

대 법 원

판 결

사 건 2016다264556 시설물철거 및 토지인도 청구의 소
원고, 상고인 원고
소송대리인 변호사 박은정 외 2인
피고, 피상고인 용인시
소송대리인 법무법인 청지
담당변호사 현준
원 심 판 결 수원지방법원 2016. 10. 12. 선고 2014나46157 판결
판 결 선 고 2019. 1. 24.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 원고는 용인시 처인구 (주소 생략) 전 1,587㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 소

유자로서 이 사건 토지에 매설된 우수관(이하 '이 사건 우수관'이라 한다)의 관리 주체인 피고를 상대로 이 사건 우수관 철거와 함께 그 부분 토지 사용에 따른 차임 상당의 부당이득반환을 구하고 있다. 이에 대하여 피고는, 이 사건 토지 중 우수관이 매설된 부분(이하 '이 사건 계쟁토지 부분'이라 한다)을 소유하던 소외 1(원고의 부, 이하 '망인'이라 한다)이 우수관 매설 당시 이 사건 계쟁토지 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 주장하였다.

나. 1심은 피고의 주장을 배척하고 원고의 청구를 전부 받아들였으나, 원심은 피고의 주장을 받아들여 망인이 우수관 매설 당시 이 사건 계쟁토지 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였고, 상속인인 원고도 그러한 제한이 있는 토지를 상속하였다고 판단하여 원고의 이 사건 우수관 철거 및 부당이득반환청구를 기각하였다.

원고는, 이 사건 우수관은 하수도법상 '공공하수처리시설'에 해당하므로 법령이 정한 절차에 따라 이 사건 토지에 대한 수용 및 손실보상이 이루어져야 하고, 배타적 사용·수익권 포기에 관한 대법원 판례가 적용되어서는 안 되며, 원심이 든 여러 사정들만으로는 이 사건에서 배타적 사용·수익권의 포기가 있었다고 볼 수 없다고 주장하며 상고하였다.

다. 이 사건의 쟁점은 독점적·배타적인 사용·수익권 포기에 관한 기존의 대법원 판례를 적용하여 원고의 이 사건 우수관 철거 및 부당이득반환청구를 배척할 수 있는지 여부이다. 쟁점에 대한 판단을 위하여 먼저 이에 관한 기존의 대법원 판례를 재검토하고, 그 판단기준이나 적용범위 등에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 대법원 판례

가. 판례의 전개와 그 타당성

대법원 1973. 8. 21. 선고 73다401 판결과 대법원 1974. 5. 28. 선고 74다399 판결은, 토지 소유자가 택지를 분양하면서 그 소유의 토지를 택지와 공로 사이의 통행로로 제공한 경우에 토지 소유자는 택지의 매수인, 그 밖에 주택지 안에 거주하게 될 모든 사람에게 그 토지를 무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하여 그들의 통행을 인용할 의무를 부담하기 때문에 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다고 판단하였고, 이러한 판시는 대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결에서도 원용되었다. 이후 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다7166 판결, 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다2315 판결 등을 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 판시하기 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. 구체적으로 살

펴보면 다음과 같다.

나. 구체적인 내용

(1) 판단기준과 효과

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[사인(私人)]뿐만 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(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 91다11889 판결, 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다36852 판결, 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다22407 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다33454 판결 등 참조), 토지의 인도 등을 구할 수도 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다84703 판결, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다63055 판결 등 참조). 다만, 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익 권능의 대세적·영구적인 포기는 물권법정주의에 반하여 허용할 수 없으므로(대법원 2009. 3. 26. 선고 2009다228, 235 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다83649 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다81049 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결, 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다

211528 판결, 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017두50843 판결 등 참조), 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(대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다8493 판결, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다26874 판결 참조).

(2) 적용범위

(가) 물적 범위

위와 같은 법리는 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로 이외의 다른 용도로 제공한 경우에도 적용된다(대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다238185 판결 등 참조).

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(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다25890 판결 참조).

(나) 상속인의 경우

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.

(다) 특정승계인의 경우

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(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20013 판결, 대법원 1999. 5. 11. 선고 99다11557 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다32552 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다84703 판결, 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012다26411 판결, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다63055 판결 등 참조).

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.

(3) 사정변경의 원칙

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 있는 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 동기와 경위, 해당 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용 상태가 바뀐 경위와 종전 이용상태와의 동일성 여부 및 소유자의 권리행사를 허용함으로써 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결 참조).

3. 이 사건에 대한 판단

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

(1) 이 사건 우수관이 설치되기 전에는 저지대인 이 사건 토지로 빗물과 인접 토지의 생활하수가 흘러와 도랑의 형태로 이 사건 토지를 가로질러 악취를 풍기고 주변경

관을 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 원인으로 이 사건 토지의 소유권이전등기를 마쳤다.

(4) 이 사건 토지 진입로 부분(원심판결 별지 도면의 15, 37의 각 점 주변 부분)부터 이 사건 단독주택(망인이 1987. 3. 3. 건축한 연면적 221.19㎡의 스테트 연와 목구조 단독주택으로서 원심판결 별지 도면의 12, 13, 31의 각 점 주변 부분에 위치하고 있다)가 2011.경 이후 철거되었다)이 위치하던 곳의 앞부분까지는 콘크리트로 포장되어 있고, 포장도로 중간에 둥근 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.

나. 위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리와 판단기준에 비추어 살펴보면, 이 사건 우수관 설치 당시 망인은 자신이 소유하던 이 사건 토지와 그 지상 단독주택의 편익을 위하여 자발적으로 이 사건 우수관을 설치하도록 한 것으로 볼 수 있고, 망인의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 것을 정당화할 정도로 분명하고 확실한 공공의 이익 또한 인정되므로, 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 보아야 한다.

따라서 피고에 대한 원고의 이 사건 우수관 철거 및 그 부분 토지 사용에 따른 차임 상당의 부당이득반환청구는 받아들일 수 없다. 같은 취지의 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 볼 수 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 조희대, 대법관 김재형의 각 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였으며, 다수의견에 대한 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 민유숙의 보충의견, 대법관 김재형의 반대의견에 대한 보충의견이 있다.

5. 대법관 조희대의 반대의견

가. 민법상 소유자의 권리

소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있고(민법 제 211조), 토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다(민법 제 212조).

소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있고, 점유자는 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에만 반환을 거부할 수 있다(민법 제213조). 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다(민법 제214조).

국가 또는 지방자치단체가 관련 법령에 정해진 적법한 보상절차를 거치지 않고 사유지를 점유하여 도로 또는 수도시설의 매설 부지 등으로 사용함으로써 토지 소유자의 사용·수익이 제한되고 있는 경우, 국가 또는 지방자치단체는 토지 소유자와의 관계에서 법률상 원인 없이 그 토지를 사용·수익하는 이득을 얻고 토지 소유자는 그만큼의 손해를 입고 있으므로, 토지 소유자는 국가 또는 지방자치단체를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다(대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카205 판결, 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다19804 판결 등 참조).

나. 대법원 판례가 전개해 온 '독점적·배타적인 사용·수익권의 포기'에 관한 법리
종래 대법원은 이른바 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리를 전개하여 왔다.

즉, 어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 사용되고 있는 경우, 그가 해당 토지를 소유하게 된 경위나 보유 기간, 나머지 토지들을 분할하여 매도한 경위와 그 규모, 도로로 사용

되는 토지의 위치나 성상, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등을 종합적으로 고찰하여, 그 토지의 소유자가 스스로 그 토지를 도로로 제공하여 인근 주민이나 일반 공중에게 무상으로 통행할 수 있는 권리를 부여함으로써 그 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 판단할 수 있다는 것이다. 대법원은 그러한 경우에 국가 또는 지방자치단체가 해당 토지를 도로 등으로 점유하고 있다 하더라도 그로 인해 토지 소유자에게 어떤 손해가 생긴다고 할 수 없다는 이유로, 국가 또는 지방자치단체 등을 상대로 한 토지 소유자의 부당이득반환청구를 배척하여 왔다(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 91다11889 판결, 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다31412 판결, 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다27114 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다52844 판결, 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다25890 판결 등 참조).

나아가 토지의 원소유자가 토지의 전부 또는 일부를 도로 부지로 무상 제공함으로써 이에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 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 타당하므로 도로로 제공된 토지 부분에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없고, 따라서 지방자치단체를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다고 판단하여 왔다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20013 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다52844 판결 등 참조).

대법원은 위와 같은 법리를 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로 이외의 다른 용도

로 제공한 경우(대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다238185 판결 등 참조), 토지 소유자가 물권적 청구권을 행사하는 경우(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다63055 판결 등 참조)에까지 확장하여 적용하고 있다.

다. 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리의 이론상 문제점

다수의견은 기존의 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리(독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결 등을 통틀어 이하에서는 '88다카16997 판결 등'이라 한다)를 유지하고 있으나, 대법원의 기존 법리에는 우리나라의 법 체계상 받아들이기 어려운 문제가 있다. 아래에서 구체적으로 살펴본다.

(1) 사용·수익권의 포기를 '소유권을 이루는 권능의 일부포기'로 볼 경우 소유권의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 사실상 영구 제한물권의 설정과 마찬가지로의 결과를 가져오며 공시의 원칙이나 물권법정주의와도 부합하지 않는다.

(2) 사용·수익권의 포기를 '채권적 의미의 포기 또는 사용승낙'으로 보는 것이라면, 왜 채권계약의 당사자가 아닌 제3자에게 그 효력이 미치는지 설명하기 어렵다. 포기행위의 상대방(인근 주민이나 일반 공중이 이에 해당할 수 있다)으로 보기 어려운 '국가 또는 지방자치단체'와의 관계에서, 나아가 토지 소유자의 '특정승계인'에게 사용·수익권 포기의 효력이 미친다고 보는 기존 판례의 태도는 포기 또는 사용승낙이 '채권적'이라는 것과 모순된다.

(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 경우(대법

원 2015. 2. 12. 선고 2013다93081 판결 등 참조)가 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 명목 하에 쉽사리 배척하는 것이 되어 받아들일 수 없다. 신의칙은 당사자 사이의 법률관계를 규율하는 명문의 규정이 없는 경우에 보충적으로 적용되어야 할 것인데, 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 법리에 의하지 않더라도 우리 민법상 소유자의 권리행사가 제한되는 경우에 관한 법리는 이미 확립되어 있고(주위토지통행권이나 지상권과 같은 물권, 사용대차나 임대차와 같은 채권 등을 예로 들 수 있다), 그러한 법리만으로도 충분히 합리적인 규율이 가능하다. 토지 소유자의 권리행사를 신의칙에 어긋나는 권리행사라는 이유로 쉽게 제한해 버리게 되면, 권리의 행사가 권리남용에 해당하는지에 관하여 엄격한 요건 하에 제한적으로만 이를 인정하고 있는 판례의 태도(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다5397 판결, 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다115243·115250 판결 등 참조)와 조화를 이루기 어렵다.

(5) 일반 공중의 통행 등으로 인하여 소유자가 토지를 사용·수익할 수 없는 상태에 이르렀다면 이는 금전적 전보가 필요한 이른바 '특별한 희생'에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데도 토지 소유자의 사용·수익권의 포기를 긍정함으로써 국가 또는 지방자치단체에 대한 부당이득반환청구를 배척하게 되면, 이는 실질적으로 보상 없는 수용을 인정하는 것과 마찬가지로 되어, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한에 대하여 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항의 취지에 어긋난다. 또한, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙」 제26조 제2항이 정하는 '사실상의 사도', 즉 '도로개설 당시의 토지 소유자가 자기 토지의 편익을 위

하여 스스로 설치한 도로' 또는 '토지 소유자가 그 의사에 의하여 타인을 통행을 제한할 수 없는 도로'를 공용수용하는 경우에도 보상이 이루어진다는 점(위 시행규칙 제26조 제1항 제2호 참조)과 균형이 맞지 않는다.

라. 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리와 대법원 판례에 의하여 확립된 다른 법리 사이의 부조화

독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리는 대법원 판례에 의하여 확립된 다른 법리와 근본적으로 조화를 이루기 어렵다. 구체적으로 살펴본다.

(1) 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 판례가 적용되는 대다수의 사안은 해당 사유지가 '도로'의 형태로 일반 공중의 이용에 제공되는 경우인데, 이러한 사안에서 기존의 판례가 민법상 부당이득의 성립을 부정해 온 데에는 도로라는 토지이용현황이 중요한 고려요소가 된 것으로 보인다.

그러나 이는, 토지의 현황이나 지목이 도로인 경우에도 민법상 부당이득의 성립을 전제로 그 액수의 산정에 관한 구체적인 법리를 실시한 대법원 판례(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다60866 판결, 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다97062 판결, 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다235883 판결 등 참조)와 조화를 이루기 어렵다. 특히 대법원 2017다235883 판결은, 국가 또는 지방자치단체가 도로로 점유·사용하고 있는 토지에 대한 차임 상당의 부당이득액을 산정하기 위한 토지의 기초가격에 관하여 상세한 기준을 제시하고 있다. 즉, ① 국가 또는 지방자치단체가 '종전부터 일반 공중의 교통에 사실상 공용되던 토지'에 대하여 도로법 등에 의한 도로 설정을 하여 도로관리청으로서 점유하거나 또는 사실상 필요한 공사를 하여 도로로서의 형태를 갖춘 다음 사실상 지배주체로서 도로를 점유하게 된 경우에는 도로로 제한된 상태, 즉 도로인 현황대로 감

정평가하여야 하고, ② 국가 또는 지방자치단체가 '종전에는 일반 공중의 교통에 사실상 공용되지 않던 토지'를 비로소 도로로 점유하게 된 경우에는 토지가 도로로 편입된 사정은 고려하지 않고 그 편입될 당시의 현실적 이용상황에 따라 감정평가하되, ③ 다만 도로에 편입된 이후 해당 토지의 위치나 주위 토지의 개발 및 이용상황 등에 비추어, 도로가 개설되지 않았더라도 해당 토지의 현실적 이용상황이 주위 토지와 같이 변경되었을 것임이 객관적으로 명백하게 된 때에는, 그 이후부터는 그 변경된 이용상황을 상정하여 토지의 가격을 평가한 다음 이를 기초로 차임 상당의 부당이득액을 산정하여야 한다고 판단하였다. 이러한 판례는, 토지의 이용현황이나 지목은 부당이득의 액수 산정에 반영하면 족할 뿐, 그것만으로 부당이득의 성립을 부정할 수는 없음을 전제로 하고 있다.

(2) 기존의 판례는 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권이 포기된 토지의 소유권을 경매, 매매, 대물변제 등에 의하여 특정승계한 자가 그 토지에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다고 보는 근거로서 '특정승계인이 토지에 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알았다'는 점을 들고 있다. 다수의견은 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게 위와 같은 주관적인 사정(인식이나 용인)이 인정된다고 보고 있다.

그러나 위와 같은 사용·수익권 포기에 물권적 효력이 있다고 보지 않는 이상, 특정승계인의 위와 같은 주관적인 사정만으로 포기의 효력이 승계된다고 볼 아무런 근거가 없다.

오히려 대법원은, 해당 토지가 사실상 도로 부지로 제공되어 사권 행사에 제한이 있는 토지라는 점을 원고가 알고서 취득하였다 하더라도 그러한 사정만으로는 피고에게

그 점유로 인한 부당이득의 반환청구를 하는 데 장애가 된다고 할 수 없다고 판단하였고(대법원 1990. 12. 21. 선고 90다5528 판결, 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30632 판결 등 참조), 원고들이 해당 토지의 취득 당시 그 토지가 도로 부지로 예정되어 있어서 사권 행사에 제한이 있는 토지라는 점을 알고서 취득하였다 하더라도 점유로 인한 부당이득의 성립을 부정할 수 없다고 판단하였다(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다22032 판결 등 참조). 부당이득에 관한 이러한 판례에도 불구하고 유독 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권이 포기된 토지의 소유권을 승계취득한 자에게는 주관적인 사정만으로 부당이득의 성립을 부정하는 것은 위와 같은 판례와 모순된다.

또한, 대법원은 부동산 점유취득시효가 완성되었음을 알면서 소유자로부터 그 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 자라 하더라도, 소유자의 점유자에 대한 소유권이전등기의무를 인수하여 이행하기로 묵시적 또는 명시적으로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 위와 같은 의무를 승계한다고 볼 수 없다고 판단하였고(대법원 1994. 4. 12. 선고 93다50666·50673 판결 등 참조), 무상 주위토지통행권에 관한 민법 제220조의 규정은 토지의 직접 분할자 또는 일부 양도의 당사자 사이에만 적용되고 포위된 토지 또는 피통행지의 특정승계인에게는 적용되지 않는다고 판단하였다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다38247·38254 판결 등 참조). 특정승계인에게 사용·수익권 포기의 효력이 미친다는 판례의 입장은 위와 같은 법리에도 조화를 이루기 어렵다.

(3) 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리의 적용 여부는 대부분 토지 소유자가 지방자치단체를 피고로 하여 불법점유 또는 무단점유(이하 '불법점유'라고만 한다)를 원인으로 한 부당이득반환청구를 하는 사안에서 문제된다.

그런데 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에는 별도로, 사유지를 점유하는 지방자치단체의 부당이득반환의무에 관한 법리 또한 대법원의 판례로서 형성되어 왔다. 그러한 사안에서 민법상 부당이득이 성립하기 위한 요건과 관련하여 '법률상 원인'과 '지방자치단체의 점유'가 대부분 문제되었고, 그에 관한 대법원 판례가 다수 있다.

먼저 '법률상 원인'에 관하여, 지방자치단체 등이 사실상 지배주체로서 사유지를 도로로 점유하고 있는 경우 관련 법령이 정하는 적법한 보상 절차를 거치지 않는 이상 '토지소유자와의 관계'에서 법률상 원인이 없다는 것이 판례의 입장이다. 즉, 해당 토지가 당시 시행되던 법령에 기초한 도시계획결정에 따라 피고(지방자치단체)가 설치한 도로로 간주된다고 하더라도 그것은 단지 그 도로에 관한 도시계획결정과 도로의 설치가 적법한 것으로 의제되는 데 불과하므로, 피고가 관련 법령에 의하여 그 토지에 대한 소유권 등의 권리를 취득함이 없이 그 토지를 도로로 사용하고 있다면, 다른 사정이 없는 한 피고는 그 사용으로 인한 이득을 토지 소유자인 원고에게 반환할 의무가 있다(대법원 1979. 10. 10. 선고 77다508 판결 등 참조). 해당 토지가 국방부장관 등과 협의에 의하여 군작전도로에 편입되어 그 부지로서 점유·사용되어 오다가 일반국도의 부지로 편입되었다면, 그 도로가 일반국도로 노선인정이 되었고 이에 터잡아 국가가 이를 관리하게 되었다는 사정만으로는, 도로법 소정의 도로로서의 효력이 생기는 것은 별론으로 하고 토지 소유자와의 사이에서 그 토지를 사용·수익할 사법(私法)상의 권원을 취득하는 것은 아니다(대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카205 판결 등 참조). 피고가 도시계획법 또는 도로법상의 수용절차 등 적법한 보상절차를 밟지 않고 해당 토지를 도로 부지로 점유하고 있다면, 그 도로가 일반국도로 노선이 지정되었고 도로법의

적용을 받는 도로인지의 여부에 관계없이 토지 소유자인 원고와의 사이에서는 법률상 원인 없이 이를 점유·사용하고 있는 것이 된다(대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카846 판결, 대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카205 판결, 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카931 판결, 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다5795 판결, 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다19804 판결 등 참조).

다음으로 지방자치단체의 '점유'를 폭넓게 인정하는 대법원 판례에 관하여 본다. 국가나 지방자치단체가 토지를 도로로 점유하는 형태는 '도로관리청으로서의 점유'와 '사실상의 지배주체로서의 점유'로 나뉜다는 것이 확립된 대법원 판례이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다21517 판결 등 참조). 그중 사유지를 점유하는 지방자치단체의 부당이득 성립 여부가 문제되는 대부분의 사례는 '사실상의 지배주체로서의 점유'에 관한 것인데, 이를 유형화하면 다음과 같다. ① 일반 공중의 교통에 공용되지 않던 사유지상에 지방자치단체가 필요한 공사를 하여 도로를 개설하는 경우이다(대법원 1993. 8. 24. 선고 92다19804 판결, 대법원 2001. 4. 27. 선고 2001다7728 판결, 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다21517 판결 등 참조). ② 종래부터 도로의 형태를 갖추어 자연적으로 일반의 교통에 이용되고 있던 사실상 도로에 지방자치단체가 포장 공사, 하수도 공사 등을 하여 도로로 사용되도록 하는 경우이다. 대법원 1991. 9. 24. 선고 91다21206 판결이 '도로법 등에 의한 도로설정행위가 없더라도 국가나 지방자치단체가 기존의 사실상 도로에 대하여 확장, 도로 포장 또는 하수도 설치 등 도로의 개축 또는 유지·보수 공사를 시행하여 일반 공중의 교통에 공용한 때에는 이때부터 그 도로는 국가나 지방자치단체의 사실상 지배하에 있는 것으로 보아 사실상 지배주체로서의 점유를 인정할 수 있다'고 판단한 이후, 판례는 이러한 경우 비교적 넓게 국가와 지방자치단체의 '점

유'를 인정하는 경향을 보이고 있다(대법원 1992. 10. 9. 선고 92다9692 판결, 대법원 1993. 9. 28. 선고 92다17778 판결, 대법원 1996. 7. 30. 선고 96다17714 판결, 대법원 1999. 7. 23. 선고 97다3262 판결, 대법원 2002. 3. 12. 선고 2001다70900 판결 등 참조). ③ 주민들의 자조사업에 지방자치단체가 대부분의 비용을 부담·지원한 경우인데, 이 유형은 사실상 도로를 개설하거나 기존의 사실상 도로에 개축 또는 유지·보수 공사를 시행한 주체가 주민들임에도 지방자치단체의 점유를 인정하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 구체적으로 판례는, 종전부터 사실상 일반의 통행에 공용되던 토지에 인근 주민들이 자조사업으로 포장 공사나 하수도 공사를 실시한 사안에서, 지방자치단체 등의 재정보조가 전체 공사의 상당 부분을 차지할 뿐 아니라, 그 공사 이후 개설되는 도로가 일반 공중의 교통에 공용되는 공도로 쓰이고, 지방자치단체 등이 그 도로의 개축, 유지, 재해복구 등의 관리를 담당하게 되는 경우에는, 그 도로 개설의 형식적인 주관자가 누구인지에 관계없이 지방자치단체 등이 도로화된 그 토지의 점유·관리를 하게 된다고 판단하였다(대법원 1991. 5. 14. 선고 90다14522 판결, 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다9692 판결, 대법원 1993. 9. 28. 선고 93다17041 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 95다34675 판결 등 참조).

위와 같이 대법원 판례가 지방자치단체 등이 사유지를 점유하고 있는 경우 관련 법령이 정하는 적법한 보상 절차를 거치지 않는 이상 토지 소유자와의 관계에서 '법률상 원인'이 없다고 보고, 지방자치단체의 사실상 지배주체로서의 '점유'를 폭넓게 인정하는 흐름을 보여 온 것은, 지방자치단체 등이 공공의 이익을 앞세워 사인(私人)의 권리행사를 함부로 제한하지 못하도록 막기 위한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 판례가 실무에서 광범위하게 적용되고 있어, 위와 같

이 개인의 권리 구제를 확대하여 온 대법원 판례의 흐름과 조화를 이루지 못하고 있다.

(4) 이 사건과 같이 토지 소유자가 물권적 청구권을 행사하는 경우에 다수의견과 같이 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리를 적용하게 되면, 권리남용에 관한 법리를 엄격한 요건 하에서만 적용하는 대법원 판례의 태도와 조화를 이루기 어렵다.

권리남용에 해당하기 위한 요건과 관련하여 최근의 판례는 주관적 요건과 객관적 요건을 모두 강조하는 경향을 보이고 있다. 가령 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다 115243·115250 판결은, 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로는 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 반한다고 볼 수 있어야 한다고 하면서, 이러한 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사로 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크더라도 그 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다고 판단하였다.

판례는 토지 소유자가 물권적 청구권을 행사하는 사안에서도 위와 같은 주관적 요건과 객관적 요건이 모두 충족될 것을 요구함으로써 소유자의 물권적 청구권 행사를 함부로 배척하지 않도록 신중을 기하고 있다. 예컨대 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다 5397 판결은, 원고가 그 소유 토지의 지상에 있는 구거와 도로 부분의 철거와 함께 그 부분 토지의 인도를 청구한 사안에서, 원고가 소유권을 취득하기 이전부터 그 토지가 자연 구거와 인근 주민들의 통행로로 사용되어 왔고, 피고(지방자치단체)가 그 지하에 인근 주민들을 위한 상수도를 설치하고 그 지상 도로 부분을 포장하여 사실상 점유·

관리하였으며, 원고가 그러한 사정을 알면서 그 토지를 취득하였음에도 불구하고, 해당 토지 중 피고가 구거 및 도로로 점유하고 있는 부분이 그 토지의 40%에 달하는 작지 않은 부분을 차지하고 있는 점, 해당 구거, 도로와 그 지하의 상수도 이설이 가능하고 그로 인해 인근 주민들이 상·하수처리 및 통행 등 일상생활에 불편을 겪을 것으로 예상되지 않는 점 등을 이유로 원고의 청구가 권리남용에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다5498 판결은, 해당 송전선은 원고 소유 토지의 중앙부를 지나고 있어 원고의 소유권 행사를 방해하고 있음이 명백하고, 송전선 설치에 앞서 관련 법령에 그 토지 위의 공간 사용권을 취득할 수 있는 절차가 규정되어 있음에도 피고(한국전력공사)가 그러한 공간 사용권의 취득 절차를 밟지 않은 채 토지 상공에 송전선을 설치·통과시켰으며, 송전선의 설치 후 오랜 기간 보상 또는 배상이 이루어지지 않고 있는 사정 등을 고려하면, 해당 송전선이 공익적 기능을 가진 국가 기간시설물이고 송전선 변경에 많은 비용이 소요된다거나 원고가 보상금 지급 규정에 비하여 더 많은 보상을 요구한다는 사정만으로는, 원고의 송전선 철거청구가 신의칙에 반한다거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다108108 판결은, 원고들이 토지의 상공에 송전선이 설치되어 있는 사정을 잘 알면서 토지를 취득하였다거나, 그 후 피고(한국전력공사)에게 아무런 이의를 제기하지 않았다고 하더라도, 그것만으로는 원고들이 피고의 토지 사용을 묵인하였다거나 토지에 대한 원고들의 소유권 행사가 제한된 상태를 용인하였다고 볼 수 없다고 하면서, 피고가 전기사업법 등의 규정에 따른 적법한 수용이나 사용 절차에 의하여 토지 상공의 사용권을 취득하지 않는 이상, 해당 송전선이 공익적 기능을 가진 국가 기간시설물이고 송전선 변경에 많은 비용이 소요된다는 등의 사정만으로 원고들의 송전선 철거청

구가 권리남용에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다.

독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리를 적용하여 토지 소유자의 물권적 청구권 행사를 배척하는 것을 허용하게 되면, 비슷한 사안에서 권리남용의 법리를 함부로 적용하지 않아 토지 소유자의 권리행사를 보장해 온 판례의 태도와 형평에 어긋나는 결과를 초래할 수 있다.

토지 소유자의 물권적 청구권 행사가 권리남용에 해당한다고 본 사례(대법원 1991. 10. 25. 선고 91다27273 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다40422 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다20819 판결 등 참조)도 있으나, 이는 법률에 근거(민법 제2조 제2항)를 둔 권리행사 제한으로서, 법률상의 근거를 찾기 어려운 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 법리에 따라 토지 소유자의 권리행사를 제한하는 것과는 차원이 다르다.

마. 실무상 접할 수 있는 부당한 결과의 예시

(1) 다수의견은 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 법리의 적용을 위한 판단기준으로 '토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무'를 실시하고 있다. 위와 같은 다수의견의 실시는, 토지 소유자에게 일정한 이익이나 편익이 인정된다는 이유로 위 법리를 적용하여 토지 소유자의 권리행사를 손쉽게 제한하는 현재의 실무례를 정당화하는 측면이 있다.

(2) 실무상 흔히 접할 수 있는 단지분할형 도로, 즉 토지 소유자가 토지를 분할하여 택지로 조성, 분양하면서 남겨둔 토지 부분이 택지의 매수인들이나 일반 공중의 통행로 또는 도로로 사용되는 경우에 관하여 본다.

위와 같은 사안에서 도로가 개설되지 않는다면 공로로의 접근이 현저히 곤란해지는

필지가 있어 택지 분양이 제대로 이루어지지 않을 것이므로, 토지 소유자가 일부 토지를 사실상 도로로 제공함으로써 인하여 발생하는 비용보다 편익이 더 크다고 판단하여 이를 사실상 도로로 제공한다고 볼 여지가 있기는 하다.

그러나 위와 같은 사안에서 토지 소유자의 일정한 편익을 상정할 수 있다는 이유만으로 부당이득의 성립을 부정할 수는 없다. 해당 토지 부분에 대한 공법적인 제한 등의 이유로 토지 소유자가 부득이 그 부분을 제외하고 나머지 부분을 분할매각한 경우도 있다. 대법원도, 도로예정지로 일부가 편입될 당시 그 토지의 소유자가 도로예정지 지정으로 인하여 그 부분의 사용·수익이 사실상 제한됨에 따라 부득이 그 부분을 제외한 나머지 토지만을 분할매각하였다면, 이후 그 도로예정지 부분이 일반의 통행로로 사용되고 있다고 하여 그 부분의 사용·수익권을 포기하였다고 단정할 수 없다고 판단한 바 있다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다30502 판결, 대법원 2016. 8. 18. 선고 2016다213398 판결 등 참조). 이처럼 토지 소유자에게 일정한 이익이나 편익이 인정되는 사안에서도 그러한 이유만으로 위 법리에 따른 토지 소유자의 권리행사 제한이 정당화되는 것은 아니고, 같은 취지의 판례 역시 있다. 그런데도 대법원과 현재의 실무례는 토지의 제공에 따른 소유자의 이익과 편익이라는 막연한 이유에 기대어 헌법이나 민법 그밖에 아무런 법률적 근거 없이 토지 소유자가 사용·수익권을 포기한 것으로 이론을 구성함으로써 토지 소유자의 권리행사를 손쉽게 제한하는 것으로 보이고, 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 법리가 그대로 유지되는 이상 향후의 실무 운용에서도 그러한 권리행사의 제한이라는 결과를 막기 어려울 것이다.

(3) 한편 대법원은, 이미 도로예정지로 지정되어 있는 부분이 포함된 토지를 매매 등의 방법으로 새로이 취득한 자가 도로예정지 부분을 제외한 나머지 부분을 분할매각하

여 택지로 제공하였고 이에 따라 도로예정지 부분이 일반의 통행로로 사용되게 되었다면 그 새로운 소유자는 배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 여지가 크다고 판단하였다(대법원 1994. 5. 13. 선고 93다31412 판결, 위 대법원 2012다30502 판결 등 참조). 이러한 경우에는 토지 소유자에게 인정되는 것으로 보이는 편익과 함께 토지 소유자의 자발적인 의사를 근거로 삼고 있는 것으로 보이고, 독점적·배타적인 사용·수익권 포기를 긍정한 다른 판례들도 그러한 자발성을 중요한 근거로 삼는 것으로 보인다.

그러나 설령 그러한 자발성이 인정된다 하더라도, 지방자치단체인 피고가 그 토지를 적법한 보상 없이 사용할 권리는 없으므로, 지방자치단체인 피고가 반환하여야 할 부당이득의 액수에 이를 반영함은 별론으로 하고, 이를 이유로 부당이득반환의무의 성립을 부정하는 것은 타당하지 않다.

(4) 나아가 위와 같은 단지분할형 도로의 사안에서 특정승계인으로서 원소유자가 왜 해당 토지를 남겨두고 나머지 토지만을 분할매각하였는지 그 경위나 동기를 알기 어렵다.

즉 원소유자의 소유 기간 중에 그 소유 토지 중 일부가 도로예정지로 편입됨으로써 원소유자가 '부득이' 그 부분을 제외한 나머지 토지만을 분할매각한 것인지, 아니면 이미 도로예정지로 지정되어 있는 부분이 포함된 토지를 원소유자가 취득한 후 '자발적으로' 도로예정지 부분을 제외한 나머지 부분을 분할매각한 것인지는 어디까지나 '원소유자'의 사정일 뿐이다. 토지의 소유권을 특정승계하는 사람이 언제나 토지의 이용현황 뿐만 아니라 원소유자의 위와 같은 사정에 대해서까지 알면서 그 토지의 소유권을 취득하였다고 단정할 수 없다.

그런데도 기존의 대법원 판례는 원소유자가 사용·수익권을 포기한 후 그 토지의 소유권을 특정승계한 자는 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 그 토지의 소유권을 취득하였기 때문에 소유자로서의 권리행사가 제한된다고 한다. 물권적 효력을 인정하지 않는 한 특정승계인의 주관적 사정을 이유로 포기의 효력이 승계된다고 볼 아무런 근거가 없음은 앞서 본 바와 같은데, 위와 같은 기존의 판례에 의하면 특정승계인이 토지의 분할매각에 관한 원소유자의 위와 같은 사정까지도 언제나 알았다고 의제하는 결과가 된다는 점에서도 위와 같은 기존의 판례는 타당하지 않다.

바. 판례변경의 필요성

토지가 인근 주민이나 일반 공중을 위한 용도로 사용되고 있다 하더라도, 주위토지 통행권이나 지상권과 같은 물권 또는 임대차, 사용대차와 같은 채권적 토지이용계약이 성립하였거나, 토지 소유자의 권리행사가 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 경우와 같이, 민법 등 법률의 명문 규정과 그에 기초한 법리가 적용될 수 있는 경우에만 토지 소유자의 사용·수익권을 포함한 소유권 행사가 제한될 수 있다. 그 이외에 토지 소유자의 권리행사를 불허 또는 제한할 수 있는 독자적인 사유로서 법률에 명문으로 규정되어 있지도 않은 '독점적·배타적인 사용·수익권의 포기'를 인정하는 것은 허용될 수 없다.

근래 '독점적·배타적 사용·수익권의 포기' 법리에 따른 불합리한 문제점을 인식하고 그 적용범위를 제한하는 대법원 판결들이 나오고 있으나, 그런 미봉책은 근본적인 해결방법이 될 수 없고 오히려 적용상의 혼란과 불공평을 초래할 뿐이다. 이제 아무런 법률상 근거가 없고 헌법과 민법에 배치되는 기존 판례의 법리를 과감하게 폐기하는

것이 옳다. 따라서 '독점적·배타적 사용·수익권의 포기'를 이유로 토지 소유자의 사용·수익권을 포함한 권리행사를 제한하고, 토지 소유자의 특정승계인에게 그러한 포기의 효과가 당연히 승계된다고 판단한 88다카16997 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경되어야 한다.

사. 이 사건에 대한 판단

원심은, 이 사건 토지 중 우수관이 매설된 이 사건 계쟁토지 부분을 소유하던 망인이 우수관 매설 당시 이 사건 계쟁토지 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 판단한 후, 그 상속인인 원고도 그러한 제한이 있는 토지를 상속하였다는 이유로, 원고의 이 사건 청구를 받아들이지 않았다.

그러나 이 사건 계쟁토지 부분이 인근 주민이나 일반 공중을 위한 용도로 사용되고 있다 하더라도, 민법 등 법률의 명문 규정과 그에 기초한 법리에 따라 원고의 사용·수익권을 포함한 토지 소유권 행사가 제한되는 경우가 아닌 한, 이 사건 계쟁토지 부분의 소유권에 기초한 원고의 권리행사를 불허 또는 제한하는 것은 허용될 수 없다.

그런데도 원심은 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 및 그 효과의 승계를 이유로 들어 원고의 이 사건 우수관 철거 및 부당이득반환청구를 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 토지 소유자의 부당이득반환청구권과 물권적 청구권 행사 및 그 제한에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 대법관 김재형의 반대의견

가. 배타적 사용·수익권 포기에 관한 판례를 변경할 것인지 여부

배타적 사용·수익권 포기(독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 또는 그 행사의

제한을 가리킨다) 법리는 1980년대 후반부터 대법원 판결에 나타나기 시작하여 거대한 판례군을 형성하고 있다. 이 법리는 법률상 근거 없이 부동산 소유권과 그 행사를 제한하고 있을 뿐만 아니라 부동산 물권에 관한 민법의 기본원칙에 배치된다. 또한 대법원 판결들이 서로 모순되는 법리를 제시하고 있어 비슷한 사안에서 다른 결론에 이르는 경우도 적지 않다. 이 법리가 형성된 지 30년이 지난 지금, 대법원은 이 법리의 문제점을 분명히 인식하고 판례변경을 통하여 명확한 법리를 제시할 때가 되었다고 생각한다.

다수의견은 배타적 사용·수익권 포기에 관한 기존 법리를 그대로 유지한다고 하고 있다. 그러나 다수의견은 두 가지 점에서 기존 판례와는 다르다. 하나는 기존의 '사용·수익권 포기'라는 표현과 함께 '사용·수익권 행사의 제한'이라는 표현을 사용하고 있다는 점이다. 다른 하나는 기존에는 이 법리를 소유자가 점유자를 상대로 부당이득 반환청구를 하는 경우에 한정하여 적용했지만, 다수의견은 소유자가 점유자를 상대로 물권적 청구권을 행사하는 경우에도 이 법리를 명시적으로 적용하고 있다는 점이다.

이러한 다수의견은 서로 모순되는 다수의 판례들을 그대로 둔 채 일부 판례를 사실상 변경한 것으로서, 통일적 법리 제시라는 대법원의 기능과 역할에 맞지 않다. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점과 그 해결방안에 대하여 근본적인 전환이 필요하다는 입장에서 다음과 같이 상세한 이유를 개진하고자 한다.

나. 토지의 무상 사용에 관한 법률관계

(1) 타인의 토지를 무상으로 점유하는 모습이 다양한 만큼, 토지 소유자가 자신의 토지를 타인에게 무상으로 사용·수익할 수 있도록 하는 모습도 다양하다. 명시적인 사용 허락을 한 경우도 있지만, 단순한 방치나 소극적인 용인을 한 것에 지나지 않은 경

우도 있다.

(2) 토지 소유자가 특정 상대방에게 토지를 무상으로 제공하고 소유자와 상대방 사이에 무상의 사용·수익에 관한 의사가 합치된 경우에는 민법 제609조의 사용대차 계약이 성립한다. 사용대차가 성립하는 경우 차주는 약정시기에 차용물을 반환하여야 한다(민법 제613조 제1항). 시기의 약정이 없는 경우에는 차주는 계약 또는 목적물의 성질에 따른 사용, 수익이 종료한 때에 반환하여야 하고(민법 제613조 제2항 본문), 사용, 수익에 충분한 기간이 지난 때에는 대주는 언제든지 계약을 해지할 수 있다(민법 제613조 제2항 단서).

민법 제613조 제2항 본문과 단서가 적용되지 않는 경우에도 당사자는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다. 이 경우 계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었는지, 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었는지, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하였는지를 검토하여 계약의 해제나 해지를 판단한다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결, 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다249557 판결 등 참조).

한편 사용대차에서 차용물의 반환과 계약의 해지에 관한 민법 규정은 임의규정이므로, 당사자가 명시적으로 또는 묵시적으로 위 규정의 적용을 배제할 수 있음은 물론이다.

(3) 사유지가 인근 주민이나 일반 공중의 통행을 위하여 도로로 사용되거나 수도시설 등이 매설된 부지로 사용되고 있는 경우에는 일반적으로 토지의 무상 사용자가 특정되지 않아 사용대차 계약이 성립하기 어렵다. 토지 소유자와 특정 상대방 사이에 사

용대차 계약이 성립할 여지가 있더라도 당사자 이외에 토지를 무상으로 이용하는 자의 법적 지위를 사용대차에 관한 민법 규정으로 규율하기는 어렵다.

기존 판례는 위와 같은 법률관계를 권리 포기 이론으로 설명하고 있다. 그러나 당사자들의 의사나 거래관행에 비추어 볼 때, 토지 소유자가 자발적인 의사로 자신의 토지를 무상 사용하도록 하였더라도 토지의 사용·수익권 자체를 '포기'한 것으로 볼 수 없다. 이 경우 토지 소유자는 토지를 무상으로 이용하는 자(인근 주민이나 일반 공중과 같은 불특정 다수인, 국가나 지방자치단체도 이에 해당할 수 있다)에 대한 관계에서 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 보는 것이 합리적이다(대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다211528, 211535 판결 등 참조).

다. 소유권 불행사의 의사표시

민법은 사람이 자신의 자유로운 의사에 따라 법률관계를 형성한다는 사적 자치의 원칙에 기초하고 있다. 법률관계를 형성시키는 의사표시나 법률행위는 민법전에 규정된 전형계약에 따라서만 해야 하는 것은 아니다. 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시는 그 종류와 방식에 아무런 제한이 없다. 이러한 의사표시는 반드시 명시적일 필요는 없고, 소유자의 행동에서 추정되거나 의사표시의 해석을 통해서 인정될 수도 있다. 다만 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 토지가 도로로 사용되거나 수도시설 등이 매설된 경위와 그 규모, 도로로 사용되거나 수도시설 등이 매설된 부분의 위치나 성상, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정과 아울러 소유자가 소유하거나 사용하고 있는 다른 토지나 건물의 효과적인 사용·수익을 위하여 해당 토지가 기여하고 있는 정도 등을 종합적으로 고찰하여 토지 소유자의 의사표시를 신중하고 엄격하게 확정하여야 한다(위 대법원 2017다211528, 211535 판결 참조).

소유권을 행사하지 않겠다는 토지 소유자의 의사표시가 있으면, 의사표시의 상대방이 토지를 점유·사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 민법 제213조 단서의 '물건을 점유할 권리'에 기초한 것으로 볼 수 있고 민법 제214조의 '방해'에 해당하지 않는다. 이러한 경우 토지 소유자는 상대방에게 물권적 청구권을 행사할 수 없고 부당이득반환을 청구할 수도 없다.

소유권 불행사의 의사표시는 상대방 있는 의사표시로서 사용대차와 유사한 채권적인 효력을 가지는 법률행위라고 할 수 있다. 따라서 이러한 의사표시에는 대세적인 효력이 없다. 토지 소유권은 위와 같은 의사표시의 상대방에 대한 관계에서만 제한될 뿐이므로, 그에 따른 법률효과는 누구나 주장할 수 있는 것도 아니고 누구에게든 주장할 수 있는 것도 아니다.

이처럼 그 효력이 채권적이라고 보는 이상, 원소유자가 소유권 불행사의 의사표시를 한 경우에 그 의사표시의 효력은 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게 미치지 않는다. 다만 원소유자와 그 의사표시의 상대방, 그리고 특정승계인 사이에 원소유자의 소유권 불행사의 의사표시에 따른 권리·의무나 지위 승계에 관한 의사의 합치가 이루어진 경우, 원소유자와 특정승계인 사이에 그러한 의사의 합치가 이루어지고 상대방이 동의나 승낙을 한 경우, 토지 소유자의 특정승계인 스스로 소유권 불행사의 의사표시를 한 경우에는 그러한 의사표시의 효력에 따라 특정승계인의 소유권에 기초한 권리행사가 제한된다.

한편 이러한 법률효과가 영구적인 것은 아니고, 특히 소유자는 사정변경의 원칙에 따라 그 법률관계를 해소할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 그러한 의사표시의 기초가 된 사정, 즉 토지 소유자의 의사에 부합하게 형성된 토지이용 상태가 현저히 변경되고,

소유자가 소유권 불행사의 의사표시 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 의사표시의 법률효과를 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우, 토지 소유자는 그와 같은 사정변경이 있는 때부터 다시 사용·수익권능을 포함하여 물권적 청구권과 부당이득반환청구권 등 소유권에 기초한 권리를 제한 없이 주장할 수 있다. 이때 위와 같은 사정변경이 토지 소유자가 소유권 불행사의 의사표시 당시 예견할 수 없었을 정도로 현저한 것인지, 그로 인하여 의사표시의 법률효과를 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우인지는 토지의 위치와 물리적 성상, 토지 소유자가 토지를 인근 주민이나 일반 공중을 위한 용도로 제공하게 된 동기와 경위, 해당 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용 상태가 바뀐 경위, 종전 이용 상태와의 동일성 여부와 소유자의 권리행사를 허용함으로써 상대방 또는 인근 주민이나 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

이와 같이 토지 소유자의 자발적인 의사에 따른 토지 무상 사용의 법적 성질을 사용대차와 유사한 채권적인 효력을 가지는 '소유권 불행사의 의사표시'로 보는 이상, 기존 대법원 판례는 이와 저촉되는 범위에서 변경되어야 한다.

라. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점

(1) 기존 판례의 분석

(가) 대법원은 그동안 이른바 '독점적·배타적인 사용·수익권 포기'라는 특유한 법리를 전개해 왔다. 즉, 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 사용되고 있는 경우에, 그가 토지를 소유하게 된 경위나 보유 기간, 나머지 토지들을 분할하여 매도한 경위와 그 규모, 도로로

사용되는 토지의 위치나 성상, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등을 종합적으로 고찰하여, 토지 소유자가 스스로 토지를 도로로 제공하여 인근 주민이나 일반 공중에 무상으로 통행할 수 있는 권리를 부여함으로써 토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 볼 수 있고, 그러한 경우에는 국가나 지방자치단체를 포함한 타인이 토지를 도로 등으로 점유·사용하고 있더라도 그로 인해 토지 소유자에게 손해가 생긴다고 할 수 없으므로 민법상 부당이득이 성립하지 않는다고 판단하였다(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다7166 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 91다11889 판결, 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다2315 판결, 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다36852 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다8802 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다47681 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다33454 판결 등 참조).

나아가 대법원은 배타적 사용·수익권 포기 법리가 원칙적으로 토지 소유자의 특정승계인에게도 적용된다고 본다. 즉, 토지의 원소유자가 토지를 도로 부지 등으로 무상제공함으로써 이에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하고 이에 따라 인근 주민이나 일반 공중이 그 토지를 무상으로 통행하게 된 다음 토지 소유권을 경매, 매매, 대물변제 등으로 특정승계한 자는 도로 등으로 제공된 토지에 대하여 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다고 판단해 왔다. 그 이유는 '특정승계인이 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 용인하거나 적어도 그러한 사정이 있음을 알고서 토지 소유권을 취득하였다고 봄이 타당하다.'는 점을 든다(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20013 판결, 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다36852 판결, 대법원 1999. 5. 11. 선고 99다11557 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다32552 판결,

대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다84703 판결, 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다79002 판결, 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012다26411 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다 204525 판결, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다63055 판결 등 참조. 위에서 본 배타적 사용·수익권의 포기에 관한 대법원 판결들을 통틀어 '대법원 88다카16997 판결 등'이라 한다).

대법원 판례를 이해할 때에는 그 문언에 따라 의미를 확정하는 것에서 출발해야 한다. '포기(拋棄)'의 사전적 의미는 "① 하려던 일을 도중에 그만두어 버림, ② 자기의 권리나 자격, 물건 따위를 내던져 버림"이다. 법률용어에서 권리의 포기는 권리의 소멸을 뜻하는 것으로 사용되고 있다. 강학상 물권이나 채권 등 권리의 포기는 권리를 소멸시키는 의사표시로서 처분행위의 일종이라고 설명한다. 소유권의 포기는 소유권을 종국적으로 소멸시키는 처분행위를 가리키고, 채권의 포기는 채권을 종국적으로 소멸시키는 것으로 그 효과가 발생한 다음에는 철회가 불가능하며 오직 새로운 채권관계가 형성되어야만 다시 채권이 발생할 수 있다.

이처럼 권리 포기는 특별한 유보나 제한이 없는 한 권리의 소멸을 뜻한다. 대법원 88다카16997 판결 등은 아무런 유보 없이 배타적 사용·수익권 포기라는 표현을 사용하고 있으므로, 이 판결들에 사용된 '포기'는 통상적 의미로서 토지 소유자가 가지는 배타적 사용·수익 권능의 소멸이라고 이해해야 한다. 대법원 판결의 전반적인 흐름을 살펴보더라도, 대법원 88다카16997 판결 등에 사용된 '포기'를 권리 포기가 아닌 다른 의미로 이해하기는 어렵다.

대법원 88다카16997 판결 이전에 다수의견이 인용한 대법원 1973. 8. 21. 선고 73다 401 판결은 '무상으로 통행할 수 있는 권한을 부여하였다.'고 판단하였고, 대법원 1974.

5. 28. 선고 74다399 판결, 대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결은 '토지에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다.'고 판단하였다. 이는 '무상 통행권 부여'를 원인, 즉 법률요건으로 해서 그 결과, 즉 법률효과로서 토지 소유자의 배타적 사용·수익권 행사가 제한된다고 선언한 것으로 볼 수 있다.

이와 달리 대법원 88다카16997 판결 등은 토지 소유자의 권리행사가 제한되는 법률효과를 발생시키는 새로운 원인으로 배타적 사용·수익권 '포기'라는 새로운 법리를 전개하였다.

법률가든 일반인이든 권리 포기를 권리 소멸이라고 이해하고 있다. 토지 소유자의 배타적 사용·수익 권능이 소멸했다고 본다면, 이것은 누구나 주장할 수 있고 누구에게나 주장할 수 있다는 의미에서 이른바 '대세적 효력'이 있고 이를 철회하거나 부활시킬 수도 없다는 의미에서 이른바 '영구적 효력'이 있다고 보는 것이 자연스럽다. 대법원 88다카16997 판결 등이 배타적 사용·수익권을 포기한 경우 부당이득의 요건으로서 손해가 없고 토지 소유자의 특정승계인에게도 그 효과가 당연히 미친다고 판단한 것은, 바로 그러한 사용·수익권 포기가 대세적 효력과 영구적 효력을 가진다고 볼 때 쉽게 설명할 수 있다. 학계와 실무계에서 공통적으로 배타적 사용·수익권 포기 법리를 비판한 것도 바로 그 사전적 의미와 법률용어로서의 통상적인 용례를 전제로 한 것이었다. 만일 대법원이 '포기'가 아니라 '권리행사의 제한'으로 접근했다라면 아마도 학계와 실무계에서 그와 같은 광범위한 문제 제기와 비판은 애초에 없었을 것이고, 그 법리의 적용범위도 지금처럼 확장되지는 않았을 것이다.

(나) 최근 10년 사이에 대법원 88다카16997 판결 등에서 선언한 배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점을 인식하고 이와 다른 법리를 선언한 대법원 판결들이 나오고

있다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2009다228, 235 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007다83649 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다81049 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결, 대법원 2017. 6. 19. 선고 2017다211528, 211535 판결, 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017두50843 판결). 이 판결들은 소유자가 채권적으로 그 상대방에 대하여 사용·수익의 권능을 포기하거나 사용·수익권의 행사에 제한을 설정하는 것 외에, 소유자가 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능만을 대세적으로 포기하는 것은 허용되지 않는다고 판단하였다(이러한 판결들을 '대법원 2009다228 판결 등'이라 한다).

사용·수익권 포기의 법적 성질에 관하여 대법원 2017다211528, 211535 판결은, 토지 소유자가 토지를 도로 부지로 무상 제공받은 사람들에 대한 관계에서 채권적으로 사용·수익권을 포기하거나 일시적으로 소유권을 행사하지 않겠다고 양해한 것이라고 하였다. 대법원 2010다81049 판결은, 토지 소유자가 배타적 사용·수익권을 주장하며 통행을 방해하는 등의 행위를 할 수 없다고 하더라도, 이러한 권리행사 제약이나 그에 따른 법률상 지위는 채권적인 것에 불과하다고 하고 일반적으로 토지 소유자에 대하여 '배타적 사용·수익권이 존재하지 않는다.'는 확인을 구할 수 없다고 하였다. 대법원 2012다54133 판결은, 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 통행로로 무상 제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 배타적 사용·수익권이 인정되지 않는다고 보는 경우에도, 그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는 것을 의미한다고 볼 수 없다고 하였다.

(다) 위에서 보았듯이 배타적 사용·수익권 포기에 관한 판례 법리는 두 갈래로 나

누어져 있다. 대법원 88다카16997 판결 등은 토지 소유자의 권리행사를 제한할 수 있는 법률요건으로서 '권리 포기'에 관한 법리를 선언하고 있다. 반면 대법원 2009다228 판결 등은 대법원 88다카16997 판결 등 법리의 적용범위를 구체화하거나 한정하는 것이 아니라, 권리 포기의 대세적·영구적 효력을 부정하고 채권적 효력만 인정하는 별개의 새로운 법리를 선언하고 있다. 이와 같이 양립할 수 없는 대법원 판결례가 현재까지 공존하고 있다.

법령에 관한 최종적인 해석권한을 가진 대법원은 '권리 포기라는 용어를 써 왔지만 그 용어의 실질적인 의미는 권리 포기가 아니었다.'는 자기 모순적인 판단을 해서는 안 된다. 대법원 전원합의체에서 이 문제를 다룬 이상 위와 같이 양립할 수 없는 판결례 중 어느 쪽을 유지할 것인지 분명하게 선언할 필요가 있다.

(2) 기존 판례의 사법(私法)상 문제점

(가) 민법 제1조는 '법원(法源)'이라는 제목 하에 "민사(民事)에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고, 관습법이 없으면 조리(條理)에 의한다."라고 정하고 있다. 이는 민사 사건에 관한 재판의 기준이 될 수 있는 법규범을 열거한 것이다.

어떠한 이론이 재판의 기준으로 적용될 수 있는 법리가 되기 위해서는 법에 근거가 있어야 한다. 헌법을 최상위 규범으로 하는 우리 법체계에서는 헌법과 함께 민법 제1조가 규정하는 법원인 법률, 관습법, 조리가 법적 근거가 된다. 이와 달리 법관에 의하여 형성된 법리를 이른바 판례법이라고 부르기도 하지만, 성문법주의를 취하는 우리나라에서 판례 자체는 여기에서 말하는 법원이 될 수 없음이 자명하다.

배타적 사용·수익권 포기를 이유로 토지 소유자의 권리를 제한하는 이론은 민법 제1조가 규정하는 법원(法源)의 어디에서도 그 근거를 찾을 수 없다.

민사에 관한 1차적인 법원을 이루는 성문법(제정법)에는 법률, 명령, 대법원규칙, 조약, 자치법의 다섯 가지가 있다고 일반적으로 설명된다. 그러나 배타적 사용·수익권 포기라는 '법적' 효과를 도출해 낼 수 있는 성문법의 어떠한 조항도 찾을 수 없다.

배타적 사용·수익권 포기를 이유로 토지 소유자의 권리를 제한하는 근거가 될 수 있는 관습법이 존재하는 것도 아니다. 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다(대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결 참조). 사회의 거듭된 관행으로 생성된 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 않는 것으로서 정당성과 합리성이 인정되는 것이어야 한다. 그렇지 않은 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결, 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결 등 참조).

배타적 사용·수익권 포기에 관한 이론은 '사회'의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것이 아니다. 오히려 '법원'이 성문법의 근거 없이 분쟁을 해결하고자 고안해 낸 이론이 장기간 법원의 재판 실무에서 적용되어 온 것에 불과하다.

헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용뿐만 아니라 '사용'과 '제한'의 경우에도 정당한 보상을 지급하여야 한다고 정하고 있다. 국가나 지방자치단체를 상대로 한 토지 소유자의 권리행사를 금전적 전보 없이 제한하는 데 광범위하게 적용되고 있는 기존의 판례 이론은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반한다. 따라서

기존의 판례 이론 그 자체에 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 이를 뒷받침할 만한 다른 관습법이 존재한다고 볼 수도 없다.

배타적 사용·수익권 포기에 관한 이론을 민법 제1조에서 말하는 '조리'라고 볼 수도 없다. 어떤 사건에 관하여 재판의 기준이 될 성문법이나 관습법이 모두 존재하지 않는 경우 법관은 조리에 따라 재판하여야 한다. 조리는 사물의 본질적 법칙, 사물의 도리 또는 사람의 이성에 의하여 생각되는 규범 등으로 정의되고, 경우에 따라서는 경험칙, 사회적 타당성, 사회질서, 형평, 정의 등으로 표현된다. 그런데 사유지가 일반 공중의 이용에 제공되고 있다는 사정을 부당이득반환의무나 손해배상책임의 범위에 반영하는 것은 별론으로 하고, 이를 이유로 부당이득반환의무나 손해배상책임의 성립 자체를 부정하는 것이 경험칙이나 형평 등에 부합한다고 볼 수 없다. 또한 조리라는 것은 일정한 내용을 가진 것이 아니라 법질서 전체 또는 그 속에 흐르는 정신에 비추어 가장 적절하다고 생각될 경우에 끌어 쓰는 극히 추상적인 말로서, 같은 유형의 분쟁 해결에 일반적·보편적으로 적용될 수 있는 '법리'와는 다르다.

(나) 헌법은 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 규정을 두고 있고(제119조 제1항) 이 원칙은 민사법 관계를 규율하는 대원칙이지만, 일정한 한계가 있다. 소유자가 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능만을 영구적·대세적으로 포기하거나 상실하는 것은 허용되지 않는다. 이를 허용하면 결국 처분권능만이 남는 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것이어서 소유권의 고유한 속성인 전면성 또는 탄력성에 부합하지 않고, 사실상 영구적인 제한물권을 설정하는 것이 되어 공시의 원칙이나 물권법정주의에 반한다.

(3) 기존 판례의 공법상 문제점

(가) 헌법 제23조 제1항은 "모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다."라고 정하고, 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다."라고 정하고 있다. 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."라고 정하고 있다.

배타적 사용·수익권 포기 법리는 공공의 이익을 위하여 토지 소유자의 기본권인 재산권 행사를 제한하기 위한 도구로 작용하고 있다. 그러나 그러한 재산권 행사의 제한은 법률에 근거가 없다.

(나) 배타적 사용·수익권 포기 법리는 소유자의 권리행사 제한에 관한 현행 법체계와 조화를 이루기 어렵다. 특히 이 사건과 같이 피고가 지방자치단체이거나, 국가 등 공공단체인 경우에는 법치행정의 관점에서 문제를 드러낸다.

현행 법체계상 공공의 필요에 따라 토지 소유자의 권리행사를 제한할 수 있는 경우는 다음과 같다.

첫째, 법률의 규정에 따라 토지를 수용·사용 또는 제한하면서 정당한 보상을 지급하는 경우이다. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 '토지보상법'이라 한다) 제61조는 '공익사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지소유자나 관계인이 입은 손실은 사업시행자가 보상하여야 한다.'고 정하고 있고, 이러한 규정은 공익 목적의 사업에 관하여 규율하는 다른 법령에서 준용되고 있다(도로법 제99조, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제96조, 도시 및 주거환경정비법 제65조, 수도법 제60조, 하수도법 제10조 등 참조).

둘째, 국가, 지방자치단체 등 공공단체가 사경제 주체로서 토지 소유자와 토지 사용에 관하여 계약 등 법률행위를 하고 이에 따라 토지 소유자의 권리행사가 제한되는 경우이다. 사적 자치를 실현하는 법률적 수단은 법률행위이고, 법률행위는 그 행위를 하는 사람이 원하는 대로 일정한 사법(私法)상의 효과를 발생하게 한다. 이처럼 법률행위의 효과로써 당사자 사이에 일정한 구속력이 생기고, 이에 어긋나는 권리행사는 제한된다.

셋째, 민법 제2조 제1항, 제2항에 따라 토지 소유자의 권리행사가 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 경우이다. 민법 제2조 제1항은 "권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다."라고 정하고 있고, 같은 조 제2항은 "권리는 남용하지 못한다."라고 정하고 있다. 이들 조항은 직접적으로는 권리행사 자유의 한계를 정하는 것이지만, 간접적으로는 권리의 공공성·사회성을 인정하는 것이다. 다만 이 규정도 권리행사 자유의 원칙을 토대로 한 것이기 때문에 지나치게 넓게 적용되는 것은 경계해야 한다. 대법원이 소유권 행사가 권리남용에 해당한다는 이유로 이를 금지하는 것은 소유자에게 아무런 이익이 없는 등 극히 예외적인 경우로 한정한다.

토지 소유자에게 토지를 일반 공중의 이용에 제공하려는 자발적 의사가 있더라도, 그것이 의사표시 또는 법률행위에까지 이르지 않은 이상, 이를 이유로 소유자로서의 권리행사가 제한된다고 볼 수 없다. 토지 소유자의 자발성이 인정된다는 사정만으로 정당한 보상의 필요성이 부정되는 것도 아니다. 관련 법령에 따른 보상 없이 국가 또는 지방자치단체가 사유지를 사용하고 있는 경우에는, 사법(私法) 관계에서 손해배상 또는 부당이득반환의 형태로 토지 소유자의 손해에 대한 전보가 이루어져야 한다. 토지의 제공에 따른 토지 소유자의 이익이나 편익이 인정된다고 하더라도, 이를 반환하

여야 할 부당이득의 액수 또는 배상하여야 할 손해의 범위에 반영함은 별론으로 하고, 토지 소유자의 권리행사가 신의칙 위반이나 권리남용에 해당하지 않는 이상 그러한 권리행사를 함부로 제한할 수 없다.

민법이 권리행사 자유의 한계를 정하는 조문으로 민법 제2조 제1항과 제2항을 두고 있는데도 가령 '공공의 이익'을 내세워 토지 소유자의 권리를 제한할 수 있다고 보게 되면, 법률행위의 효과가 아닌 공익상의 필요에 따라 보상 없이 소유권 행사를 제한할 수 있는 사유를 추가하는 결과가 된다. 그와 같이 공익상 필요에 따른 제한 사유를 추가하기 위해서는 민법 또는 관련 특별법의 개정이나 새로운 법률의 제정이라는 합헌적인 방법을 거쳐야 하고, 그러한 소유권 행사의 제한에 수반하여 토지 소유자에게 손해가 있다면 이를 보상하도록 입법이 이루어져야 한다.

(다) 배타적 사용·수익권 포기에 관한 기존의 판례 이론과 이를 유지하는 다수의견의 판단에는, '권리자라 하더라도 일정한 형태의 이익을 누리는 이상 공공의 이익을 위하여 다른 형태의 불이익을 감수해야 한다.'는 논리가 바탕에 있는 것으로 보인다.

그러나 이는 정의의 원리에 반한다. 법치국가에서 '공공복리를 이유로 개인의 권리를 일방적으로 희생시켜서는 안 된다.'는 것은 정의의 기본적 원리이다(이는 앞에서 본 민법 제1조의 '조리'에 해당할 수도 있다). 사유지가 도로 또는 수도시설의 매설 부지 등으로 제공됨으로써 인근 주민이나 일반 공중 모두가 그 혜택을 누리고 지방자치단체 역시 이익을 누린다고 평가할 수 있다.

그와 같이 혜택을 누리는 다수의 이해관계자 가운데 유독 토지 소유자(특정승계인을 포함한다. 이하 같다)만이 손실을 감수해야 한다고 볼 이유가 없다. 공동체의 이익 또는 공공의 이익과 관련하여 불이익을 감수해야 할 자를 굳이 상정한다면, 이는 바로

토지 소유자가 아닌 국가와 지방자치단체이다. 국가와 지방자치단체는 사회 구성원들의 다양한 이해관계 조정과 공공의 이익 증진을 위해 존재하는데, 이들을 제쳐두고 토지 소유자가 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시를 하지 않았는데도 일정한 이익을 누린다는 이유만으로 토지 소유자에게 불이익을 전가해서는 안 된다.

따라서 해당 사유지의 무상 제공을 통한 일반 공중의 이익에 대비되는 토지 소유자의 이익을 상정할 수 있는 경우라고 하더라도, 그러한 이유만으로 토지 소유자의 권리 행사 자체를 봉쇄하는 것은 법적인 근거 없이 개인의 희생을 강요하는 것으로서 법치 행정과 정의의 원리에 반한다.

(4) 판례변경의 당위성

위에서 본 바와 같이 배타적 사용·수익권 포기에 관하여 서로 모순되는 판결례가 공존하고 있고, 배타적 사용·수익권 포기 법리에는 사법적 측면뿐만 아니라 공법적 측면에서도 묵과할 수 없는 중대한 문제점이 있다. 다만 기존의 배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점을 인식하고 그 제한을 시도한 대법원 2009다228 판결 등은 '채권적으로' '그 상대방에 대하여' 포기한 것이라고 함으로써 토지 소유자의 상대방 있는 법률행위를 전제로 하고 있다. 이는 위에서 본 바와 같은 공·사법적인 문제가 있다고 볼 수 없고, '소유권 불행사의 의사표시'와도 모순되지 않는다.

결국 '채권적' 또는 '그 상대방에 대하여'와 같은 부연설명 없이 배타적 사용·수익권 포기를 이유로 토지 소유자의 사용·수익권을 포함한 권리행사를 제한하고, 토지 소유자의 특정승계인에게도 그러한 포기의 효과가 당연히 미친다고 판단한 대법원 88다카 16997 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 위에서 본 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경되어야 한다.

마. 다수의견의 문제점

위와 같은 관점에서 다수의견의 법리적 문제점을 살펴본다.

(1) 다수의견은 다수의 대법원 판결에서 선언한 배타적 사용·수익권 포기 법리가 실질적 의미의 권리 포기가 아니라 권리행사의 제한에 불과하다고 보고 있다. 그러나 이것이 형식적 의미의 권리 포기와 실질적 의미의 권리 포기를 구분해야 한다는 뜻인지 의아하다.

엄밀하게 말하자면, 토지 소유자의 사용·수익권 행사가 제한된다는 것은 법률효과이고 배타적 사용·수익권 포기는 법률요건에 해당하는 것으로서, 양자는 구별된다. 배타적 사용·수익권 포기는 사용대차 계약, 지상권·지역권 설정 등과 같이 소유권 행사가 제한되는 다양한 법률요건 중 하나로서, 배타적 사용·수익권을 포기하면 그 효과로서 소유권 행사가 제한되는 결과가 발생한다.

대법원 88다카16997 판결 등에서 선언한 배타적 사용·수익권 포기 법리는 토지 소유자의 소유권 행사가 제한되는 일정한 법률요건을 정한 것이다. 그러나 다수의견은 이를 '사용·수익권 행사가 제한되는 법리'라고 보아 법률효과에 관한 것으로 해석하면서 그 법리가 법률요건에 관한 것인지 법률효과에 관한 것인지 불분명하게 만들어 버리고 있다.

다수의견이 법률효과에 관한 법리를 선언한 것이라면 어떠한 법률요건을 갖추어야 토지 소유자의 배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 것으로 보는지 알 수 없다. 사유지가 도로 등으로 일반 공중을 위한 용도로 제공되었다는 사실만으로 토지 소유자의 배타적 사용·수익권 행사가 제한되는 결과가 발생한다고 볼 수 있는지는 의문이다. 위에서 보았듯이 토지 소유자의 사용·수익권 행사가 제한되는 원인이 다양하기 때문

에, 그중 무엇에 해당하여 사용·수익권 행사가 제한되는지 밝혀 그에 따라 법률관계를 확정해야 한다.

다수의견이 법률요건에 관한 법리를 선언한 것이라면 다음과 같은 문제가 있다. 다수의견은 표면적으로는 대법원 88다카16997 판결 등에서 선언한 배타적 사용·수익권 포기 법리를 그대로 유지하면서 부분적으로 '사용·수익권 행사의 제한'이라는 표현도 사용하고 있다. 이는 실질적으로 포기의 대상을 '권리'가 아닌 '권리행사'로 변경한 것이다. 그동안 '배타적 사용·수익권 포기'라는 용어를 써 왔지만 그 용어의 실질적인 의미는 권리 포기가 아니고 토지 소유자의 배타적 사용·수익권 '행사가 제한'되는 것이라고 함으로써 사실상 판례를 수정하고 있다. 위에서 보았듯이 일정한 권리를 포기하는 것과 권리행사가 제한되는 것은 그 내용이 전혀 다르기 때문이다. 그런데도 다수의견은 판례변경을 선언하지 않는 모순적인 태도를 취하고 있다.

(2) 다수의견은 사용·수익권 포기 또는 그 행사 제한의 법적 성질이 무엇인지, 효과가 대세적인지 여부에 관해서 분명히 밝히지 않고 있다. 소유자가 사용·수익권을 행사하지 못한다는 소유권 행사 제한의 법적 성질을 물권적이라고 보거나 그 효과를 대세적이라고 보려면 법률상 근거가 있어야 한다. 법률상 근거 없이 물권적 효력을 인정하는 것은 물권법정주의를 정한 민법 제185조와 부동산 물권변동에 관한登記주의를 정한 민법 제186조에 배치된다. 따라서 토지 소유자가 토지를 일반 공중의 이용에 무상 제공하였다는 이유로 소유권 행사가 제한된다고 할 경우, 그러한 무상 제공의 법적 성질은 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사표시, 즉 '소유권 불행사의 의사표시'로서 채권적 효력을 가지는 법률행위라고 볼 수밖에 없다. 그러나 다수의견은 이를 부정함으로써 모순에 빠져 있다.

만일 다수의견이 사용·수익권 포기 또는 그 행사 제한에 대세적 효력을 인정하지 않는 것이라면, 이는 대세적 효력과 영구적 효력을 전제로 한 대법원 88다카16997 판결 등과 양립하기 어려우므로 판례변경이 필요하다. 그런데도 다수의견은 판례변경이 불필요하다고 보고 있다. 이는 상반되는 법리를 선언한 판결례까지도 무리하게 포섭하려는 것으로서 찬성할 수 없다.

(3) 다수의견은 배타적 사용·수익권이 포기된 것으로 볼 수 있는 경우 토지 소유자가 점유자를 상대로 토지의 인도 등을 청구할 수 없다고 하면서 원고의 이 사건 우수관 철거청구를 배척한 원심의 판단을 수긍하고 있다. 그러나 이러한 판단은 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009다228, 235 판결과 정면으로 배치된다. 이 판결은 배타적 사용·수익권 포기 법리가 토지인도 청구 등과 같은 물권적 청구권의 행사를 배척하는 데 적용되어서는 안 된다는 점을 분명히 하였기 때문이다. 그런데도 다수의견은 위 판결에 대하여 판례변경이 불필요하다고 본 이유를 설명하지 않고 있다.

바. 이 사건의 해결

(1) 이 사건의 구체적 판단에 관하여 본다.

원심은 다음과 같이 판단하고 있다. 이 사건 토지 중 우수관이 매설된 이 사건 계쟁토지 부분을 소유하던 망인은 우수관 매설 당시 이 사건 계쟁토지 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기하였다. 그 상속인인 원고도 그러한 제한이 있는 토지를 상속하였다. 따라서 원고의 이 사건 우수관에 대한 철거청구와 그 부분 토지의 사용에 따른 차임 상당의 부당이득반환청구를 받아들이지 않는다.

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다. 이 사건 단독주택은 대부분 소외 2 소유의 토지 위에 건축되어 있었고, 이에 소외 2가 2011년경 원고를 포함한

망인의 상속인들에게 건물철거 등을 구하는 소를 제기하였다. 이후 측량 등이 이루어진 다음 원고를 포함한 망인의 상속인들은 이 사건 단독주택을 철거하여 현재 이 사건 토지는 나대지 상태이다.

위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 우수관 설치 당시 망인은 자신이 소유하던 이 사건 토지와 이 사건 단독주택의 편익을 위하여 적극적으로 우수관이 설치될 수 있도록 함으로써, 인근 주민과 일반 공중에 대하여 이 사건 계쟁토지 부분에 대한 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 있다. 나아가 앞에서 본 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 계쟁토지 부분에 우수관을 매설하여 관리하는 피고를 상대방으로 한 소유권 불행사의 의사표시가 있었던 것으로 볼 수도 있다.

그러나 그 후 이 사건 단독주택이 철거됨으로써 위와 같은 망인의 의사표시의 기초가 된 사정, 특히 망인의 의사에 부합하게 형성된 토지이용 상태가 변경된 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 원심으로서는 망인 또는 원고를 비롯한 망인의 상속인들과 이들의 승낙을 받은 제3자 등의 이 사건 단독주택 거주 관계, 이 사건 단독주택을 중심으로 이 사건 토지를 포함한 인접 토지들의 사용·수익 형태, 그러한 토지 사용·수익과 이 사건 우수관의 관계, 이 사건 단독주택의 철거가 이 사건 우수관을 둘러싼 토지이용 관계에 미치는 영향, 원고의 권리행사를 허용함으로써 인근 주민이나 일반 공중과 피고의 신뢰가 침해될 가능성 등 여러 사정을 심리하였어야 한다. 나아가 원심은 위와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 위와 같은 사정변경이 망인의 의사표시 당시 예견할 수 없었을 정도로 현저한 것인지, 그로 인하여 위 의사표시의 법률효과를 그대로 유지

하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는지를 판단하였어야 한다.

그런데도 원심은 위와 같은 판단을 하는 데 필요한 사정에 대한 심리를 다하지 않은 채 배타적 사용·수익권 포기 법리를 들어 원고의 이 사건 우수관 철거와 부당이득반환청구를 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 토지의 무상 제공에 관한 토지 소유자의 소유권 불행사의 의사표시, 그러한 무상 제공 부분에 대한 부당이득반환청구권과 물권적 청구권 행사에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(2) 이 사건에 나타난 여러 사정에 비추어 원고 청구를 받아들이지 않은 원심의 판단을 수긍할 수 있는지 문제된다.

기존 대법원 판례와는 다른 새로운 법리를 선언하면서 그러한 법리와 모순·저촉되는 대법원 판결을 변경하는 경우에는 판례변경의 대상이 되는 기존 판례의 법리를 적용한 원심의 판단기준 자체에 잘못이 있는 것이 된다. 이 경우에는 파기환송에 따라 환송 후 항소심에서 다시 당사자의 공격방어방법의 제출과 그에 따른 심리가 진행될 것을 전제로, 대법원이 새로운 판단기준에 따라 환송 후 항소심 법원이 어떠한 점을 추가 심리해야 하는지도 판결 내용에 포함할 수 있으므로, 그와 같이 추가 심리해야 할 사항에 사정변경에 관한 사항도 포함할 수 있다. 이와 달리 원심에서 심리되지 않은 별도의 사실관계를 인정하면서 원심에 이르기까지 쟁점이 되지 않았고 상고이유에 포함되지도 않은 '사정변경 원칙'에 관한 판단기준을 적용하여 판단하게 된다면, 당사자의 새로운 사실 주장이나 증거 제출의 기회를 봉쇄한 채 판단하는 것으로 대법원이 판단할 수 있는 범위를 벗어난다고 보아야 한다.

이것이 다수의견에 찬성할 수 없는 이유이다.

7. 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 민유숙의 다수의견에 대한 보충의견

가. 대법원 관례의 흐름과 그 기능

(1) 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 원용되었다. 이후 대법원

1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결에서 "어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반의 통행로로 사용되고 있는 경우 토지 소유자가 그 사용·수익권을 포기하였다거나 도로로서의 사용승낙을 하였다고 의사 해석을 함에 있어서는"이라고 설시함으로써 '사용·수익권의 포기'라는 표현이 사용되었고, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다7166 판결에서 "소외 회사는 자신이 조성한 아파트단지의 효용 증대를 위하여 이 사건 토지에 대한 배타적인 사용·수익권을 포기하고 스스로 이를 도로로 제공하였다고 볼 것"이라고 설시함으로써 '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 설시함으로써 '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.

(2) 대법원 판례에 의하여 확립된 '독점적·배타적인 사용·수익권의 포기'에 관한 법리는 민법 등 조문의 해석론이 아니고, 학계의 추상적인 법이론에서 도출된 법리도 아니다. 토지 소유자와 이해관계인들 사이에서 구체적인 타당성을 도출하기 위한 실무상의 필요에서 발전해 왔다.

확립된 대법원 판례가 오랫동안 토지 소유자의 권리행사 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.

토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된다고 본 대법원 판례들에 나타난 토지 소유자의 이익은 실제 사례에서 다양한 유형으로 분류할 수 있다. 그 예로서 대표적인 것은 우선 토지 소유자가 재산상 이익을 얻었다고 평가할 수 있는 경우이다. 도로예정지 지정·고시로 인하여 사용·수익이 사실상 제한되는 토지임을 알면서도 그 토지가 포함된 토지를 취득한 후 위 도로예정지 부분을 제외한 나머지 부분을 분할하여 택지로 조성한 후 매도한 경우에, 위 도로예정지 지정 부분이 택지로부터 공로에 이를 수 있는 거의 유일하거나 가장 간편한 통행로로서 이를 도로로 제공함으로써 나머지 분할된 토지들의 효용가치가 확보되는 사안에서, 토지 소유자는 위 도로예정지 지정 부분을 도로로 제공함으로써 분할된 택지를 용이하게 처분할 수 있는 이익을 얻은 것으로 볼 수 있다(대법원 1991. 9. 24. 선고 91다21206 판결, 대법원 1992. 9. 14. 선고 92다1162 판결, 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다31412 판결, 대법원 1994. 11. 25. 선고 93다54347 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다30502 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다49961 판결 등 참조). 사실상 도로로 사용되던 부분을 포함한 임야를 취득한 후 주택 및 진입로 부지의 조성을 목적으로 한 산지전용허가를 받은 후 위 토지를 분할한 사안에서, 위와 같은 분할로 인하여 위 도로 부분이 공로에

이를 수 있는 유일한 통행로가 됨으로써 토지 소유자가 분할된 토지를 다른 사람에게 처분하기 위하여는 위 사실상 도로 부분을 일반 공중의 통행로로 제공할 수밖에 없는 경우에도, 토지 소유자는 해당 토지가 도로로 기능함으로써 다른 필지 토지를 용이하게 처분할 수 있는 이익을 얻은 것으로 볼 수 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다7943 판결 참조). 또한, 도시계획상 도로예정지를 포함한 토지를 여러 명이 공동으로 매수한 후 택지로 조성하면서 토지를 분할할 때, 그중 도로예정지 부분을 매수한 사람이 그 부분 토지를 분할된 다른 대지들을 위한 통행로로 제공하는 대가로 자신의 지분을 훨씬 초과하는 토지를 분배받는 이익을 얻은 경우도 있다(대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다47681 판결 참조).

독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 결부된 토지 소유자의 이익은 재산상 이익 또는 금전으로 구체적으로 환산할 수 있는 형태의 이익에 한정되지 않는다. 먼저, 아파트 단지, 상가 등을 조성하는 사업주체는 사업 진행에 필요한 행정적인 측면의 이익을 얻을 수 있다. 이러한 사업에 대한 관련 법령상의 허가나 사용승인 등을 위해 공로로의 진·출입로를 확보할 것이 요구되는 경우에 사업주체인 토지 소유자는 스스로의 필요에 따라 그 소유의 토지 중 일부를 일반 공중의 통행에 제공하게 되는데, 그러한 경우 토지 소유자는 아파트 단지, 상가 등의 효용증대를 통한 경제적 이익뿐만 아니라, 해당 사업과 관련된 허가 또는 승인이라는 행정적인 측면의 이익을 함께 얻은 것으로 볼 수 있다(대법원 1991. 2. 8. 선고 90다7166 판결, 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다34155 판결, 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다2315 판결, 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다18787 판결 등 참조). 다음으로, 지역 발전이라는 포괄적 이익과 교통상·생활상의 편리함 증대도 토지 소유자가 누리게 되는 이익으로 평가할 수 있다. 농촌 등 지

역 주민들인 토지 소유자들이 진행 중인 새마을사업에 적극적으로 참여하거나 주민자조사업의 일환으로 기존의 비포장 농로 또는 소로를 포장·확장하는 사업을 추진하면서 자신들이 소유하는 토지를 일반 공중의 통행에 제공한 경우에, 토지사용을 승낙한 토지 소유자들이 누리게 되는 지역 발전의 이익과 교통상의 편리함이 바로 그러한 예에 해당한다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93다56060 판결, 대법원 1997. 1. 24. 선고 96다42529 판결, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다26874 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다31736 판결 등 참조). 토지 소유자가 건물 신축 과정에서 자신의 토지를 차량출입로로 제공한 경우에, 그로 인해 건축허가와 준공을 받게 되는 행정상의 이익과 함께, 토지 소유자가 자신의 가족과 함께 그 토지를 계속 위 건물의 차량출입로로 이용하면서 교통상·생활상의 편리함을 누리는 경우도 마찬가지로 볼 수 있다(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015다224711 판결 참조).

이처럼 대법원 판례가 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한을 긍정적인 사안을 살펴보면, 어떠한 형태로든 토지 소유자가 이익 또는 편익을 얻었다고 볼 수 있는 경우임을 알 수 있다. 토지 소유자로서 해당 토지의 무상 제공을 통해 얻을 수 있는 어떠한 이익도 상정하기 어려운 경우에만 대법원이 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 또는 그 행사의 제한을 긍정적인 예는 찾아보기 어렵다. 토지 소유자의 이익 또는 편익을 상정할 수 있다고 해서 당연히 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된다고 보아야 하는 것은 아니지만, 토지 소유자가 해당 토지의 무상 제공을 통해 유·무형의 이익을 얻었다는 것은 위와 같은 사용·수익권 행사가 제한된다고 볼 만한 중요한 징표가 되어 왔다고 볼 수 있다.

(3) 기존의 판례와 이에 따라 확립된 사실심의 재판 실무는 무조건 소유자의 권리행

사를 제한하여 온 것이 아니라, 당사자 쌍방의 주장·증명에 기초하여 제반 사정을 심리한 다음 소유자의 권리행사를 제한하는 것이 과연 타당한지를 판단하는 데 집중되어 있다.

재판 실무에서 문제되는 사안 중에는 토지 소유자의 권리행사를 보장할 필요가 있는 사안, 즉 토지 소유자가 공법상의 제한 등을 이유로 부득이 해당 토지 부분을 일반 공중의 이용에 제공하였다고 볼 수 있는 사안만 존재하는 것이 아니다. 오히려 토지 소유자가 건축 허가 또는 건설사업계획 승인(인가) 등을 받기 위해 스스로 지방자치단체에 해당 토지를 기부채납하기로 약정하거나 그에 관한 확약서를 제출한 사안(대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다204525 판결, 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다18787 판결 등 참조), 해당 토지가 도로로 사용되고 있음을 알면서도 이를 헐값에 매수하여 소 제기에 나서는 사안(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다79002 판결 참조) 등 다양한 유형이 있다.

이러한 다양한 사안들에서 토지 소유자에 대한 보호의 필요성과 그에 필요한 심리의 정도에는 큰 편차가 존재한다. 기존의 판례와 사실심의 재판 실무는 위와 같은 다양한 사건들에서 해당 사건이 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사를 보장할 사건과 그렇지 않은 사건 중 어느 범주에 해당하는지를 구체적으로 살펴보고 있다. 실무상 흔히 접할 수 있는 단지분할형 도로의 사안에서 소유자의 소유 기간 중에 그 소유 토지 중 일부가 도로예정지로 편입됨으로써 원소유자가 '부득이' 그 부분을 제외한 나머지 토지만을 분할매각한 것인지, 아니면 이미 도로예정지로 지정되어 있는 부분이 포함된 토지를 소유자가 취득한 후 '자발적으로' 도로예정지 부분을 제외한 나머지 부분을 분할매각한 것인지에 따라 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 포기 여부를

고려하고 있는 판례 역시, 기존의 재판 실무가 독점적·배타적인 사용·수익권 포기를 이유로 토지 소유자의 권리를 함부로 제한해 온 것이 아님을 뒷받침한다.

나. 전체 법질서 내에서의 조화

(1) 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 법리는 사적 자치의 원칙을 전제로 하는 것이다.

대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결은, '도로의 임의제공행위가 있었다고 하기 위하여는 토지 소유자가 국가나 지방자치단체에 그 토지를 기부채납하는 등의 명시적인 의사표시를 하였다거나, 자기 소유의 토지를 택지로 분할매각하면서 그 택지의 효용을 높이기 위하여 일부 토지를 스스로 도로로 제공하는 경우와 같이 적어도 제반 사정에 비추어 그 사용·수익의 포기 내지 도로로서의 사용승낙의 의사표시를 명백히 한 것으로 인정될 수 있는 경우이어야 한다'고 판시한 후, '원심이 사유지의 도로제공에 관한 당사자의 의사 해석을 잘못하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것'이라고 판단하였다. 또한 위 대법원 88다카16997 판결은 "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 있다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다34206 판결, 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다235883 판결 등 참조).

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.

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 사인간의 권리·의무의 내용과 한계를 정하는 데에도 당연히 적용된다. 대법원 판결들도 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 밝혀왔는데(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.

(2) 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 것이 그의 의사에 기초한 것이라고 볼 때에 법원으로서 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. 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 제한에 관한 법리는 구체적 사안에서 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사를 받아들일 것인지에 대한 판단기준 또는 도구개념으로서의 역할을 수행한다고 보면 충분하다. 소유자의 권리행사는 대체로 불법점유를 원인으로 한 부당이득반환청구권 또는 손해배상청구권 행사의 형태를 띠거나, 소유권에 기초한 물권적 청구권 행사의 형태를 띠게 된다. 법원은 사안별로 그러한 권리행사의 요건이 충족되었는지를 판단하면 충분하므로, 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한 그 자체의 법적 성질을 일도양단적으로 규정하는 것은 불필요할 뿐만 아니라, 오히려 구체적인 사안에 대한 합리적인 해결을 저해할 위험도 있다.

구체적으로 살펴보면, 토지 소유자의 권리행사가 불법점유를 원인으로 한 부당이득반환청구 또는 손해배상청구의 형태로 이루어지는 경우에는 토지 소유자에게 민법 제 741조가 규정하는 요건사실인 '손해' 또는 민법 제 750조가 규정하는 요건사실인 '손해'가 인정되는지를 각각 판단하면 된다. 소유자가 점유자를 상대로 불법점유를 원인으로 한 부당이득반환청구 또는 손해배상청구를 하는 사안에서 대법원은, 불법점유를 당한 부동산의 소유자로서는 불법점유자에 대하여 그로 인한 차임 상당의 부당이득반환이나 손해배상을 구할 수 있으나, 불법점유라는 사실이 발생한 바 없었다고 하더라도 부동산의 소유자에게 차임 상당 이익이나 그 밖의 소득이 발생할 여지가 없는 특별한 사정이 있는 때에는 부당이득반환이나 손해배상을 청구할 수 없다고 판시하였다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2000다57375 판결, 대법원 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결 등 참조). 그런데 앞서 본 바와 같이 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된다고 본 대법원 판례의 사안들을 살펴보면, 모두 도로로 제공된 해당 토지에 대하여 '부동산

의 소유자에게 차임 상당 이익이나 그 밖의 소득이 발생할 여지가 없는 특별한 사정'이 있었다고 평가할 여지가 있다.

물권적 청구권 행사의 경우에도 마찬가지이다. 토지 소유자가 소유물반환청구권을 행사할 때 이를 저지할 민법 제213조 단서의 '점유할 권리'가 있는지, 소유물방해제거 청구권 또는 소유물방해예방청구권을 행사할 때 민법 제214조의 '방해'가 있는지는 구체적인 사안에서 사실인정과 판단을 거쳐 비로소 확정되는 것이다. 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 것이라고 보아야 하고, 대법원 판례 역시 토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 받지 못한 경우에도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유할 권리가 생긴다고 보는 등(대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1682 판결 참조), '점유할 권리'를 비교적 넓게 인정하고 있다. 또한, 민법 제214조의 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 소유권에 대한 침해를 의미하는데(대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결 참조), 그러한 침해가 있는지는 결국 사안별로 판단할 수밖에 없다. 따라서 이에 대한 판단기준으로 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 허용되는지 여부를 살펴보면 되는 것이다.

그렇다면 대법원 판례는 소유자의 권리행사를 제한하기 위해 전통적인 민사법 이론과 조화를 이루기 어려운 독자적인 법률요건이나 법률효과를 고안해 낸 것이라기보다는, 소유자가 청구권을 행사하기 위한 요건이 충족되었는지를 살펴보기 위하여 마련한 합리적인 판단기준이라고 보는 것이 옳다.

(3) 대법원 88다카16997 판결 등이 말하는 '포기'는 사용·수익권의 '소멸'을 의미하

는 것이 아니다. 그 구체적인 이유는 아래와 같다.

먼저, 대법원 판례는 토지 소유자가 사용·수익 권능을 전면적으로 포기한 것이라고 판시한 바 없다. 오히려 대법원은, 토지 소유자가 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 경우에도, 일반 공중의 통행을 방해하지 않는 범위 내에서는 토지 소유자로서 그 토지를 처분하거나 사용·수익할 권능을 상실하지 않으므로(대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다8493 판결, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다26874 판결 참조), 그 토지를 불법점유하고 있는 제3자에 대하여 물권적 청구권을 행사하여 토지의 반환 내지 방해의 제거, 예방을 청구할 수 있다고 판단하였다(위 대법원 2001다8493 판결 참조). 또한, 위 법리를 실시하여 온 판결례들은 일부의 예외를 제외하고는 '사용·수익권 포기'라는 표현 앞에 "배타적" 또는 "독점적·배타적"이라는 수식어를 붙이고 있다. 이는, 대법원이 그동안 위 법리의 적용을 통해 토지 소유자의 배타적인 독점 사용을 제한하여 왔을 뿐, 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존할 수 있는 토지 소유자의 사용·수익 권능까지 소멸한 것으로 판단하지는 않았음을 보여준다.

다음으로, 대법원 판례는 사용·수익권의 '영구적인' 포기라고 판시한 바 없다. 오히려 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결은, 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 통행로로 무상 제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권이 제한된다고 보는 경우에도, 이는 기존의 토지이용상태가 유지되는 한 토지 소유자가 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 의미하지 않는다고 판시하였다. 따라서 그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 배타적 사용·수익권을 배제하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경된 경우에는, 토지 소유자는 그와 같은 사정변경이 있는 때부터는 다시 사용·수익 권능을 포함한 완전한 소유권에 기초한 권리를 주장할 수 있다고 판단하였다.

특정승계인이 있는 사안에서도 대법원 판례는 사용·수익권이 소멸한 것이 아님을 전제로 하고 있다. 만약 대법원이 '포기'를 사용·수익권의 소멸로 보아 온 것이라면, '특정승계인은 사용·수익권이 이미 소멸한 토지의 소유권을 승계취득하였으므로, 그가 행사할 수 있는 사용·수익권 자체가 부존재한다'는 논리로 판단하였으면 족할 것인데도, 대법원은 앞에서 본 바와 같이 '사용·수익의 제한'에 대한 특정승계인의 용인 또는 인식에 관한 판단을 덧붙이고 있다. 이처럼 대법원이 특정승계인 본인의 의사에 관한 해석을 통하여 그의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사를 제한해 온 것은, '포기'가 사용·수익권의 소멸이 아니라고 보았기 때문이다. 다수의 판결례와 설시를 다소 달리하기는 하지만, '토지의 원소유자가 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사할 수 없다고 하더라도 그 토지의 경매절차에서의 매수인에게 특별한 사정이 없어도 당연히 그리고 무조건 지방자치단체나 통행인의 무상 점유나 무상 사용을 수인하여야 할 의무가 승계된다고 할 수는 없다'고 판단한 대법원 1991. 4. 9. 선고 90다카 26317 판결과, '토지의 원소유자가 토지의 일부를 통행로로 무상 제공함으로써 이에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하고 이에 따라 인근 주민들이 그 토지를 무상으로 통행하게 된 이후에 그 토지의 소유권을 특정승계한 자가 그와 같은 사용·수익의 제한이라는 부담이 있다는 사정을 알고 이를 취득한 경우라면, 줄곧 통행로 부

분을 무상으로 통행해 온 주위 대지의 소유자에 대하여 단지 통행로의 소유자라는 이유만으로 통행료를 청구하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다'고 판단한 대법원 2000. 8. 22. 선고 99다63503 판결 역시 이러한 입장에서 서 있는 것이다.

(4) 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 대법원 판례는 이미 살펴본 것처럼 오랜 기간에 걸쳐 우리나라의 사회·경제적 여건의 변화에 대응하여 발전하여 온 법리이므로 그 발전 과정을 통일적으로 살펴볼 필요가 있다. 대법원은 2009. 3. 26. 선고 2009다228, 235 판결에서 '소유자가 채권적으로 그 상대방에 대하여 사용·수익의 권능을 포기하거나 사용·수익권의 행사에 제한을 설정하는 것 외에, 소유자가 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익의 권능만을 대세적으로 포기하는 것은 허용되지 않는다'고 판단한 이후 여러 사건에서 같은 취지의 판결들을 선고한 바 있다.

특히 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결은 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한된 이후에도 사정변경의 원칙에 따라 다시 이를 제한 없이 행사할 수 있다는 법리를 선언하기까지 하였다. 이는 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관하여 양립할 수 없는 두 갈래의 판례가 병존해 온 것이 아니라, 대법원 88다카16997 판결 등과 대법원 2009다228 판결 등이 그 표현을 달리하고 있으나 토지 소유자가 독점적·배타적으로 사용·수익권을 행사하는 데 제한이 있을 수 있음을 인정하고 있다는 점에서 공통된 것이고, 사실심에서도 대법원 판례의 취지를 충분히 이해하여 재판 실무를 운용하여 왔다고 평가할 수 있다.

다. 확립된 판례 법리를 대체할 수 있는 대안의 부재

확립된 대법원 판례를 폐기할 경우에는 그로 인해 발생하는 규율의 공백에 대하여

기존의 판례를 대체하여 법률관계를 분명하게 규율할 수 있는 법리가 제시되어야 한다. 반대의견이 과연 이러한 대안이 될 수 있는지 살펴본다.

(1) 먼저, 신의칙이나 권리남용의 법리 적용에 관하여 본다.

일반 공중의 토지의 무상 이용관계를 둘러싼 당사자들의 이해관계 형량과 심리는 여러 판단요소에 대하여 엄밀한 판단기준에 따른 고려가 필요하고, 앞으로도 반복될 다양한 형태의 분쟁에 대하여 지속적으로 그러한 고려와 심리가 필요할 것이다. 그러므로 이에 관한 법리로서 나름의 역할과 기능을 수행하여 온 기존의 판례를 폐기하게 되면, 이른바 일반 조항으로의 도피 현상이 초래되고 법률관계의 불확실성이 가중될 우려가 있다.

(2) 다음으로 대법관 김재형의 반대의견이 기존의 판례를 대체할 만한 새로운 이론으로 제시하는 '소유권 불행사의 의사표시'라고 하는 '상대방 있는 채권적 의사표시'에 관하여 본다. 위 반대의견은 민법상의 사용대차에 관한 조문을 열거하면서도, 사유지의 무상 사용자가 특정되지 않아 사용대차 계약이 성립하기 어렵거나, 토지 소유자와 특정 상대방 사이에 사용대차 계약이 성립할 여지가 있더라도 당사자 이외에 토지를 무상으로 이용하는 자의 법적 지위를 사용대차에 관한 민법 규정으로 규율하기 어려운 경우에는, 토지 소유자가 그 토지를 무상으로 이용하는 자에 대한 관계에서 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 본다는 것이다. 그리고 이러한 소유권 불행사의 의사표시는 상대방 있는 의사표시로서 사용대차와 유사한 채권적인 효력을 가지는 법률행위이고, 인근 주민이나 일반 공중과 같은 불특정 다수인, 국가나 지방자치단체도 그 상대방에 해당할 수 있다고 한다. 또한, 이러한 소유권 불행사의 의사표시는 명시적으로 이루어질 필요가 없고 소유자의 행동에서 추정되거나 의사표시의 해석을

통해서 인정될 수도 있으며, 그 법률효과로 토지 소유권이 위와 같은 의사표시의 상대방에 대한 관계에서만 제한될 뿐이라고 한다.

그러나 위 반대의견의 설시만으로는 소유권 불행사의 의사표시에 따라 형성되는 '사용대차와 유사한 채권관계'라는 생소한 법률관계가 과연 무엇인지 불분명하고 불확정적인 상태로 남아 있게 된다는 단점이 있다.

먼저 구체적인 사안에서 위와 같은 의사표시의 존부 자체를 확정하기 어렵다. 토지 소유자가 자신의 토지를 타인에게 무상으로 사용할 수 있도록 하는 모습은 단순한 방치 또는 소극적인 용인에서부터 명시적인 사용 허락에 이르기까지 다양하게 나타나고, 사유지를 일반 공중이 무상으로 사용하게 되는 것도 단기간에 이루어지는 경우뿐만 아니라 장기간에 걸쳐 서서히 이루어지는 경우 등 여러 경우가 있을 수 있다. 이때 과연 어느 시점에서의 토지 소유자의 어떠한 행위와 토지이용상태를 포착하여 의사표시 또는 법률행위가 존재한다고 볼 것인지 확정하기 어렵고, 이는 사실심의 과도한 심리 부담으로 이어질 염려가 있다.

다음으로 위와 같은 의사표시의 상대방을 확정하는 것이 곤란하다. 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한이 문제되는 사례는 대부분 위와 같은 사용·수익권 행사의 제한으로 이익을 받는 주체(인근 주민이나 도로 사용자 등)와 해당 소송의 피고(지방자치단체 등)가 일치하지 않는 것이 특징인데, 그러한 경우에 소유권 불행사의 의사표시의 상대방을 확정하는 기준이 무엇인지 불분명하다. 또한, 위 반대의견은 불특정 다수인 역시 위와 같은 의사표시의 상대방으로 상정하고 있는데, 의사표시가 이루어진 시점 이후에 해당 토지를 사용하기 시작한 사람들(특정 시점 이후에 인접 토지에 거주하기 시작하면서 해당 토지를 통행로로 사용하게 된 경우가 그 예에 해당한다) 역시

그러한 의사표시의 상대방으로 보겠다는 것인지도 불분명하다. 위와 같은 의사표시 자체가 장기간에 걸쳐 계속적, 반복적으로 이루어진다는 것인지에 대해서도 설명하고 있지 않다. 예컨대, 도로로 사용되는 사유지의 토지 소유자는 그 지상을 통행하는 불특정 다수의 사람들을 상대로 통행 시마다 매번 새롭게 의사표시를 한 것으로 보는지에 대해 아무런 설명이 없다.

나아가 위와 같은 의사표시의 상대방과 법률효과를 받는 상대방이 일치한다고 보기 어려운 부자연스러운 경우도 있을 수 있다. 소유권 불행사의 의사표시가 이루어진 시점을 확정할 경우 그 이후에 해당 사유지를 이용하는 사람들에게도 위 의사표시의 법률효과가 미친다는 것인지 불분명하고, 만약 이를 긍정한다면 그 근거는 무엇인지 의문이며, 이를 부정한다면 과연 사유지의 무상 이용 관계를 합리적으로 규율하는 법리로 기능할 수 있을지 의문이다. 또한, 토지 소유자가 지방자치단체에 대하여 소유권 불행사의 의사표시를 하고 그 결과 토지가 인근 주민이나 일반 공중의 이용에 제공된 경우 그 의사표시의 상대방이 아닌 인근 주민이나 일반 공중 등 불특정 다수인에게 위와 같은 의사표시의 법률효과가 미친다고 볼 근거가 무엇인지 알기 어렵다.

위 반대의견은 사용대차에 관한 민법의 조문이 유추적용되는 범위는 어떠한지에 대해서도 설명하지 않고 있다.

결국 위 반대의견은 판례변경 후의 법률관계를 어떻게 규율할 것인지에 관하여 명확한 법리를 제시하지 못하고 있다. 위 반대의견에 따를 때 기존 대법원 판례에 따르는 경우에 비하여 당사자 사이의 이해관계에 대한 보다 합리적인 형량이 가능해진다고 단정할 수도 없다. 대법원은 법령해석의 통일이라는 역할과 기능을 담당하는 최고법원으로서 사실심 재판에 적용될 구체적이고 명확한 법리를 제시하여야 하므로, 이런 점에

서 반대의견의 법리에 선뜻 찬성하기 어렵다.

라. 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한에 관한 법리의 적용 시 고려하여야 할 사항

(1) 먼저, 토지 소유자가 국가, 지방자치단체를 상대로 불법점유를 원인으로 한 부당이득반환청구권 또는 손해배상청구권을 행사하는 대부분의 사안에 관하여 본다.

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.

위에서 살펴본 대법원 판례는 경제개발시대에 토지 소유권에 대한 공적 부담에 관한 제도가 정립되어 있지 않던 시대를 배경으로 형성되기 시작하였는데, 이후 여러 형태의 공익 목적의 사업에 관하여 규율하는 행정법상의 각종 제도가 정비되기에 이르렀다.

그러므로 이제는, 국가나 지방자치단체가 사유지를 공익 목적을 위하여 사용하기 위해서는 법령에 따른 수용 또는 사용 절차를 거치고, 그로 인하여 발생한 손실에 대하여 보상을 하는 것이 관련 법령이 예정하고 있는 원칙적인 모습이다. 관련 법령에 따라 도로로서의 공용개시행위가 있어 도로법 등의 적용을 받게 되는 경우에도, 국가나 지방자치단체가 관련 법령이 정하는 수용 등의 절차에 따라 적법한 손실보상을 거쳐 소유권을 이전받은 것이 아니라 그러한 절차를 거치지 않은 채 사유지를 도로 부지로 점유하고 있다면, 특별한 사정이 없는 한 토지 소유자에 대한 관계에서는 법률상 원인 없이 이를 점유·사용하는 것으로 볼 수 있고, 도로 부지에서의 사권의 행사를 제한하는 도로법 제4조가 토지 소유자의 부당이득반환청구권 행사에 장애가 될 수 없다는 판

례의 입장(대법원 1979. 10. 10. 선고 77다508 판결, 대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카 205 판결, 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다19804 판결 등 참조)도 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

다만 국가나 지방자치단체가 관련 법령에 따른 수용 등 보상 절차를 거치지 않고 일반 공중의 이용을 위하여 해당 토지를 점유·사용하는 경우가 상존하는 현실에서, 민사법 관계에서 해당 토지를 둘러싼 관계자들 사이의 이해관계를 적절히 조정하는 것이 여전히 중요한 문제로 남아 있음은 물론이다.

(2) 다음으로, 원소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사가 제한되는 토지의 소유권을 취득한 특정승계인의 사용·수익권 행사의 제한에 관하여 본다.

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 설시를 보완하여 특정승계인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 허용할 특별한 사정이 있는지 여부에 관한 판단기준을 제시하고 있다. 향후 실무에서는 이러한 새로운 판단기준을 충분히 고려하여 특정승계인의 권리행사 제한 여부를 신중히 판단하여야 할 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀둔다.

8. 대법관 김재형의 반대의견에 대한 보충의견

다수의견에는 기존 판례를 유지하는 실질적 이유가 나타나 있지 않은 반면, 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 비로소 이를 알 수 있다. 이와 관련하여 반대의견을 간략하게 보충하고자 한다.

가. 법적 근거 문제

(1) 법적 근거 없이 소유자의 권리를 제한할 수 있는가?

이 점에 대하여 답변하지 못하는 것이 다수의견이 지지하는 배타적 사용·수익권 포기 이론의 문제점이다. 이에 대하여 다수의견에 대한 보충의견은 배타적 사용·수익권 포기가 대법원 판례에 의해 고안된 소유자의 권리 제한에 관한 독자적인 법률요건이나 법률효과가 아니라, 사안별로 소유자가 행사하는 구체적인 청구권의 요건사실이 충족되었는지를 살펴보기 위한 판단기준 또는 도구개념으로서 역할을 수행할 뿐이라고 한다.

그러나 이것은 반대의견의 비판, 즉 기존 판례가 법적 근거 없이 소유권을 제한한다는 비판에 대한 적절한 반박이 될 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

기존 판례는 배타적 사용·수익권 포기가 부당이득반환의무의 성립을 부정하는 '특별한 사정'에 해당한다고 보고 있다. 이것은 배타적 사용·수익권 포기를 소유자의 권리행사를 제한하는 독자적인 법률요건으로 인식하고 있음을 드러낸다. 배타적 사용·수익권 포기 이론이 토지 소유자의 구체적인 권리행사를 받아들일 것인지에 대한 판단기준 또는 도구개념으로서의 역할을 수행한다고 보더라도, 이것 역시 권리의 '제한'에 관한 것인 이상, 그러한 판단기준이 이른바 '법리'로서 정당성을 인정받으려면 법적 근거가 있어야 한다. 이는 국민의 기본권 제한을 법률로써만 할 수 있다고 선언한 헌법

제37조 제2항에 비추어 보더라도 명백하다.

(2) 다수의견에 대한 보충의견은 기존 판례 이론이 토지 소유자와 이해관계인들 사이에서 구체적 타당성을 도출하기 위한 실무상 필요에서 발전해 왔고, 여전히 그 필요가 있다고 한다. 이것이 기존 판례 이론을 그대로 유지하는 다수의견의 실질적 이유라고 할 수 있다.

그러나 기존 판례 이론이 토지 소유자와 이해관계인들 사이의 구체적 타당성을 도출하는 데 반드시 필요한 것인지는 의문이다. 또한 위와 같은 실무상 필요가 아무리 크다고 하더라도, 법률상 보장된 권리를 제한하는 법리로서 정당화되기 위해서는 이를 뒷받침하는 법적 근거가 있어야 한다. 규율의 필요성만으로 곧바로 규범이 도출되는 것은 아니다. 오래 지속되어 온 판례라고 하더라도 법적 근거가 없고 정당성도 갖추지 못하며 그 결과도 불합리하다면 더 이상 유지되어서는 안 된다.

(3) 반대의견에서 제시한 '소유권 불행사의 의사표시' 또한 법률에 직접적인 근거가 없다고 반문할 수 있다. 그러나 이것은 사적 자치의 영역에서 법률행위 자유의 원칙에 따라 그러한 의사표시가 있다면, 나아가 그 의사표시가 채권적 효력을 가지는 한도에서 그 의사표시의 구속력에 따라 소유자의 권리행사가 제한된다는 것이다. 이는 물권 법정주의와 공시의 원칙의 제한이 있음에도 불구하고, 법적 근거 없이 배타적 사용·수익권이 '포기'되었다거나 그러한 의사표시가 있다고 봄으로써 그 대세적 효력을 인정하거나 특정승계인에게도 그 효력이 미친다고 보는 기존의 판례 이론과는 근본적으로 다르다.

다수의견에 대한 보충의견은 배타적 사용·수익권 포기에 관한 기존 판례가 사적 자치의 원칙에 기초하여 여러 사정을 종합하여 법률행위를 해석하는 입장의 연장선에 있

다고 한다. 그러나 사적 자치의 원칙이나 이에 기초한 법률행위 해석으로는 특정승계인에 관한 기존 판례를 설명할 수 없고, 배타적 사용·수익권 포기에 대세적 효력이나 물권적 효력이 있다는 점도 설명할 수 없다.

나. 배타적 사용·수익권 포기 이론과 부당이득 등에 관한 일반 법리의 관계

(1) 부당이득반환청구권과의 관계

다수의견과 그 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 소유자의 부당이득반환청구권 행사를 배척할 수 있다는 것이 된다. 기존 판례는 배타적 사용·수익권 포기가 있는 경우 토지 소유자에게 일반 공중의 토지 이용으로 인한 '손해'가 없다는 이유로 부당이득의 성립을 부정한다. 따라서 다수의견과 그 보충의견은 위와 같은 토지 소유자의 이익이나 편익과 함께 중대한 공공의 이익이 인정되는 경우에는 부당이득의 성립요건 중 '손해'를 부정하는 결과가 될 수 있다.

그러나 위와 같은 이론은 민법상 부당이득 법리에 어긋난다.

민법상 부당이득 제도는 '이익의 반환'을 목적으로 하는 제도로서 '손해의 배상'이라는 불법행위 제도와는 그 취지와 목적을 달리한다. 부당이득반환청구권자에게 이익이 생겼든지 상대방의 이익과 권리자의 손해를 비교형량을 한다든지 하는 것은 우리 민법이 예정하고 있는 부당이득의 성립요건이 아니다. 토지의 무상 제공을 통해서 소유자에게 유형·무형 이익 또는 편익이 생긴다고 하더라도 그것이 부당이득 성립을 부정하는 소극적 요건이 될 수 없다. 이것은 중대한 공공의 이익이 생기는 경우에도 마찬가지이다.

구체적으로 살펴보면, 먼저 토지 소유자가 이익 또는 편익을 얻었다는 것을 곧바로 소유자의 손해를 부정하는 근거로 삼을 수 없다. 민법상 부당이득 성립 여부가 문제되는 다수의 사안에서, 배타적 사용·수익권 포기 이론이 적용된 사안을 제외하고는, 권리자에게 이익이나 편익이 있다는 이유로 권리자의 손해를 부정하는 논리를 찾아보기 어렵다. 권리자에게 일정한 이익이 되는 사정이 있더라도 그로 말미암아 권리자에게 손해가 생길 수도 있다. 심지어 그 손해가 이익보다 더 클 수도 있고, 권리자가 얻는 이익에 비하여 상대방이 얻는 이익이 현저히 큰 경우도 있을 수 있다. 가령 지방자치단체가 개인의 토지 일부에 도로를 개설한 경우에 그 개인에게도 이익이 되지만, 지방자치단체에게도 이익이 생긴다. 대법관 조희대의 반대의견에서 지적하고 있듯이 이러한 많은 사례에서 대법원은 부당이득의 성립을 긍정하고 있다.

상대방의 이익 또는 공공의 이익이 우선한다는 이유로 법원이 권리자의 손해 자체를 부정하는 것 또한 우리 민법상 받아들일 수 없다. 이러한 사정을 고려하여 권리자의 권리행사 자체를 막는 것은 민법 제2조에 따라 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 경우에만 가능하다. 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 어렵다.

(2) 물권적 청구권과의 관계

다수의견에 대한 보충의견은 대법원 판례가 민법 제213조 단서의 '점유할 권리'를 비교적 넓게 인정하는 경향을 보인다는 점 등을 이유로, 이 사건과 같이 토지 소유자가 물권적 청구권을 행사하는 사안에서도 이를 저지할 수 있는 도구 또는 판단기준으로 배타적 사용·수익권 포기 이론을 적용할 수 있다고 한다.

그러나 이는 타당하지 않다.

소유물반환청구권에 관하여 민법 제213조는 "소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다."라고 정하고 있다. 민법 제213조 단서의 '점유할 권리'는 엄격한 의미의 권리만을 가리키는 것이 아니고 그 점유의 보유가 정당화되는 법적 지위를 모두 포함하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 여기에서 말하는 '법적 지위'는 일정한 법률요건이 존재함을 전제로 한다. 가령 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1682 판결 역시 소유권이 여전히 매도인에게 남아 있더라도 매수인에게 '매매계약의 효력'으로서 점유할 권리가 생긴다고 본 것이므로, 당사자 사이에 구속력을 발생시키는 법률요건을 그 전제로 하고 있다. 이와 달리 토지가 인근 주민에게 제공되고 있다는 사정으로 토지 소유자에게 일정한 이익이 있다거나 중대한 공공의 이익이 있다고 해서 토지 점유자에게 소유자의 권리행사를 저지할 수 있는 법적 지위가 생기는 것은 아니다.

다. 비교형량 논리의 문제점

(1) 다수의견에 대한 보충의견은 '지역 발전이라는 포괄적 이익'과 '교통상·생활상의 편리함 증대' 또한 토지 소유자가 누리게 되는 이익으로 예시하고 있다. 위와 같은 이익은 지역 공동체의 이익 또는 공공의 이익에 해당한다. 토지 소유자는 그러한 공동체의 일원, 좁게는 하나의 건물을 공동으로 사용하는 사람의 일원으로서 다른 구성원들과 함께 이익을 누리는 데 불과하다. 이러한 이익을 토지 소유자만의 이익이라고 평가할 수 없다. 뿐만 아니라, 토지 소유자가 누리는 이익이 있더라도 그것이 토지 소유자의 권리(부당이득반환청구권 등)를 부정하거나 국가나 지방자치단체의 책임을 부정할 근거가 될 수는 없다.

(2) 다수의견과 그 보충의견의 판단에는, 피고가 국가 또는 지방자치단체인 사안에서 국가나 지방자치단체의 도로 포장 등이 오로지 일반 공중의 통행만을 위한 것으로서 일반 공중의 이익과 구별되는 국가나 지방자치단체의 독자적인 '이익'이라는 개념을 상정하기 어려우므로, 토지 소유자는 국가나 지방자치단체를 상대로 부당이득의 반환을 구할 수 없다는 생각이 자리잡고 있는지도 모른다.

그러나 피고가 국가 또는 지방자치단체인 경우 국가나 지방자치단체의 도로 포장 등 공사의 주된 목적이 공공의 이익을 위한 것이라고 하더라도, 일반 공중의 이익과 구별되는 국가나 지방자치단체의 독자적인 '이익'을 부정할 수 없다(다만 여기서 말하는 '이익'은 반환의 대상이 되는 '이득' 그 자체가 아니라, 토지 소유자의 이익이나 공공의 이익과 마찬가지로 비교형량의 대상이 되는 이익을 말한다).

지방자치단체가 사실상 지배주체로서 토지를 점유하는 사안에서 지방자치단체는 '법령이 정한 절차를 밟지 않고도 그러한 절차를 밟은 것과 마찬가지로의 목적을 달성하는 효과'를 누리고 있고, 바로 이것을 지방자치단체의 '이익'으로 볼 수 있다.

지방자치단체의 부당이득반환의무를 긍정한 대법원 판례 중에서도 같은 취지로 판단한 것을 볼 수 있다. 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다5528 판결은, "피고 시가 1984년 시행한 위 도시환경정비사업은 그 사업주체, 목적 및 규모 등에 비추어 도시계획법 소정의 절차를 밟지 않았을 뿐 사실상 도시계획법에 의한 도시계획사업과 다름없는 것임을 알 수 있으므로, 결국 피고로서는 위 도로정비공사로 도시계획법 등에 의한 수용 또는 사용절차에 의하지 아니하고서도 그 도시계획의 목적을 달하는 효과를 얻고 있다고 보여진다."라고 판단하였다. 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다13490 판결은, "피고 군(칠곡군)이 위 도로를 관리하는 것이 반드시 경상북도를 위해서만 하는 것이라고 볼

수는 없고 피고 군에게도 이익이 되는 것이라고 보아야 할 것이므로 관리청인 피고 군에게 법률상 원인이 없는 이득이 생길 수 있다."라고 판단하였다.

한편 지방자치단체는 해당 토지의 점유(지배)를 통하여 실질적으로 주민을 위한 사업을 수행한다고 볼 수 있고 실제로 그에 따른 요금을 징수하는 경우도 있는데, 이 또한 지방자치단체의 '이익'으로 파악할 수 있다. 가령 대법원 2003. 9. 2. 선고 2001다 26705 판결은, 피고(양주군)가 해당 토지 지하에 설치된 수도시설을 관리하면서 그 수도시설을 이용하여 주민들에게 식수를 공급함과 동시에 하수를 처리하게 하고, 주민들로부터 상·하수도 요금을 징수하고 있는 점을 피고의 부당이득반환의무를 긍정하는 요소로 고려하였다.

라. 법리 전환의 필요성

다수의견에 대한 보충의견은 반대의견이 제시한 '소유권 불행사의 의사표시'에 대하여, 소유권 불행사의 의사표시에 따라 형성되는 '사용대차와 유사한 채권관계'라는 법률관계가 불분명하고 불확정적인 상태로 남아 있게 되고, 반대의견의 이론에 따르는 것이 기존 판례에 따르는 경우에 비하여 당사자 사이의 이해관계에 대해 보다 합리적인 형량이 가능해진다고 단정할 수 없다고 한다.

그러나 반대의견에 위와 같은 문제가 있다고 볼 수 없다. 새로운 법리에 따른 법률관계가 일견 불명확한 것처럼 보이는 것은, 반대의견이 그 의사표시의 상대방에 '불특정 다수인'이 포함될 수 있다고 보았기 때문이다. 그런데 법률행위에 관한 기존 해석론에서도 '상대방 있는 의사표시'에 상대방이 반드시 특정인이어야 하는 것은 아니고 불특정 다수인을 상대방으로 하는 경우도 허용된다. 또한 토지 소유자가 국가나 지방자치단체에 소유권 불행사의 의사표시를 했다고 볼 수 있는 경우에는 일반 공중이 의사

표시의 상대방이 되지 않더라도 토지의 이용관계를 설명하는 데 문제가 없다.

다수의견에 대한 보충의견이 반대의견의 문제점을 지적하며 상정한 사안들 대부분은 이 사건의 해결과 무관한 것들이다. 원심판결 이유와 상고이유를 종합하여 도출되는 이 사건의 쟁점은 배타적 사용·수익권 포기에 관한 기존 판례를 적용하여 원고의 이 사건 우수관 철거와 부당이득반환청구를 배척할 수 있는지 여부이다. 이 쟁점을 판단하기 위해 필요한 한도에서 이에 관한 기존 판례를 재검토하고 이를 대체하는 새로운 법리를 제시하면 충분하다. 이 사건 이전에 기존 판례를 변경한 대법원 전원합의체 판결들을 살펴보더라도, 기존 판례의 문제점을 지적하고 일정한 대안을 제시하였을 뿐, 판례변경 후 상정 가능한 모든 법률관계에 관하여 일일이 명확한 설명을 하지는 않았다. 기존 판례 이론을 폐기하는 경우 일정 영역에서 규율의 공백이 생기는 것처럼 보일 수도 있지만, 이는 사건의 구체적이고 합리적인 해결을 위해 대법원이 앞으로 새로운 법리를 구체화해 나가거나 법령에 근거를 둔 다른 법리, 가령 의사표시 이론이나 사용대차 등에 관한 민법 규정의 적용 또는 유추적용을 통하여 해결하면 충분하다.

대법원이 오랜 시간에 걸쳐 유지해 온 판례 이론도 그것이 법률상 근거를 찾기 어렵고 법체계상 수용하기 어려운 모순을 안고 있어 실무계와 학계로부터 많은 비판을 받아왔다면, 전체 법체계에서 모순 없이 수용할 수 있는 법리와 설득력 있는 법적 논거를 제시하고 선언하는 것이 대법원이 취할 올바른 자세이다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장 대법원장 김명수

 대법관 조희대

 대법관 권순일

 대법관 박상욱

 대법관 이기택

주 심 대법관 김재형

 대법관 조재연 전보로 인하여 서명날인 불능

 재판장
 대법원장

 대법관 박정화

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희