

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023다295442 부당이득금  
원고, 상고인 주식회사 코리아누수설비  
소송대리인 법무법인(유한) 국제  
담당변호사 최진갑  
피고, 피상고인 거제시  
소송대리인 법무법인 모든  
담당변호사 권영준 외 3인  
원 심 판 결 부산지방법원 2023. 10. 13. 선고 2022나57947 판결  
판 결 선 고 2024. 2. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 소외 1은 1914. 3. 10. 경남 거제군 일운면 고현리 235 답 214평(이하 개별토지에서 면단위 이상 행정구역은 생략하여 특정한다) 및 고현리 236 전 333평을 사정받았다. 고현리 235 답 214평은 1931. 9. 17. 고현리 235-1 답 5평, 고현리 235-2 답 106평, 고현리 235-3 답 58평, 고현리 235-4 답 45평으로 분할되었다. 고현리 236 전 333평도 1931. 9. 17. 고현리 236-1 전 283평, 고현리 236-2 전 50평으로 분할되었다. 고현리 235-3 답 58평과 고현리 236-2 전 50평(이하 '이 사건 토지들'이라 한다)은 1931. 9. 17. 이렇게 분할됨과 동시에 지목이 '도로'로 변경되었다.

나. 이 사건 토지들은 위와 같은 지목 변경 시점 무렵부터 도로로 사용되다가 1979. 6. 5. 도시계획시설(도로: 중로 1-5호선) 구간에 포함되었다.

다. 소외 1의 상속인들은 2021. 1. 19. 이 사건 토지들에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다. 원고는 2021. 4. 5. 위 상속인들 중 일부로부터 이 사건 토지들 중 이들의 지분을 매수하고 2021. 4. 7. 소유권이전등기를 마쳤다.

라. 원고는 위와 같이 지분을 매수한 상속인들로부터 이들이 피고가 이 사건 토지들을 도로부지로 사용함에 따라 피고에 대하여 가지는 부당이득반환채권을 양수하였다면서, 2021. 4. 5. 피고를 상대로 부당이득반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

마. 2021. 4. 21.까지 이 사건 토지들의 소유자들은 피고가 이 사건 토지들을 도로로 사용하는 것에 대하여 이의를 제기하지 않았다.

## 2. 원심의 판단

원심은 소외 1과 상속인들이 이 사건 토지들에 대한 독점적·배타적 사용·수익권을 포기하였으므로 원고가 부당이득반환을 구할 수 없다고 판단하였다. 독점적·배타적

사용·수익권을 포기하였다고 본 주요한 이유는 다음과 같다.

가. 이 사건 토지들은 1931년경부터 약 90년 간 도로로 사용되었고 다른 용도로는 사용하기 어렵다. 그동안 종전 소유자들은 이에 이의를 제기하거나 이 사건 토지들에 대한 권리를 행사하지 않았다. 이는 종전 소유자들이 이 사건 토지들을 도로로 제공하였거나 적어도 이 사건 토지들이 점유·사용되는 것을 묵시적으로 용인하여 왔음을 의미한다.

나. 원고는 사실상 사용·수익이 불가능함에도 2021. 4. 7. 위 지분을 매수하고 2021. 4. 15. 곧바로 이 사건 소를 제기하였다. 이러한 매수 및 소 제기는 지방자치단체인 피고를 상대로 수익을 올리려는 목적이었을 가능성을 배제할 수 없다. 따라서 원고의 사용·수익권보다 이 사건 토지들을 도로로 사용하면서 얻는 공익의 보호 필요성이 더 크다.

### 3. 대법원의 판단

그러나 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

가. 어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 사용되고 있는 경우, 토지 소유자가 스스로 그 토지를 도로로 제공하거나 그러한 사용 상태를 용인함으로써 인근 주민이나 일반 공중이 이를 무상으로 통행하고 있는 상황에서, 도로의 점유자를 상대로 한 부당이득반환청구나 손해배상청구, 토지인도청구 등 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한할 수 있는 경우가 있다.

이와 같이 토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중 등의 통행로로 무상 제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어

그에 대한 독점적·배타적 사용·수익권의 행사가 제한되는 것은 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 기존 이용상태가 유지되는 한 토지 소유자가 이를 수인해야 함에 따른 결과일 뿐이고 그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는 것은 아니다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다211575 판결 등 참조). 또한 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 때에는 신의성실의 원칙으로부터 파생되는 사정변경의 원칙에 따라 소유자가 다시 독점적·배타적 사용·수익권을 행사할 수 있다(위 대법원 2012다54133 판결, 대법원 2019. 1. 24. 2016다264556 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 신의성실의 원칙과 독점적·배타적 사용·수익권 제한 법리의 관련성에 비추어 보면, 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는지를 판단할 때는 토지 소유자의 의사를 비롯하여 다음에 보는 여러 사정을 종합적으로 고찰할 때 토지 소유자나 그 승계인이 권리를 행사하는 것이 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 허용될 수 있는지가 고려되어야 한다.

즉 독점적·배타적 사용·수익권을 행사하는 것을 제한할 수 있는지 여부는 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공하거나 그 사용을 용인하게 된 경위와 그 규모, 토지 제공 당시 소유자의 의사, 토지 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무와 정도, 해당 토지의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경, 소유자가 보인 행태의 모순 정도 및 이로 인한 일반 공중의 신뢰 내지 편익 침해 정도, 소유자가 행사하는 권리의 내용이나 행사 방식 및 권리 보호의 필요성 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 하여 판단하여야 한다. 또한 독점적·배타적 사용·수익

권 행사를 제한하는 법리는 토지 소유자의 권리행사를 제한하는 예외적인 법리이므로, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한에 관한 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항 및 법치행정의 취지에 비추어 신중하고 엄격하게 적용되어야 하고, 독점적·배타적 사용·수익권 행사의 제한을 주장하는 사람이 그 제한 요건을 충족하였다는 점에 대한 증명책임을 진다(위 대법원 2016다264556 전원합의체 판결, 대법원 2019. 4. 11. 선고 2017다249073, 2017다249080 판결 등의 취지 참조).

나. 앞서 본 사실관계와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 토지들의 종전 소유자들 및 그 일부 승계인인 원고의 이 사건 토지들에 대한 독점적·배타적 사용수익권 행사가 제한된다고 보기 어렵다.

1) 소외 1은 1914. 3. 10. 이 사건 토지들의 모토지들을 사정받았고 1931. 9. 17. 분할되기까지 17년이 넘는 기간 동안 이를 소유하여 왔다. 지목이 답 또는 전인 것으로 보아 소외 1은 이를 농경지로 사용하였던 것으로 보인다.

2) 이 사건 토지들은 1931. 9. 17. 분할될 무렵부터 도로로 사용되었다. 그런데 토지 분할이 소외 1의 신청에 의한 것인지, 조선총독부 등 관할관청이 적법한 취득절차를 밟았는지 또는 도로 사용에 대한 소외 1의 동의가 있었는지 등 이 사건 토지들이 분할되고 도로로 제공된 구체적인 과정이나 경위에 대한 자료가 없다.

다만 1931. 6. 23. 작성된 '일운면 측량원도 제9호'에는 이 사건 토지들의 모토지 및 인근 여러 필지의 토지 위에 일직선의 도로부지를 붉은 선으로 표시하고 그에 맞게 위 각 토지들을 분할하며 도로부지에 포함된 토지는 지목을 도로로 변경하는 내용이 있다. 그로부터 몇 달 지나지 않은 1931. 9. 17. 이 사건 토지들의 모토지들이 위 측량원도와 같은 내용으로 분할되었다. 그렇다면 당시 이 사건 토지들 등 도로부지에 포함된

토지들이 조선총독부 등 관할관청에 의하여 직권으로 모토지에서 분할되면서 도로로 개설되어 공중의 통행에 이용되었을 가능성을 배제할 수 없다.

3) 이 사건 토지들의 면적(108평)은 그 모토지들 면적(547평)의 약 19.7%에 이른다. 또한 이 사건 토지들의 모토지들은 왼쪽으로 도로에 접해 있어 별도의 통행로를 개설할 필요가 있었다고 보기 어렵다. 오히려 분할 결과 고현리 235-3 도로 58평이 모토지를 관통함으로써 나머지 토지가 3필지로 분리되어 토지의 효율적 이용에 장애가 되었을 것으로 보인다. 소외 1은 토지 분할 이후에도 분할된 토지를 상당 기간 그대로 소유하다가 1942년에 고현리 236-2 전 283평을, 1974년에 고현리 235-1 답 5평을, 1977년에 고현리 235-4 답 45평을 각 제3자들에게 매도하였다.

위 측량원도는 고현리 233-2 도로 264㎡(현재 '거제시 고현동 233-2 도로 264㎡')가 고현리 235-3 도로 58평에 연결된 도로부지에 포함되어 고현리 233 토지에서 분할되는 것으로 되어 있다. 그리고 실제 그와 같이 분할되어 현재 도로로 사용되고 있고 소외 2가 2016. 5. 13. 소유권보존등기를 마쳤다. 그러자 피고는 2019. 4. 23. 위 토지를 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙」 제25조의 미지급용지(종전에 시행된 공익사업의 부지로서 보상금이 지급되지 아니한 토지)로 보아 보상을 하고 공공용지의 협의취득을 원인으로 소유권이전등기를 마쳤다. 이를 비롯하여 피고는 1985년경부터 지속적으로 이 사건 토지들이 있는 도로의 연장선에 포함되어 있는 여러 필지의 토지에 대하여 같은 방법으로 소유권이전등기를 마치고 있다.

이와 달리 이 사건 토지들이 모토지들에서 분할되어 도로로 사용됨에 따라 나머지 토지들의 효용가치가 확보되거나 증대되었다거나 소외 1이나 상속인들이 관할관청으로부터 보상을 받았다는 등 이들이 토지 분할로 인하여 얻은 이익이나 편익이 있었다고

불만한 자료는 제출되지 않았다.

4) 원심은 종전 소유자들이 장기간 이의하지 않은 것을 이유로 이들이 이 사건 토지들을 도로로 제공하였거나 이 사건 토지들이 점유·사용되는 것을 묵시적으로 용인하여 왔다고 보았다. 그러나 토지가 도로로 사용되는 것에 대하여 소유자가 적극적으로 이의하지 않았고 그 기간이 길다는 것만으로 소유자가 사전에 무상 점유·사용에 대한 동의를 하였다거나 사후에 이를 용인하였다고 볼 수는 없다. 토지 소유자에게는 권리를 행사할 자유뿐만 아니라 권리를 행사하지 않을 자유도 있으므로 소유자가 장기간 권리를 행사하지 않았다는 것만으로 그가 소유권의 일부 권능을 포기하였다거나 향후에도 소유권을 계속 행사하지 않겠다는 의사를 표시하였다는 점이 곧바로 도출될 수 있는 것도 아니다.

5) 원고는 소멸시효가 완성하지 않은 과거 5년 및 장래의 토지 임료 상당 부당이득 반환청구를 하고 있을 뿐, 토지 인도청구 등 일반 공중의 도로 통행에 관한 신뢰나 편익에 직접적으로 영향을 줄 만한 청구는 하고 있지 않다. 또한 피고가 이미 이 사건 토지들이 있는 도로의 연장선에 포함된 다른 토지들에 대하여 적법한 절차를 거쳐 보상을 하고 소유권을 확보해오고 있는 점을 고려하면, 이 사건 토지들에 대한 토지 임료 상당 부당이득을 반환하는 것은 재산권의 제한에 관한 정당한 보상의 실질도 가지고 있으므로, 신의성실의 원칙에 비추어 용인하기 어려울 정도로 공익에 부정적이고 중대한 영향을 미친다고 할 수도 없다.

6) 이상에서 살펴본 사정들을 종합하면 원고의 종전 소유자들이 이 사건 토지들에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 행사하는 것을 제한할 수 있다고 보기 어렵다. 또한 원고가 종전 소유자들의 일부로부터 이 사건 토지들 중 일부 지분을 매수하여 피

고를 상대로 소를 제기한 것이 수익을 올리려는 목적이었을 가능성을 배제할 수 없다는 원심 판시 사정만으로는 원고가 소유권에 기하여 이러한 권리를 행사하는 것을 제한할 수 있다고 보기 어렵다.

다. 그럼에도 원심은 앞서 본 이유만으로 소외 1과 상속인들이 이 사건 토지들에 대한 독점적·배타적 사용·수익권을 포기하였으므로 원고가 부당이득반환청구를 할 수 없다고 보았다. 이러한 원심의 판단에는 독점적·배타적인 사용·수익권의 제한에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이동원

                  대법관            김상환

주    심            대법관            권영준