 맞지 않는다는 다수의 비판이 있어 왔다.<sup>4)</sup> 또한 대법원은 사실상 도로의 특정승계인에 의한 부당이득반환청구에 대하여도 사용수익의 제한이 있음을 용인하거나 알고서 취득하였음을 이유로 특정승계인에게 손해가 없어 부당이득이 없다고 하여 부당이득반환청구를 부인하고 있다.<sup>5)</sup>

따라서 본 연구에서는 이러한 대법원의 사실상 도로에 관한 부당이득반환청구권 행사에 대한 제한을 위한 배타적 사용수익권 포기법리에 대하여, 우리 민법의 체계안에서 그 정합성을 인정할 수 있는지 그리고 사실상 도로 부지 소유자의 부당이득반환청구를 부정하는 것이 타당한지, 마지막으로 사실상 도로의 특정승계인에게까지 배타적 사용수익권 포기의 승계를 인정하여 부당이득반환청구를 부정하는 것이 타당한지 여부 등에 관하여 대법원판례 법리를 비판적으로 검토하여 우리 민법 체계 내에서의 정합성 있는 해석을 도출하고자 한다.

1) 김승정, 배타적 사용수익권 부존재확인청구의 가부, 대법원판례해설 91호, 2012 상반기, 35-36면; 권영준, 배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 비판적 검토(이하 ‘배타적 사용수익권’이라고 한다), 비교사법 14권 1호(통권 36호), 2006, 305-307면; 박종욱, 사도의 법률관계, 사법논집 제20집, 1989, 61-63면 참조.

2) 권영준, 배타적 사용수익권, 303면.

3) 대판 1991.2.8., 90다7166; 대판 1995.6.29., 94다58216; 대판 1997.12.12., 97다27114; 대판 2009.6.11., 2009다8802 등

4) 권영준, 사실상 도로로 이용되는 사유토지 소유권의 문제, 민사재판의 제문제 제21권, 민사실무연구회, 2012(이하 ‘사실상 도로’라 한다); 이광만, 도로로 무상제공된 토지를 특정승계한 자의 무상통행 수인의무의 승계 여부, 판례연구 9집, 부산판례연구회, 1994; 이철우, 도로부지로 무상제공된 토지소유권의 법적 성질과 부당이득, 판례연구 11집, 부산판례연구회, 1998 등.

5) 대판 1992.7.24., 92다15970; 대판 1994.9.30., 94다20013; 대판 1996.11.29., 96다36852; 대판 1998.5.8., 97다52844

## II. 사실상 도로에 관한 대법원의 배타적 사용수익권 포기 법리의 형성과 법적 성격

### 1. 서

가. 토지소유자가 토지를 분할하여 매각하거나 토지를 개발하면서 필요한 도로를 개설하여 토지의 분할매수인 또는 지역주민들에게 도로로 사용하도록 제공하고, 이후 오랜 시간이 지나면서 국가나 지방자치단체가 주민들의 편의를 위하여 도로포장공사를 하거나 상하수도 등을 설치하여 지역주민들의 통행에 제공함으로써 도로를 점유, 사용하고 있는 경우, 토지소유자 또는 그 토지의 특정승계인이 국가 또는 지방자치단체를 상대로 사실상 도로의 점유, 사용을 이유로 물권적 청구권 또는 부당이득반환청구권 등을 행사하는 경우가 있다. 지방자치단체가 사실상 도로를 이와 같이 점유, 사용하는 경우에는 공공적 의미가 강하기 때문에, 이러한 특수성을 외면하고 소유자의 물권적 청구권이나 부당이득반환청구권 등의 소유권 행사를 전면적으로 인정하게 되면 일반 공공의 통행에 지장이 초래되고, 더 나아가서는 지방자치단체의 재정지출이 과도해져 그것이 주민의 부담으로 연결되어 결과적으로 공공의 이익을 침해하게 될 것이므로, 여러 사정에 비추어 보아 이를 인정하기 어려운 경우가 있을 것이다.<sup>6)</sup> 따라서 사실상 도로에 관한 문제에서 중요한 것은 사실상 도로의 공공성에 따른 소유권의 제한을 어떻게 조절할 것인가이다.<sup>7)</sup>

이와 같이 공공적 성격이 강한 사실상 도로에 대한 소유권자 등의 부당이득반환청구를 제한하기 위한 논리구성으로 민법의 일반조항인 신의성실의 원칙이나 권리남용금지의 원칙을 활용할 수도 있었겠지만, 일반조항의 남용을 방지하고, 또 그러한 남용에 대한 비판을 면하기 위하여<sup>8)</sup> 아래에서 보는 바와 같이 대법원은 처음에는 무상으로 통행할 권한을 부여한 이상 그들의 통행을 인용할 의무를 처음부터 부담하였으므로 토지소유자에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 취지의 판결을 시작으로 배타적 사용수익권 포기 법리까지 이르게 된 것으로 보인다.

나. 사실상 도로에 관한 부당이득반환청구와 관련하여 그동안 소송상 쟁점으로는 첫째, 지방자치단체의 사실상 도로에 관한 점유취득시효에 관한 판단, 둘째, 지방자치단체가 당해 부지를 점유하고 있는가에 관한 판단, 셋째, 토지소유자가 당해 토지에 대한

6) 김영훈, 배타적 사용·수익권 포기법리의 법적 성격과 그 적용범위, 민사판례연구 36, 2014, 68-69면; 권영준, 배타적 사용수익권, 327면; 권영준, 사실상 도로, 330면.

7) 권영준, 사실상 도로, 329-330면.

8) 김영훈, 69면; 권영준, 배타적 사용수익권, 327면.

독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였는가에 관한 판단이 순차적으로 문제되어 왔다.

이 중 첫 번째 논점인 지방자치단체의 사실상 도로에 관한 점유취득시효에 관한 판단과 관련하여서 몇 차례의 판례 변경과정을 거쳐 지방자치단체의 사실상 도로 점유를 타주점유로 보아야 한다는 입장<sup>9)</sup>으로 정리되고 나서는 현재 더 이상의 쟁점이 되지 못한다. 다음으로 대법원은 종래 배타적 사용수익권 포기 법리를 지방자치단체의 점유와 연관지어, 토지소유자가 주민들에게 무상으로 통행할 권리를 부여하여 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하였다고 판단될 경우, 지방자치단체가 지목을 도로로 변경하고 도로포장공사를 보조하였다고 하여 그 토지를 점유관리한다고 볼 수 없다고 하여, 지방자치단체의 점유가 결여되었음을 이유로 부당이득반환청구의 성립을 부정하였다.<sup>10)</sup> 그 후 대법원은 “지방자치단체가 종전부터 사실상 일반의 통행에 공용되던 토지에 대하여 인근 주민들이 참여한 주민자조사업의 비용의 상당 부분을 지원하여 포장공사 등을 완료하고 이를 일반 공중의 교통에 공용되는 공도에 제공하고 있다면 그 때부터 위 토지는 지방자치단체의 점유관리하에 있다고 볼 것이나, 토지 소유자가 이를 주민의 통행로로 스스로 제공하거나 주민의 통행을 용인하여 소유자로서의 배타적 사용수익권을 포기 또는 상실한 사실이 있다면 지방자치단체의 점유로 인하여 토지소유자에게 어떤 손실이 생긴다고도 할 수 없으므로 그 점유로 인한 부당이득의 반환을 청구할 수 없다”<sup>11)</sup>고 하여, 종래 소유자의 배타적 사용수익권의 포기를 이유로 점유 자체를 부정하던 태도를 바꾸어, 사용수익권 포기과 지방자치단체의 점유여부를 별개로 선행하여 판단하기에 이르렀다. 즉 이와 같이 대법원은 종래 배타적 사용수익권 포기법리와 지방자치단체의 점유를 연관하여 부당이득반환청구권의 손해요건의 문제로 파악하였으나, 현재에는 지방자치단체의 점유여부를 먼저 판단한 후, 점유가 인정되면, 다시 소유자의 배타적 사용수익권의 포기가 있었는지 여부를 판단하여, 이를 부당이득반환청구의 또 다른 요건인 타인에게 손해를 가하였을 것이라는 요건의 문제로 파악하고 있다.<sup>12)13)</sup>

아래에서는 토지소유자의 배타적 사용수익권 포기 법리의 채택경과를 살펴보고, 그 법

9) 지방자치단체의 사실상 도로에 관한 취득시효의 판단을 위한 자주점유의 판단과 관련하여서는 권영준, 303면 주1) 참조.

10) 대판 1989.2.28., 88다카4482; 대판 1991.2.8., 90다7166; 대판 1991.2.8., 90다14546 등

11) 대판 1991.7.9., 91다11889

12) 김민정, 사실상 도로로 사용되는 토지에 대한 소유자의 배타적 사용수익권 포기란 무엇이고, 토지의 특정승계인에게는 어떤 효력이 있는가—대법원 2009.3.26. 선고 2009다228, 235 판결과 대법원 2009.8.20. 선고 2009다38247, 38254 판결 관련—, 재판실무연구 2010, 광주지방법원, 2011, 73면; 김영훈, 주11); 권영준, 배타적 사용수익권, 314면 참조.

13) 김문관, 배타적 사용수익권이 포기된 토지를 제3자가 점유하는 경우, 토지 소유자의 방해배제 및 부당이득반환청구—대법원2001.4.13. 선고 2001다8493 판결—, 판례연구 14집, 부산판례연구회, 2003, 105면 주 17)에 의하면 그러나 위 91다11889 판결 이후에도 점유 여부가 문제된 사례가 일부(가령 대판 1994.8.23., 93다58196; 대판 1997.7.11., 97다14040) 존재하기 때문에 지방자치단체의 점유 여부가 쟁송의 대상에서 완전히 제외된 것은 아니라고 한다.

적 성질에 관하여 자세히 검토하기로 한다.

## 2. 사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권 포기 법리의 대법원 판결에서의 채택과 확립

대법원은 1991.2.8. 90다7166 판결에서 “아파트 건설회사가 인근 주민들에 의하여 사실상의 도로로 사용되고 있던 토지를 아파트 단지의 주변도로로 이용하기 위한 목적으로 매수한 후 아파트 단지를 조성한 이래 아파트 입주자 등이 이를 도로로 이용해 왔다면 위 회사는 자신이 조성한 아파트단지의 효용증대를 위하여 위 토지에 대한 배타적인 사용수익권을 포기하고 이를 도로로 제공하였다고 볼 것이다”라고 하면서 명시적으로 배타적 사용수익권 포기라는 문구를 언급하기 시작하였다.

그 뒤 1995.6.29. 94다58216 판결에서 “원심은 그 거시증거들에 의하여 원고가 본점 사옥의 건립을 위하여 이 사건 토지부분을 포함한 그 일대의 토지를 취득하였으나 그 후 피고 시의 도시계획결정 고시에 의하여 이 사건 토지부분이 도로예정지로 편입되는 바람에 이 사건 토지부분이 본점 사옥건물의 부지에서 제외되었고, 피고 시가 이 사건 토지부분을 위와 같이 일반 공중의 통행로로 공여한 후 원고가 수차에 걸쳐 이 사건 토지부분의 점유에 대한 보상을 요구하였던 사실 등을 인정한 다음, 위 인정사실에 비추어 볼 때, 비록 이 사건 토지부분쪽에 원고 은행 본점에 출입하는 서쪽 출입문이 나 있고, 원고 은행 본점에 출입하는 고객이나 은행직원들이 그 출입문을 이용하는 터이어서, 결국, 그들이 이 사건 토지부분을 일반 공중과 공동으로 이용하고 있으며, 원고가 이 사건 토지부분에 비과세지정신청을 하여 비과세지정을 받은 사실 등이 있다고 하더라도 그러한 사정만으로는 원고가 이 사건 토지부분에 관하여 배타적인 사용수익권을 포기하였다고 볼 수 없고, 그 밖에 그러한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고시의 항변을 배척하였다. 기록에 비추어 살펴볼 때, 원심의 위 인정과 판단은 정당하고, 거기에 심리미진의 위법이나 도로의 점유에 있어서의 배타적 사용수익권의 포기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다”라고 하면서 명시적으로 법리라는 용어를 사용하기에 이르렀고, 그 뒤에도 판례에서 계속하여 이러한 표현을 사용하고 있다.<sup>14)</sup>

## 3. 사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권 포기 법리의 법적 성격

### 가. 서

판례는 효용성과 자발성이라는 기준에 의하여 그에 부합하면 배타적 사용수익권 포기법리를 적용하고 있다.<sup>15)</sup> 즉 먼저 효용성과 관련하여, 판례는 “당해 토지를 소유하게

14) 대판 1997.12.12., 97다27114; 대판 2009.6.11., 2009다8802 등

된 경위나 보유 기간, 나머지 토지들을 분할하여 매도한 경위와 그 규모, 도로로 사용되는 당해 토지의 위치나 성상, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 가지 사정과 아울러 분할 매도된 나머지 토지들의 효과적인 사용·수익을 위하여 당해 토지가 기여하고 있는 정도”등을 종합적으로 고찰하여 신중하게 배타적 사용수익권 포기 여부를 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다.<sup>16)</sup> 다음으로 자발성과 관련하여, 판례는 토지소유자가 자발적으로 자신의 토지를 사실상 도로로 제공하거나, 그 제공과정에서 자발적으로 이를 수인한 경우, 배타적 사용수익권 포기를 인정하는 경우가 많고, 또한 당해 토지를 사실상 도로로 제공함으로써 발생하는 비용보다 이로 인하여 얻는 효용이 더 큰 경우에는 배타적 사용수익권 포기법리를 적용하는 경우가 많다.<sup>17)</sup>

이와 같은 효용성과 자발성이라고 하는 기준으로 과연 사실상 도로에 대한 소유자의 배타적 사용수익권이 포기되었다고 볼 수 있는 근거가 되는지는 의문이다.<sup>18)</sup> 이러한 판례의 태도는 아래에서 보는 바와 같이 배타적 사용수익권 포기 법리의 법적 성격에 따라 재검토의 여지가 있다. 따라서 아래에서는 배타적 사용수익권 포기법리의 법적 성격에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 나. 사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권 포기법리의 법적 성격

##### (1) 소유권 권능의 일부포기가 가능한지 여부

소유권은 사용, 수익, 처분 권능이 결합하여 물권으로서 하나의 독립된 권리가 된다. 따라서 소유권의 권능의 일부인 사용, 수익 권능이 포기된 처분권능만이 남아 있는 소유권은 우리 민법의 물권법정주의에 반하고, 공시의 원칙에도 반하기 때문에 인정할 수 없다.<sup>19)</sup> 즉 토지소유자가 제한물권의 설정이나 임대차 또는 사용대차 등에 의해 그 권능에 일시적인 제한을 받는 것 외에, 독점적 배타적 사용수익권만을 포기하는 것, 즉 소유권자가 배타적 사용, 수익의 권능만을 양도하여 처분권과 사용수익권의 주체가 분리되는 것은 소유권의 불가분성에 의하여 인정할 수 없다.<sup>20)</sup>

이 점에 대하여는 다음의 판례들에서도 확인되는 바이다. 즉 먼저 대판 2009.7.9., 2007다83649 사안<sup>21)</sup>은 사실상 도로에 관한 사례는 아니지만, 불법점유로 인한 부당이득

15) 권영준, 사실상 도로, 333-334면.

16) 대판 1989.7.11., 88다카16997; 대판 1990.3.23., 89다카25240; 대판 1995.11.124, 95다39946; 대판 1996.3.26., 95다33917; 대판 1997.6.27., 97다11829; 대판 1997.12.12., 97다27114 등

17) 권영준, 사실상 도로, 333-334면.

18) 박영규, 242면.

19) 권영준, 배타적 사용수익권, 319면; 김문관, 109면; 김민정, 80-81면; 임한흠, 257면

20) 박영규, 일반인의 통행에 제공된 사유지의 법률관계, 민사법학 제16호, 1998, 241면 주4).

21) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: 구 도지재개발법 등에 의한 재개발사업 시행구역 내의 토지 등 소유자가 관리처분계획의 인가·고시 전에 당초 사업시행자로 하여금 사업시행을 할 수 있도록 토지 등에 대한 사용수익을 포기하거나 토지 등의 사용을 승낙한 후, 사업시행자가 전전 변경되어 최종적으로 피고가 사업시행자 변경인가를 받고 원고 소유의 이 사건 토지

반환청구가 문제된 사안인데 이 사건에서 배타적 사용수익권 포기의 의미를 채권적 포기로 보고 있음을 확인할 수 있다. 즉 대법원은 “소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능이 소유자에 의하여 대세적·영구적으로 유효하게 포기될 수 있다고 한다면, 이는 결국 처분권능만이 남는 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것이어서 물권 법정주의에 반하므로, 특별한 사정이 없는 한 이를 허용할 수 없고 당사자가 사용수익권을 포기하였다 하더라도 이는 그 상대방에 대하여 채권적으로 포기한 것으로 봄이 상당하며, 그것이 상대방의 사용·수익을 일시적으로 인정하는 취지라면 이는 사용대차의 계약관계에 다름 아니라고 할 것이다(대법원 2009.3.26. 선고 2009다228,235 판결 참조). 이와 같은 법리는 토지 등 소유자가 관리처분계획의 인가·고시 전에 사업시행자로 하여금 사업시행을 할 수 있도록 토지 등에 대한 사용수익을 포기하거나 토지 등의 사용을 승낙한 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다.……원고는 당초 사업시행자인 ○○개발이 재개발사업의 시행을 위하여 공사를 진행할 수 있도록 기간을 정하지 아니한 채 이 사건 제1, 2토지에 대한 사용·수익을 승낙하였지만, 그와 같은 사정만으로 원고가 그 사용수익권을 대세적·영구적으로 유효하게 포기하였다고 볼 수는 없고, 이는 사업시행자인 ○○개발로 하여금 재개발사업의 시행을 위하여 공사를 원활하게 진행할 수 있도록 이 사건 제1, 2토지에 대한 사용수익권을 채권적으로 포기하거나 사용수익권을 부여한 것에 불과하므로 그 법적 성질은 기간을 정하지 아니한 일반 민법상의 사용대차라고 봄이 상당하다.”라고 하면서 토지 등을 사용, 수익하는 데 충분한 기간은 이미 경과되었다고 할 수 있으므로 피고가 이 사건 토지에 대한 수용 또는 사용절차를 거치거나 원고로부터 새로이 토지사용승낙을 받는 등 점유권원을 주장, 증명하지 못하는 한 원고의 사용수익권을 침해하는 불법점유라고 하였고, 배타적 사용수익권 포기가 물권적인 포기가 아니라 채권적인 포기임을 확인하고 있다.<sup>22)</sup> 다음으로 대판 2013.8.22., 2012다

위에 현장관리사무실 등을 건축하는 등으로 이 사건 토지를 점유하고 있었는데, 원고는 피고에게 토지의 점유사용으로 인한 손해배상 또는 부당이득반환을 구하였다.

- 22) 이와 관련되는 판례로 사실상도로와 관련되는 사례는 아니지만, 대판 2009.3.26., 2009다228, 235를 들 수 있다. 사안은 소외인이 1982년경 피고 진주시에 자신의 토지에 농촌지도소 건물을 신축하여 그 부지로 이 사건 토지를 사용하는 것을 승낙하였고, 피고는 1983.2.25. 이 사건 토지 위에 건물을 지어 1998년 11월경까지 농촌지도소로 사용하다가 그 이후부터는 새마을부녀회의 사무실로 사용하고 있다. 원고는 소외인으로부터 이 사건 토지를 상속받았다. 원고는 이 사건 토지가 자신의 소유임을 원인으로 피고에게 위 건물의 철거와 이 사건 토지의 인도를 구하는 본소를, 피고는 매매 또는 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 반소를 제하였다. 이에 대법원은 “소유권은 외계 물자의 배타적 지배를 규율하는 기본적인 법질서에서 그 기초를 이루는 권리로서 대세적 효력이 있으므로, 그에 관한 법률관계는 이해당사자들이 이를 쉽사리 인식할 수 있도록 명확하게 정하여져야 한다. 그런데 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능이 소유자에 의하여 대세적으로 유효하게 포기될 수 있다고 하면, 이는 결국 처분권능만이 남는 민법이 알지 못하는 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것으로서, 객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축된 물권법의 체계를 현저히 교란하게 된다. 종전의 재판례 중에는 타인의 토지를 도로 등으로 무단 점용하는 자에 대하여 소유자가 그 사용이익의 반환을 사후적으로 청구하는 사안에서, 이른바 공평을 이념으로 한다는 부당이득법상의 구제와 관련하여 그 청구를 부인하면서 소유자의 ‘사용수익권 포기’ 등을 이유로 든 예가 없지 않다. 그러나 그 당부는 별론으로 하고, 그 논리는 소유권의 내용을 장래를 향하여 원만하게 실현하는 것을 내용으로 하여 소유권의 보호를 위

54133에서는 “물건에 대한 배타적인 사용·수익권은 소유권의 핵심적 권능이므로, 소유자가 제3자와의 채권관계에서 소유물에 대한 사용·수익의 권능을 포기하거나 사용·수익권의 행사에 제한을 설정하는 것을 넘어 이를 대세적, 영구적으로 포기하는 것은 법률에 의하지 않고 새로운 물권을 창설하는 것과 다를 바 없어 허용되지 않는다. 토지소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 통행로로 무상제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적 사용·수익권이 인정되지 않는다고 보는 경우에도, 이는 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 기존의 이용상태가 유지되는 한 토지소유자는 이를 수인하여야 하므로 배타적 점유·사용을 하지 못하는 것으로 인한 손해를 주장할 수 없기 때문에 부당이득반환을 청구할 수 없는 것일 뿐이고, 그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는 것을 의미한다고 할 것은 아니다.”라고 하였다.

또한 배타적 사용수익권 포기 법리를 권리포기로 보는 의사해석의 면에서도 문제가 있다.<sup>23)</sup> 즉 권리를 포기하였다고 의사해석하려면 객관적으로 존재하는 각종 행태나 사정만으로 권리포기의 의사가 있다고 쉽게 단정하여서는 아니되고, 그러한 객관적 사정으로부터 권리포기의 의사적 요소를 명백하게 도출해 낼 수 있어야 하는데 판례가 보여 주고 있는 의사표시의 해석은 지나치게 의제적이라는 비판을 면하기 어렵다.<sup>24)</sup> 즉 판례는 아무런 근거 없이 의사해석이라는 이름으로 당사자의 의사를 의제하고 있다<sup>25)</sup> 또한 설사 토지소유자가 일반 공중으로 하여금 자신의 토지를 무상통행하게 하는 것이 불가치하거나 유익한 것이어서 이를 용인하게 되었더라도, 그러한 사정이 곧바로 토지

한 원초적 구제수단인 소유물반환청구권 등의 물권적 청구권과는 무관한 것으로 이해되어야 한다. 따라서 원고가 그 소유권에 기하여 이 사건 건물의 철거 및 이 사건 토지의 인도를 구하는 것을 이 사건 토지에 대한 배타적 사용수익권의 포기를 이유로 배척한 원심의 조치에는 소유권이나 그에 기한 물권적 청구권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.……소외인 등이 위와 같이 그 사용수익권을 채권적으로 ‘포기’하였다고 하여도, 그것이 피고의 사용·수익을 일시적으로 인정하는 취지라면, 이는 사용대차의 계약관계에 다름아니다. 그렇다면 사용대주인 소외인 등은 계약관계의 해지 기타 그 종료를 내세워 이 사건 토지의 반환 및 그 원상회복으로서의 이 사건 건물의 철거(민법 제615조 참조)를 청구할 수 있다(다만 이 사건에서는 반환시기를 약정하였다는 사정은 보이지 않는바, 그렇다면 민법 제613조 제2항에 따라 “계약 또는 목적물의 성질에 의한 사용수익이 종료”하였는지, 또 “사용수익에 족한 기간이 경과”하였는지( 민법 제613조 참조) 등을 심리·판단할 필요가 있음을 지적하여 둔다). 그러므로 사용수익권의 채권적 포기를 이유로 이 사건 청구들이 배척되려면, 그 포기가 일시적인 것이 아닌 영구적인 것이어야 한다.”라고 하였다. 이 판결은 앞서 언급한 바와 같이 사실상 도로에 관한 사건은 아니지만, 배타적 사용수익권 포기가 물권적인 포기라고 볼 수 없음을 명확히 하고 있다.

23) 권영준, 사실상 도로, 323-325면.

24) 권영준, 사실상 도로, 323-324면; 박철우, 도로부지로 무상제공된 토지소유권의 법적 성격과 부당이득, 판례연구 제1집, 서울지방변호사회, 1998, 184면 이하.

25) 박영규, 242면에 의하면 해석은 당사자의 행동 내지 연명에 객관적으로 그러한 의미를 부여할 수 있는 한도에서만 허용되고, 그렇지 않고 해석이라는 이름으로 외적 규율을 강요하는 것은 해석의 범위를 벗어난 것이며, 이러한 것은 의제로서 이는 법원의 권한이 아니며, 입법자의 고유권한에 속한다고 한다.



소유자가 당해 토지에 대한 권리를 포기하였다는 의사표시로 연결될 수 있는 것도 의문이다.<sup>26)</sup>

그리고 이와 같은 의사해석은 소유권의 관념성을 간과한 것으로 보인다. 즉 근대적인 소유권은 물건에 대한 법률적 지배인 소유권과 물건에 대한 사실적 지배인 점유는 완전히 분리되는 것이고, 타인이 그 물건을 현실적으로 지배한다고 하여 법률적 지배권으로서의 소유권은 아무런 영향을 받는 것은 아니다. 그리고 이와 같은 사실상 지배와 법률상 지배를 구분하는 입장은 오늘날 우리 민법에서도 타당하다. 따라서 불특정 다수인이 토지를 통행의 목적으로 사용하고 있어 소유자가 현실적으로 토지를 지배하지 않게 되었다라든, 이러한 사실적 지배의 측면에서 법률적 지배의 상실을 초래하는 의사해석을 하는 것은 매우 신중하여야 한다.<sup>27)</sup>

## (2) 채권적인 사용승낙으로 볼 수 있는지 여부

또한 사실상 도로에 대한 소유자의 배타적 사용수익권 포기의 의미를 채권적인 사용승낙으로 보려면 상대방의 특징이 필요한데, 사용수익권의 포기는 상대방 없는 단독행위이기 때문에 불특정다수인인 일반공중과의 사이에서 의미 있는 채권적 합의가 있다고 볼 수는 없다.<sup>28)</sup>

한편 사실상 도로로 이용되던 토지에 대하여 지방자치단체가 주민들의 편익을 위하여 도로포장 공사를 실시하거나 상하수도 시설을 설치하여 사후적으로 점유하기 때문에 토지 소유자가 지방자치단체에 사용승낙을 하였다고 보기도 쉽지 않다. 또한 배타적 사용수익권 포기의 의미를 채권적인 사용승낙으로 보면 다음 장에서 논할 특정승계인에게 그 포기의 효과가 미친다라고 하는 판례의 논리를 일관성 있게 설명하기도 곤란하다.<sup>29)</sup> 왜냐하면 이는 채권의 상대성으로 인하여 채권관계는 그 채권을 발생시킨 법률관계의 당사자 간에만 효력을 갖기 때문이다. 특정승계인의 선악의 여부에 따라 채권의 상대성이라고 하는 기본원칙에 대한 예외가 인정되는 경우는 찾아보기 어렵다.

## (3) 단순한 권리불행사로 볼 수 있는지 여부

권리의 행사여부는 자유의사에 맡겨져 있는 것이고, 소멸시효나 실효의 원칙이 적용되지 않는 한 일정한 기간 권리를 불행사하였다고 하여 이를 권리의 포기라고 보는 것은 나중에 권리자가 그 권리를 행사하고자 할 때 그것이 왜 거절되는가를 설명하기는 쉽지 않다. 판례에서도 배타적 사용수익권 포기 법리를 사용하면서 소멸시효나 실효의 원칙 등을 함께 언급하고 있지 않은 것으로 보아서는 단순한 권리불행사 상태로 파악하고 있는 것도 아닌 듯 하다.<sup>30)</sup> 참고로 판례의 경우 56년간 그 권리를 행사하지 않았

26) 권영준, 배타적 사용수익권, 324-325면.

27) 권영준, 배타적 사용수익권, 325면.

28) 권영준, 사실상 도로, 335면.

29) 권영준, 사실상 도로, 336면.

30) 권영준, 배타적 사용수익권, 336-337면; 김영훈, 74면.

다는 사정만으로는 권리자가 더 이상 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 볼 수는 없다<sup>31)</sup>고 한 경우도 있다.

(4) 물권적 성격의 무상통행권 설정으로 볼 수 있는지 여부

판례의 경우 배타적 사용수익권 포기법리를 언급하는 경우, ‘무상통행권의 부여’라는 문구와 함께 사용하는 경우가 많이 있다.<sup>32)</sup>

우선 물권으로서 무상 내지 유상의 통행권을 인정하려면 그에 관한 법률 또는 관습법이 존재하여야 하므로(민법 제185조), 토지소유자가 그 토지를 일반인의 통행에 제공한 경우 이로써 불특정다수인이 토지소유자에 대하여 물권으로서의 통행권을 갖게 된다고 보기 어렵다.<sup>33)34)</sup>

다음으로 민법상 무상통행권이라는 용어를 사용할 수 있는 것은 특히 민법 제220조에 따른 무상의 주위토지통행권을 들 수 있다. 이 무상의 주위토지통행권은 토지의 분할이나 일부 양도로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 있을 경우에 인접 토지 소유자들 사이의 관계에서 인정되는 통행에 관한 권리로서, 피통행지의 특정승계인에게는 적용되지 않는 것이므로, 배타적 사용수익권 포기 법리와 관련된 판례에서 사용하는 무상통행권이라고 하는 것은 민법 제220조에 의한 물권으로서의 무상통행권이라고 할 수 없다.<sup>35)</sup>

또한 판례가 사용하는 무상통행권을 민법 제291조의 통행지역권으로 해석하자는 견해<sup>36)37)</sup>가 있다. 이 견해는 물권법정주의의 원칙상 그 경우 법률행위에 의하여 설정되는 통행권 또한 민법이 인정하고 있는 용익물권 중의 하나이어야 할 것인데, 공작물이나 수목을 소유하기 위해 토지를 사용하는 것도 아니고, 전세금과 같은 금전을 지급하고 우선변제권을 부여받는 관계도 아니므로, 결국 여기에 설정되는 통행권이라 함은, 통행이라는 목적을 위하여 타인의 토지를 자기토지의 편익에 이용하는 민법 제291조의 지역권이라고 보는 것이 판례의 취지에 가장 가깝다고 한다.<sup>38)39)</sup> 그러나 지역권이란

31) 대판 2002.1.8., 2001다60019

32) 임한흠, 도로부지로 된 토지에 대한 종전 소유자의 사용수익권 포기과 그 특정승계인의 부당이득반환청구, 민사재판의 제문제: 운과박준서선생화갑기념 제10권, 민사실무연구회, 2000, 254-255면 참조.,

33) 박영규, 242면.

34) 박영규, 243면에 의하면 토지소유자가 그의 토지를 사실상 일반인의 통행에 제공하는 것은 통행을 수인하겠다는 행동으로서의 법적 의미를 가지므로, 일반인은 그로 인하여 권리를 얻는 것이 아니라 통행으로 인한 손해배상이나 부당이득반환청구를 받지 않으리라는 신뢰하에 통행해도 좋다는 사실상의 이익만을 갖게 된다고 한다. 따라서 소유자가 이러한 신뢰를 저버리고 통행으로 인한 손해배상이나 부당이득반환을 청구하는 것은 신의칙 또는 금반언에 비추어 허용되지 않을 수 있을 뿐이라고 한다.

35) 권영준, 사실상 도로, 345면; 김문관, 110면, 김영훈, 72면.

36) 김민정, 80-84면.

37) 同旨 서경환, 배타적 사용수익권 포기 법리의 문제점과 그 대안으로서의 통행지역권, 사법논집 제54집, 2012, 506면 이하; 유원규, 통행지역권의 시효취득, 민사판례연구 제15권, 1993, 98-99면.

일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기의 토지의 편익에 이용하는 용익물권으로서 요역지와 승역지 사이의 권리관계에 터 잡은 것이고, 지역권이 설정된 이후에는 토지 소유자들뿐만 아니라 요역지와 승역지의 지상권자, 전세권자, 임차인들도 지역권을 행사하거나 지역권의 제한을 받게 되지만, 기본적으로 토지 소유자들 간의 관계에서 문제되는 바를 사실상 도로를 점유, 사용하는 지방자치단체와의 사이에 문제되는 국면에서 이를 인정하기는 어려울 것이다. 또한 우리 나라는 물권변동에 성립요건주의를 취하고 있어, 통행지역권의 성립에 등기가 필요하다는 점,<sup>40)</sup> 판례에서 토지의 특정승계인에게 적용범위를 확대하면서도 제한적으로 해석하는 태도와 부합되지 않는 점 등을 고려할 때 판례가 사용하는 무상통행권이라는 것이 민법 제291조의 통행지역권이라고 보기도 어렵다<sup>41)</sup>고 할 것이다.

(5) 신의칙의 다른 표현으로 볼 수 있는지 여부<sup>42)</sup>

토지소유자가 자신의 토지를 도로로 사용하는 것을 단순히 용인하였다거나 그 점유자를 상대로 장기간 부당이득반환청구를 하지 않았다는 사정만으로는 그 권리행사가 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 볼 수는 없다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 도로라고 하는 공물의 특성 및 토지 소유자가 직접 도로를 개설하거나, 도로로 사용될 토지를 분할하여 매각하거나 도로로 사용될 토지를 공중의 이용에 제공하는 등 도로의 형성에 관련된 직접적인 행위가 있어야 하고, 그러한 행위로 인하여 토지소유자가 직접적인 이익을 얻고 토지가 도로로 제공됨으로써 손해가 있더라도 그 이익에 비하여 경미하며, 토지 소유자가 비교적 오랫동안 인근 주민 등 일반 공중의 도로의 통행을 제한하거나 방해하지 않았어야 한다. 이러한 경과를 거친 후 일반 공중이 통행을 위하여 해당 토지를 장기간 사용하던 중 지방자치단체가 포장공사를 실시하는 등의 방법으로 해

38) 김민정, 80면.

39) 서경환, 506면에 의하면 배타적 사용수익권 포기 법리 대신에 일본 재판례가 적용하여 온 묵시적 통행지역권 성립 이론을 도입할 경우 가장 큰 장점은 법리적으로 아무런 문제가 없다고 한다. 그는 민법 물권편에 용익물권으로서 자리잡고 있는 지역권에 근거한 것이므로 물권법정주의에 저촉될 염려가 없고, 지역권설정계약은 당사자의 합의만으로 성립하는 불요식의 낙성계약이고 묵시적으로도 성립가능한 것이므로 계약이나 물권행위 이론과도 저촉되지 않고, 배타적 사용수익권 포기과 같은 물권행위인지 채권행위인지 소속이 불분명한 개념을 사용하여 비판의 대상이 될 여지가 없고, 통행지역권은 원칙적으로 등기를 통한 공시가 가능하므로 거래의 안정에도 부합한다고 한다.

40) 서경환, 508면에 의하면 배타적 사용수익권 포기 법리 대신에 일본 재판례가 적용하여 온 묵시적 통행지역권 성립 이론을 도입할 경우 일본과는 달리 성립요건주의를 취하는 우리 민법의 경우에는 명시적이든 묵시적이든 약정에 의한 지역권의 성립에는 등기를 요하므로, 묵시적 통행지역권도 그 등기를 해야 성립한다는 점에서 일본과 차이가 있고, 우리 법제 하에서 묵시적 통행지역권이 성립하였다고 의사해석하는 경우 일용 등기청구권이 발생하였다고 보아야 하고, 지역권의 성립에는 등기를 완료해야 한다는 점에 제약이 있고, 이러한 해석은 대법원 판례에도 저촉되므로, 판결의 변경이 있거나 입법적 해결이 있어야 함을 스스로 지적하고 있다.

41) 권영준, 사실상 도로, 345면; 김영훈, 73면.

42) 김영훈, 81-84면. 특히 82-84면.

당 토지를 점유·사용하기 시작하여 지방자치단체로서는 해당 토지를 무상으로 사용할 수 있다는 신뢰가 형성된 상태에서 토지 소유자가 지방자치단체를 상대로 부당이득의 반환을 구하는 모순된 행위를 할 때 바로 이 배타적 사용수익권 포기 법리가 사용된다는 것이다. 결국 대법원은 이러한 경우, 무상으로 통행할 수 있는 권한의 부여라는 선행행위 개념을 설정하고 이에 반하는 배타적 사용수익권 행사를 제한함으로써 사실상 신의칙을 적용하여 토지 소유자의 부당이득반환청구를 제한한 것으로 볼 수 있다고 한다.<sup>43)</sup> 이렇게 배타적 사용수익권 포기를 법률행위로서의 포기가 아니라 신의칙의 적용으로서 무상통행권한의 부여라고 의미 파악한다면, 대상법리가 민법 체계 내에서 별다른 문제없이 포섭될 수 있다<sup>44)</sup>고 한다. 그러면서 이 견해는 배타적 사용수익권 포기 법리라고 하는 것은 토지 소유자가 자신의 토지가 도로로 사용됨을 원인으로 하여 부당이득반환을 청구하는 사건에서 부당이득반환청구의 손실요건을 배척하기 위한 이론으로 고안된 것이고, 그 범위에서 유효한 역할을 하고 있으므로 원칙적으로 위와 같은 부당이득반환청구 사건에 한정하여 부당이득의 손해요건을 배척하기 위한 항변으로서 정의관념에 반하는 청구를 신의칙을 적용하여 제한하는 범위 내에서 적용되어야 할 것이라 한다.<sup>45)</sup>

그러나 이상과 같이 사실상 도로에 대한 배타적 사용수익권 포기 법리에 의한 부당이득반환청구권이 부정되는 근거를 신의칙에서 찾는다고 하더라도, 과연 소유자가 자신의 필요에 따라 자발적으로 토지를 사실상 도로로 제공하였거나 이를 용인하였다는 점만 갖고 그 이후의 권리행사를 신의칙에 반한다고 평가할 수 있을지는 의문이다.<sup>46)</sup> 또한 재판실무에서도 부당이득반환청구권의 행사가 신의성실을 이유로 배척되는 사례는 찾아볼 수 없다. 따라서 사실상 도로에 대한 소유자의 부당이득반환청구에 대하여 신의칙을 내세워 이를 배척하기도 어려웠을 것이다.<sup>47)</sup>

#### 다. 검토

결국 이상에서 보는 바와 같이 사실상 도로에 대한 배타적 사용수익권 포기 법리에 의하여 부당이득반환청구권이 부정되는 근거는 대법원이 사실상 도로에 대한 빈발하는 부당이득반환청구소송에서 국가나 지방자치단체의 재정적 부담에 대한 고려<sup>48)</sup><sup>49)</sup>에 의

43) 김영훈, 82-83면.

44) 김영훈, 83-84면.

45) 김영훈, 84면, 84-88면.

46) 권영준, 배타적 사용수익권, 327면.

47) 권영준, 배타적 사용수익권, 327면.

48) 박영규, 247-248면에 의하면 공공단체의 재정상의 어려움이 특정 개인에게 재산권침해에 따른 불이익을 보상 없이 감수하도록 할 법적 근거가 될 수 없고, 이러한 배타적 사용수익권 포기 법리가 국가나 지방자치단체가 적법한 절차를 거치지 않고도 무상으로 사유지를 점유, 사용하는 것을 허용하고 조장하는 결과를 가져오고, 이는 헌법적 문제를 낳음은 물론 법정책적으로도 바람직하지 않으므로, 오히려 부당이득반환의무를 인정함으로써 국가나 지방자치단

하여 부당이득반환을 구하는 토지소유자가 스스로 배타적 사용수익권을 포기하였다는 의사해석에 기초하여 권리행사를 제약하게 되었다고 볼 수 있을 것이다.<sup>50)</sup> 그러나 이는 앞서 ‘소유권 권능의 일부포기가 가능한지 여부’에서 살펴본 바와 같이, 지나치게 의제적이고 작위적인 의사해석이라고 할 수 있을 것이다.<sup>51)</sup> 따라서 개인 소유의 토지가 일반 공중의 통행에 제공됨으로써 소유자의 배타적 사용수익이 제한되는 경우에는 원칙적으로 금전적 전보가 필요하다고 하여야 할 것이다.<sup>52)</sup> 즉 사실상 도로라는 이유로 법률에 의한 손실보상을 받지 못한 토지소유자에게는 또 다른 금전적 전보의 형태로 민사상 부당이득반환청구권을 허용하는 것이 바람직하다.<sup>53)</sup><sup>54)</sup> 다만 예외적으로 토지소유자의 자발성이 전적으로 인정되는 경우<sup>55)</sup>에만 부당이득반환청구를 제한함으로써 사실

체로 하여금 재원을 마련하여 매수케 하거나, 적법한 절차를 통해 사용하도록 유도하여야 할 것이라고 한다.

49) 권영준, 사실상 도로, 366면에 의하면 현실적으로 사실상 도로의 소유자에게 부당이득반환청구를 인정한다 하더라도 제한된 토지소유권 행사 등을 감안한 감정평가에 의하여 산정된 부당이득액은 그리 높지 않을 것 등을 감안하더라도 지방자치단체의 재정적 부담이 법해석을 좌우하는 요소가 되어서는 아니된다고 한다.

50) 권영준, 배타적 사용수익권, 327면; 박영규, 247면.

51) 박영규, 245면.

52) 대판 1999.11.26., 99다40807을 참조하면 “국가 또는 지방자치단체가 도로부지에 대하여 소유권을 취득하는 등 적법한 권원 없이 도로로 사용하고 있다고 하더라도, 이로 인하여 불법 점유로 인한 임료 상당의 손해배상의무가 성립하는 것은 별론으로 하고……”라고 하고 있어 손해배상 등은 배제하지 않고 있음을 알 수 있다.

53) 권영준, 사실상 도로, 329면.

54) 김문관, 103면 및 108면에 의하면 토지가 도로법상의 도로라면, 행정주체의 명시적이거나 묵시적인 공용폐지행위가 없는 이상, 도로법 제3조[(사권의 제한)도로를 구성하는 부지, 옹벽, 그 밖의 물건에 대하여는 사권을 행사할 수 없다. 다만, 소유권을 이전하거나 지당권을 설정하는 것은 그러하지 아니하다.] 소정의 사권제한 규정이 적용되어, 이에 따라 토지 소유자가 행정주체 또는 제3자를 상대로 방해배제 청구를 할 여지는 없지만, 토지소유자와 행정주체 사이에는 도로사용에 따른 손해배상 내지 부당이득반환청구만이 문제될 것이라 하고 있다. 또 한 권영준, 소유권의 문제, 355-356면에 의하면 사실상 도로의 문제는 사실상 도로가 갖는 도로로서의 실질, 그리고 그러한 실질로부터 도출되는 사회적 구속성 내지 공공성의 요청이라는 객관적 요소에 초점을 맞추는 방향이 요구되는데, 사실상 도로의 공공성은 물권적 청구권의 행사에 의하여 일반 공중의 이해에 직접 영향을 미치기 때문에, 물권적 청구권을 적절하게 제한하여 사실상 도로의 공공성을 보전하되, 부당이득반환청구는 가급적 청구함으로써 소유자의 보로를 달성하는 것이 합리적인 조정안이 될 것이라고 하면서, 이는 사실상 도로로 이용되는 사유토지의 법률관계를 법률상 도로의 법률관계에 최대한 근접시킨다는 것을 의미한다고 한다. 그러면서 현행 도로관련법령의 기본구도는 처분을 제외한 사권의 행사는 제한하되 그로 인한 손실은 금전적으로 보상해 준다고 하면서, 이를 사실상 도로에 적용하면, 도로로서의 실질을 파괴하는 소유권의 행사는 제한하되 그 제한에 대한 반대급부는 보장하여 줌으로써 공공의 필요에 따른 소유권 제한과 보상원리의 조화를 추구할 수 있다고 한다. 또한 367면에 의하면 이러한 사실상 도로에 대한 소유권 제한을 위해서는 포기의 의사표시라는 주관적 요소에만 기댈 것이 아니라 소유권에 내재하는 사회적 구속성이라는 객관적 요소도 충분히 고려하여야 하고, 이는 해결책의 무게중심이 권리의 포기에서 권리행사의 제한으로 옮겨감을 의미한다고 한다.

55) 권영준, 사실상 도로, 363면에서는 그러한 예로 소유자가 지방자치단체에 사용승낙서를 제출하는 등 사용수익권 포기의 의사표시를 명확하게 인정할 수 있는 상황이라면 지방자치단체에게 법률상 원인이 있거나 소유자에게 손실이 인정되지 않아 지방자치단체를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없고, 신의성실의 원칙이나 권리남용금지의 원칙에 위반되어 허용될 수 없

상 도로의 공공성에 따른 소유권의 제한을 조절할 필요가 있다고 본다.

이상은 토지소유자가 개인의 필요에 의하여 개설한 사도가 인근주민 또는 일반 공중의 이용에 제공되었다면, 지방자치단체장으로부터 설치비와 관리비의 전부 또는 일부를 보조받을 수 있다는 사도법 제14조<sup>56)</sup>와 그 균형을 맞출 필요가 있다고 본다.<sup>57)</sup> 또한 오랜 기간동안 토지소유자가 아무런 이의를 제기하지 않았다는 점만으로 부당이득반환청구가 배척되는 것도 곤란하다고 하겠다.<sup>58)</sup> 왜냐하면 국가나 지방자치단체에 대한 금전청구권의 소멸시효 기간이 법률(예: 국가재정법 제96조 제1항, 지방재정법 제82조 제1항)에 의하여 5년으로 정하여져 있는데, 권리불행사자에게 법률이 예정하고 있는 것 이상으로 소유권을 제약하여 불이익을 줄 이유를 설명하기 곤란하다.<sup>59)</sup> 그리고 이는 판례에서 토지소유자가 그 점유자에 대하여 가지는 부당이득반환청구권이 이른바 실효의 원칙에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다고 한 점도 고려할 필요가 있다.<sup>60)</sup>

### III. 특정승계인에의 승계여부

#### 1. 서

판례에 의하여 토지에 대하여 배타적 사용수익권 포기 법리가 적용되어, 배타적 사용수익권이 포기되었다고 인정되더라도 그 토지의 처분권능까지 상실되는 것은 아니다. 따라서 소유자는 그 토지를 제3자에게 양도할 수 있다. 이 경우 토지양수인은 토지를 양수하고, 그 소유권이전등기까지 마친 후 점유자인 지방자치단체를 상대로 도로 부지의 점유를 원인으로 부지의 인도를 구하거나 부당이득반환청구를 할 수 있는지가 문제된다.

는 경우도 있다고 한다. 그러면서 토지 소유자가 자발적으로 또는 자신의 편익을 위해 토지를 사실상 도로로 제공하였거나 이러한 현황을 알면서 토지를 취득하였다는 이유만으로 바로 사용수익권을 포기하였다거나 신의성실의 원칙에 반한다고는 할 수 없고, 이러한 경위나 사정은 부당이득반환청구의 요건사실과는 무관하고, 공용수용에 있어서도 협의취득의 경우에는 오히려 토지 소유자가 자발적으로 그 토지의 수용을 바라는 수도 있으나, 그렇다고 손실보상이 부정되지는 않는 것과 비슷한 맥락이라고 한다.

56) 사도법 제14조 시장·군수·구청장은 사도가 사도로서의 효용을 넘어 공공교통에 크게 도움이 된다고 인정하면 예산의 범위에서 설치비와 관리비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

57) 권영준, 배타적 사용수익권, 330면.

58) 권영준, 사실상 도로, 364면에 의하면 침해부당이득에 있어서의 손실은 침해자가 얻은 부당한 이득에 대한 상대적 개념에 불과하므로, 지방자치단체가 이러한 이익을 얻고 있다면 특별한 사정이 없는 한 토지 소유자에게는 그에 상응하는 손실이 발생한다고 평가되므로, 사실상 도로의 제공 경위와 무관하게 그의 부당이득반환청구는 널리 인정되어야 한다고 한다.

59) 권영준, 배타적 사용수익권, 330면.

60) 대판 2002.1.8., 2001다60019

이에 대하여 판례는 원래 토지가 사실상 도로로 제공되고 있다는 사정을 알고 이를 취득하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 토지의 특정승계인이 지방자치단체를 상대로 부당이득반환청구를 하는 데 장애가 되지 않는다<sup>61)</sup>는 태도를 취하였다. 그 이유로 판례는 “원심이 이 사건 토지의 전 소유자이던 위 소외 회사가 이 사건 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 상실함으로써 말미암아 그 이후 위 소외 회사로부터 이 사건 토지에 관하여 사용수익권이 제한되어 있는 형식상의 소유명의만을 이전받은 원고 역시 이에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 주장할 수 없다고 설시한 것은 그 표현에 있어 부동산에 관한 물권법정주의 내지 소유권의 절대성의 법리에 비추어 미흡한 점이 엿보이나……”<sup>62)</sup>라고 하여 물권법의 기본이론에 충실한 이론전개를 하고 있었다.

그러다가 그 입장을 변경하여 특정승계인의 부당이득반환청구를 제한하는 태도를 취하고 있다.<sup>63)</sup> 즉 판례는 “토지의 원소유자가 토지의 일부를 도로부지로 무상 제공함으로써 이에 대한 독점적이고 배타적인 사용수익권을 포기하고 이에 따라 주민들이 그 토지를 무상으로 통행하게 된 이후에 그 토지의 소유권을 경매, 매매, 대물변제 등에 의하여 특정승계한 자는 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 봄이 상당하므로 도로로 제공된 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용수익권을 행사할 수 없고, 따라서 지방자치단체가 그 토지의 일부를 도로로서 점유·관리하고 있다고 하더라도 그 자에게 어떠한 손해가 생긴다고 할 수 없으며 지방자치단체도 아무런 이익을 얻은 바가 없으므로 이를 전제로 부당이득반환청구를 할 수 없다.”고 한다.<sup>64)</sup>

## 2. 배타적 사용수익권 포기 법리가 특정승계인에게 승계되는 근거

그렇다면 판례의 이러한 태도변화 내지 현재의 판례의 태도는 어떠한 근거로 설명할 수 있는지 문제된다.

판례는 먼저 토지취득자가 취득하는 토지가 사실상 도로로 사용되고 있다는 사정을 용인 또는 인식하고 있는지 여부를 기준으로 취득자의 권리행사에 영향을 미치는 것으로 보고 있다. 그러나 이러한 사정만으로는 취득자의 권리에 영향을 미칠 수는 없다.<sup>65)</sup> 토지취득자의 권리에 대한 제한은 원칙적으로 이미 성립되어 있는 물권에 의한 제한,

61) 대판 1990.12.21., 90다5528; 대판 1991.2.8., 90다7166; 대판 1991.4.9., 90다카26317; 대판 1992.9.22., 92다22343

62) 대판 1991.2.8., 90다7166

63) 대판 1992.7.24., 92다15970; 대판 1994.9.30., 94다20013; 대판 1996.11.29., 96다36852; 대판 1997.1.24., 96다42529; 대판 1998.5.8., 97다52844

64) 대판 1998.5.8., 97다52844

65) 박영규, 251면에 의하면 가령 제3자가 불법점거하고 있거나 사용대차나 임대차에 의해 점유하고 있는 토지의 소유권을 그러한 사정을 알고, 시세보다 저렴하게 취득한 자라도 소유자로서의 권능에 어떠한 제한을 받지 않는 것과 비교하면 명백하다고 한다.

상된관계에 의한 제한 또는 법률상의 제한에 한한다. 그리고 이러한 제한은 취득자가 알았는지 여부에 의하여 좌우되지 않는다. 따라서 이러한 제한이 전제되지 않은 사안에서 그러한 사정의 용인 또는 인식 여부를 갖고 토지취득자의 권리를 제한하는 것은 실정법적 근거가 없는 자의적인 것이다.<sup>66)</sup>

또한 배타적 사용수익권 포기 법리가 소유권의 본질 등에 비추어 물권적 효력을 갖는 권리포기로 볼 수 없다는 점에 관하여는 앞서 살펴본 바와 같다. 그렇다면 배타적 사용수익권 포기 법리는 금반언의 원칙 등 신의칙이 적용될 수 있는 정도의 영역으로 이해할 수밖에 없는데, 권리의 공공성만을 앞세워 일반조항인 신의칙을 그것도 승계인에게까지 적용하는 것은 헌법상 보장된 사유재산권의 본질적인 내용을 침해할 우려가 있다.<sup>67)</sup>

그리고 배타적 사용수익권 포기 법리가 채권적인 사용승낙이나 단순한 권리불행사로 보더라도 그러한 포기가 특정승계인인 제3자에게 미친다는 판례의 태도 역시 그 근거를 찾기 어렵고,<sup>68)</sup> 당사자의 의사에 대한 지나친 의제적인 의사해석으로 볼 수 있을 것이다.

### 3. 검토

이상에서 살펴 본 바와 같이 특정승계인이 취득하는 토지가 사실상 도로로 일반공중에게 제공되고 있다는 사정을 용인 또는 인식하고 있었는지 여부는 특정승계인의 권리행사의 제한에 영향을 미칠 수 없다.<sup>69)</sup> 그리고 현실적으로 사실상 도로로 사용되는 배타적 사용수익권이 포기된 토지도 거래의 대상이 되고 있고, 원래의 소유자의 채무불이행이나 세금채납의 경우에 경매나 공매절차를 통한 매각이 이루어지는 것을 감안할 때, 배타적 사용수익권 포기법리가 적용되어 부당이득반환청구가 부정되는 사실상 도로 부지 역시 재산적 가치가 법적으로 인정되고 있다고 볼 수 있기 때문에, 특별승계인에 대하여도 부당이득반환청구를 인정하는 것<sup>70)</sup>이 민법 해석에 있어 일관성을 가질 수 있고, 이것이 민법의 체계적 정합성에도 부합한다고 할 것이다.<sup>71)</sup>

66) 류준구, 중전 소유자가 독점적·배타적 사용수익권을 포기한 토지의 소유권을 특정승계한 자가 위 토지를 도로로 사용·점유하고 있는 지방자치단체를 상대로 인도 또는 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부, 재판과 판례 제22집, 대구판례연구회, 2013, 167면; 박영규, 250-251면.

67) 김문관, 108면; 류준구, 168면; 임한흠, 266면.

68) 권영준, 배타적 사용수익권, 323면.

69) 박영규, 251-252면.

70) 권영준, 배타적 사용수익권, 330-331면.

71) 다만 이 경우에도 예외적으로 사실상 도로의 특별승계인의 부당이득반환청구가 부정되는 경우가 있을 수 있다고 하여야 할 것이다. 구체적인 예는 류준구, 169-185면 참조.



#### IV. 결론에 갈음하여

이상으로 사실상 도로에 대한 배타적 사용수익권 포기 법리를 통하여 소유자의 부당이득반환청구를 부정하고 특별승계인에 대한 승계를 인정하는 대법원 판례의 태도를 우리 민법의 체계 내에서 그 정합성을 인정할 수 있는지 여부 등에 대하여 사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권 포기 법리의 법적 성격을 중심으로 비판적으로 고찰하였다.

결국 이상에서 보는 바와 같이 사실상 도로에 대한 배타적 사용수익권 포기 법리에 의하여 부당이득반환청구권이 부정되는 근거는 대법원이 사실상 도로에 대한 빈발하는 부당이득반환청구소송에서 국가나 지방자치단체의 재정적 부담에 대한 고려에 의하여 부당이득반환을 구하는 토지소유자가 스스로 배타적 사용수익권을 포기하였다는 의사 해석에 기초하여 권리행사를 제약하게 된 경위라고 파악하였다. 그러나 이는 지나치게 의제적인 해석이라 할 수 있으므로 개인 소유의 토지가 일반 공중의 통행에 제공됨으로써 소유자의 배타적 사용수익권이 포기되었다고 볼 수 있는 경우에는 원칙적으로 금전적 전보가 필요하다고 본다. 즉 사실상 도로라는 이유로 법률에 의한 손실보상을 받지 못한 토지소유자에게는 또 다른 금전적 전보의 형태로 민사상 부당이득반환청구권을 허용하는 것이 바람직하다. 다만 예외적으로 토지소유자의 자발성이 전적으로 인정되는 예외적 경우에만 부당이득반환청구를 제한함으로써 사실상 도로의 공공성에 따른 소유권의 제한을 조절할 필요가 있다고 본다.

또한 특정승계인이 취득하는 토지가 사실상 도로로 일반공중에 제공되고 있다는 사정을 용인 또는 인식하고 있었는지 여부는 특정승계인의 권리행사의 제한에 영향을 미칠 수 없기 때문에 특정승계인에 대하여 이상의 논의와 같이 부당이득반환청구를 인정하여야 할 것이다.

## 참고문헌

- 김영훈, 배타적 사용·수익권 포기법리의 법적 성격과 그 적용범위, 민사판례연구 36, 2014
- 김민정, 사실상 도로로 사용되는 토지에 대한 소유자의 배타적 사용수익권 포기권 무엇이고, 토지의 특정승계인에게는 어떤 효력이 있는가—대법원 2009.3.26. 선고 2009다228, 235 판결과 대법원 2009.8.20. 선고 2009다38247, 38254 판결 관련—, 재판실무연구 2010, 광주지방법원, 2011
- 김문관, 배타적 사용수익권이 포기된 토지를 제3자가 점유하는 경우, 토지 소유자의 방해배제 및 부당이득반환청구—대법원2001.4.13. 선고 2001다8493 판결—, 판례연구 14집, 부산판례연구회, 2003
- 김승정, 배타적 사용수익권 부존재확인청구의 가부, 대법원판례해설 91호, 2012 상반기
- 권영준, 배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 비판적 검토, 비교사법 14권 1호(통권 36호), 2006
- 권영준, 사실상 도로로 이용되는 사유토지 소유권의 문제, 민사재판의 제문제 제21권, 민사실무연구회, 2012
- 류준구, 종전 소유자가 독점적·배타적 사용수익권을 포기한 토지의 소유권을 특정승계한 자가 위 토지를 도로로 사용·점유하고 있는 지방자치단체를 상대로 인도 또는 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부, 재판과 판례 제22집, 대구판례연구회, 2013
- 박종욱, 사도의 법률관계, 사법논집 제20집, 1989
- 박철우, 도로부지로 무상제공된 토지소유권의 법적 성격과 부당이득, 판례연구 제1집, 서울지방변호사회, 1998
- 서경환, 배타적 사용수익권 포기 법리의 문제점과 그 대안으로서의 통행지역권, 사법논집 제54집, 2012
- 이광만, 도로로 무상제공된 토지를 특정승계한 자의 무상통행 수인의무의 승계 여부, 판례연구 9집, 부산판례연구회, 1994
- 이철우, 도로부지로 무상제공된 토지소유권의 법적 성질과 부당이득, 판례연구 11집, 부산판례연구회, 1998
- 임한흠, 도로부지로 된 토지에 대한 종전 소유자의 사용수익권 포기과 그 특정승계인의 부당이득반환청구, 민사재판의 제문제: 운파박준서선생화갑기념 제10권, 민사실무연구회, 2000
- 유원규, 통행지역권의 시효취득, 민사판례연구 제15권, 1993

투고일자 : 2014. 09. 27

수정일자 : 2014. 09. 29

게재일자 : 2014. 09. 30

국문초록

## 사실상 도로에 대한 대법원의 배타적 사용수익권 포기 법리의 비판적 고찰

배성호(영남대학교)

사실상 도로에 대한 배타적 사용수익권 포기 법리를 통하여 소유자의 부당이득반환청구를 부정하고 특별승계인에 대한 승계를 인정하는 대법원 판례의 태도를 우리 민법의 체계 내에서 그 정합성을 인정할 수 있는지 여부 등에 대하여 사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권 포기 법리의 법적 성격을 중심으로 비판적으로 고찰하였다.

결국 사실상 도로에 대한 배타적 사용수익권 포기 법리에 의하여 부당이득반환청구권이 부정되는 근거는 대법원이 사실상 도로에 대한 빈발하는 부당이득반환청구소송에서 국가나 지방자치단체의 재정적 부담에 대한 고려에 의하여 부당이득반환을 구하는 토지소유자가 스스로 배타적 사용수익권을 포기하였다는 의사해석에 기초하여 권리행사를 제약하게 된 경위라고 파악하였다. 그러나 이는 지나치게 의제적인 해석이라 할 수 있으므로 개인 소유의 토지가 일반 공중의 통행에 제공됨으로써 소유자의 배타적 사용수익권이 포기되었다고 볼 수 있는 경우에는 원칙적으로 금전적 전보가 필요하다고 본다. 즉 사실상 도로라는 이유로 법률에 의한 손실보상을 받지 못한 토지소유자에게는 또 다른 금전적 전보의 형태로 민사상 부당이득반환청구권을 허용하는 것이 바람직하다. 다만 예외적으로 토지소유자의 자발성이 전적으로 인정되는 예외적 경우에만 부당이득반환청구를 제한함으로써 사실상 도로의 공공성에 따른 소유권의 제한을 조절할 필요가 있다고 본다.

주제어: 사용수익권, 포기, 사실상도로, 통행권, 신의칙