

이른바 배타적 사용수익권 포기 법리 再論*

- 배병일, “사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권의 포기”,
「사법」 제34호(사법발전재단, 2015.12)의 의미 분석 -

정 구 태**

< 목 차 >

- I. 序言
- II. 대상논문의 주요 내용
- III. 현재의 논의상황
- IV. 검토
- V. 結語

I. 序言

이 글은 배병일 교수님의 정년을 기념하기 위하여 「사법」 제34호(사법발전재단, 2015.12)에 게재된 배 교수님의 논문 “사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권의 포기”(이하에서는 ‘대상논문’이라고 한다)¹⁾의 의미와 한계를 분석하는 것(리뷰)을 목적으로 한다. 배 교수님은 근래에도 2권의 연구서²⁾를 발간한 것을 비롯하여 민사실체법은 물론 법사회학적 관점의 논문³⁾과 독도영유권⁴⁾에 이르

* 尊敬하는 裴炳日 教授님의 停年을 진심으로 敬賀드리며, 拙稿를 삼가 獻呈합니다.

** 조선대학교 법사회대학 교수, 법학박사.

1) 배병일, “사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권의 포기”, 「사법」 제34호, 사법발전재단, 2015.12., 151-186면.

2) 배병일, 「명예훼손소송과 오신의 상당성」, 영남대학교 출판부, 2019, 1-412면; 배병일, 「일제하 토지조사사업에 관한 법적 연구」, 영남대학교 출판부, 2021, 1-310면.

3) 배병일, “여성의 사회운동으로서의 제주도 해녀의 입어관행과 법률과의 충돌에 관한 법사회학적 연구”, 「토지법학」 제35권 제2호, 한국토지법학회, 2019.12., 205-235면.

4) 배병일, “독도 관련 법령의 체계성과 정합성”, 「독도연구」 제21호, 독도연구소, 2016.12.,

기까지 다방면에서 왕성한 연구활동을 지속하고 있다. 필자가 수많은 배 교수의 연구업적 중 헌정논문의 주제로 배타적 사용수익권의 포기를 택한 것은, 최근 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결에서 배타적 사용수익권 포기의 법리(이하 ‘대상법리’라 한다)에 관하여 대법관들 사이에 치열한 논쟁이 벌어짐으로써, 현 시점에서 대상논문을 바탕으로 다시 한 번 대상법리에 대하여 검토할 필요성이 제기되었기 때문이다.

대상법리의 도입 배경은 다음과 같다. 즉, 1960년대 이후 급속한 지역개발과 함께 단지분할형 택지조성사업으로 마을길을 내거나 1970년대부터 시작된 새마을사업으로 진행된 동네길 확장사업에 따라 토지 소유자가 자신의 토지 일부를 마을길 개설에 무상으로 제공한 경우가 많았다. 이후 도로 주변의 지가가 상승하자 해당 토지를 도로 개설에 제공한 당사자나 그 후손이 도로부지의 소유명목이 여전히 남아있음을 기화로, 혹은 도로부지로서 저가에 형성된 토지를 싼값에 매수한 자가 해당 토지를 관리하는 지방자치단체를 상대로 사실상 도로의 점유에 대한 부당이득반환을 구하는 경우, 대법원은 대상법리에 근거하여 당사자의 권리 행사를 제한하여 왔다. 이는 대법원이 창출한 특유의 법리로서 비교법적으로나 학설상으로 그 연원을 전혀 찾아볼 수 없는 독특한 것이다.⁵⁾

이 글에서는 먼저 대상논문의 주요 내용을 정리하고(Ⅱ), 위 2016다264556 전원합의체 판결의 태도와 그에 대한 선행연구를 일별함으로써 대상법리를 둘러싼 현재의 논의상황을 개관한다(Ⅲ). 이어 현 시점에서 대상법리를 어떻게 파악하는 것이 가장 타당한지 검토한다(Ⅳ). 이를 통해 현 시점에서 대상논문이 갖는 의미와 한계를 분석하고자 한다.

Ⅱ. 대상논문의 주요 내용

1. 2012다54133 판결의 요지

대상논문은 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다54133 판결에 대한 평석이다. 2012다54133 판결은 일찍이 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결에서 선

277-308면.

5) 배병일(주1), 160-161면.

언한 대상법리의 문제점을 인식하고 이와 다른 법리를 선언하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 즉, 2012다54133 판결은 “토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중의 통행로로 무상제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적 사용수익권이 인정되지 않는다고 보는 경우에도, 이는 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 기존의 이용상태가 유지되는 한 토지 소유자는 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 아니”라고 하면서, “그 후 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등으로 배타적 사용·수익권을 배제하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경된 경우에는, 토지소유자는 그와 같은 사정변경이 있을 때부터는 다시 사용·수익권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리주장을 할 수 있다.”⁶⁾고 판시하였다. 대상은 문은 2012다54133 판결의 이론 구성 및 그 결론⁷⁾에 결론적으로 찬성하는 취지에서 다음과 같은 입론을 전개하고 있다.

2. 대상법리의 문제점

(1) 소유권은 단일한 권리로서 사용권과 수익권의 포기를 인정한다면 본래의 소유권과는 다른 내용을 가진 물권을 창설하는 결과가 되어, 민법상 물권법정주의(민법 제185조)에 위배된다(173면).⁸⁾

(2) 토지 소유자는 해당 토지가 사실상 도로로 이용됨으로써 사용·수익이 제한된다는 막연한 관념은 가지고 있지만, 그로써 소유자가 부당이득반환청구권을 포함한 일체의 사용수익권을 포기하였다고 해석하는 것은 작위적이다(174면).

6) 동 판결은 “이때 그러한 사정변경이 있는지는 당해 토지의 위치와 물리적 성상, 토지 소유자가 토지를 일반 공중의 통행에 제공하게 된 동기와 경위, 당해 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용 상태가 바뀐 경위 및 종전 이용상태와의 동일성 여부 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것”이라고 하였다.

7) 대법원은 이 사건 토지가 사실상 도로에서 도로법상 도로인 천호대로의 부지로 편입됨으로써 원고의 亡父와 원고가 이 사건 토지에 대해 사실상 도로로서의 무상통행을 허용할 당시의 행위기초가 현저히 변경됨에 따라, 원고는 배타적 사용수익권을 포함한 완전한 소유권을 다시 행사할 수 있다고 보았다.

8) 이하에서 II. 목차의 본문에 기재한 면수는 배병일(주1)의 것이다.

(3) 토지 소유자가 배타적 사용수익권을 포기하였더라도 토지를 불법점유하는 제3자에 대해서는 여전히 물권적 청구권을 행사할 수 있는데, 비배타적 사용수익권으로부터 배타적인 물권적 청구권이 발현된다는 것은 비논리적이다(174면).

(4) 판례는 원소유자가 토지를 도로로 제공하여 사용수익권을 포기한 후 그 토지의 소유권을 특정승계한 자가 승계 당시 그러한 사정을 알고 있었다면 지방자치단체가 이미 도로로 제공된 그 토지에 대하여 도로개설을 완성하고 이를 점유하고 있다 하더라도 부당이득이 성립하지 않는다고 하는데,⁹⁾ 특정승계인의 부당이득반환청구까지 부인하는 것은 소유권의 절대성에 반한다(175면).

(5) 배타적 사용수익권 포기의 법리를 계속 적용하기 어려운 사정변경이 생기면 토지 소유자가 다시 완전한 소유권 주장을 할 수 있다고 보아야 하는데, 그에 대한 판단 기준이 불명확하다(175면).

3. 해결방안

(1) 배타적 사용수익권의 포기는 물권적·영구적인 것이 아니라 채권적·잠정적·일시적인 것이다(176면).

(2) 토지 소유자가 토지 일부를 스스로 제공함으로써 그 일부가 실제로 일반 공중의 통행에 이용되고 그 이용 상태가 계속될 때에 토지 소유자의 그 일부 토지에 대한 사용수익권이 일시적으로 포기된 것이다(176면).

(3) 배타적인 사용수익권의 포기는 소유자가 일반 공중의 통행을 위한 도로로 된 자신의 토지에 대하여 배타적인 사용수익권을 행사할 수 없다는 ‘금지’로 보아야 하고, 따라서 포기라는 용어를 사용할 수 없다(176면).

(4) 토지 소유자가 사용수익권 포기로 지방자치단체 등에 대해 부당이득반환청구를 할 수 없는 것은 신의칙상 모순행위금지원칙에 근거한 것이다(177면).

(5) 채권적 배타적 사용수익권의 포기는 원칙적으로 당사자 간에만 효력이 있고, 토지의 특정승계인에게는 영향을 미치지 않는다. 다만, 일반 공중의 통행이라는 행위기초가 형성되어 있는 상태에서 특별승계인이 이를 잘 알면서 매수하였다면 그에게도 금반언원칙이 적용되어야 하고, 이미 해당 토지가 사실상 도로로서 일반 공중의 통행로로 사용되고 있다면 매수인의 악의는 추정된다(177면).

9) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20013 판결.

(6) 대상법리는 공법상 손실보상이 반드시 수반된다고 볼 수 없는 사실상 도로에만 적용된다. 공법상 손실보상이 당연히 따라야 하는 도로법상 도로에는 적용되지 않는다(178면).

(7) 배타적 사용수익권의 포기는 부당이득반환청구의 손실요건을 배척하기 위하여 창출된 법리로서 부당이득반환청구 사건에만 적용되어야 하고, 물권적 청구 사건에까지 적용되어서는 안 된다(178면).

(8) 토지이용 상태에 중요한 변화가 발생하는 등 대상법리를 계속 적용하기 어려운 사정변경이 있는 경우에는 토지 소유자의 완전한 소유권이 다시 회복되며, 그 사정변경의 판단 기준은 사용수익권 포기의 판단 기준과는 다르다(178면).

결론적으로 2012다54133 판결은 대상법리가 신의칙에 근거한다는 점, 배타적 사용수익권을 제한하는 기초에 현저한 사정변경이 발생한 경우에는 토지 소유자가 완전한 소유권을 회복한다고 하면서 그 판단기준을 제시하였다는 점에서 향후 대상법리의 발전에 큰 영향을 줄 것이다(181면).

Ⅲ. 현재의 논의상황

대상논문에서 다룬 2012다54133 판결이 선고된 이후에도 여전히 대상법리에 대하여 비판적 취지의 논문¹⁰⁾이 발표되었으나, 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결은 대법관 11인의 압도적 다수의견으로 종전과 같이 대상법리를 그대로 유지하는 것으로 결정하였다.¹¹⁾ 이하에서는 다수의견 및 대법

10) 장성욱·이현석, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 비판”, 『일감법학』 제41호, 건국대학교 법학연구소, 2018.10., 153-181면.

11) 다만, 대법원은 2016다264556 전원합의체 판결 이후에는 대상법리를 적용함에 있어 보다 더 신중한 입장을 견지하고 있다. “대상법리는 토지가 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공된 경우에 적용되는 것이어서, 토지가 건물의 부지 등 지상 건물의 소유자들만을 위한 용도로 제공된 경우에는 대상법리가 적용되지 않는다.”고 판시한 대법원 2019. 11. 14. 선고 2015다211685 판결; 대법원 2021. 2. 25. 선고2018다278320 판결 참조. 또한 대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다280005 판결은 甲이 인접 토지 소유자인 乙에게 구체적인 면적을 특정하지 않은 채 자신의 토지 일부를 도로로 제공하기로 합의하고 대가를 받았는데, 그 후 丙 지방자치단체가 甲의 토지 일부를 포함한 인근 토지 일대에 포장도로를 개설하였고, 10여 년 후 甲이 丙 지방자치단체를 상대로 포장도로의 철거와 토지의 인도를 구한 사안에서, 甲은 일반 공중을 위한 용도가 아니라 乙을 위하여 도로 부분에 관한 사용을 승낙한 것으로 볼 여지가 있는데도, 甲이 도로 부분에 관한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 단정하고 이후 사정변경이 있었는지에 관

관 2인의 각각의 반대의견 요지를 소개하고, 2016다264556 전원합의체 판결의 평석에 나타난 견해들을 일별함으로써 현재의 논의상황을 개관한다.

1. 2016다264556 전원합의체 판결의 태도

(1) 사실관계 및 소송의 경과

원고는 父로부터 상속받은 이 사건 토지에 매설된 우수관의 관리주체인 피고(용인시)를 상대로 우수관의 철거와 해당 부분 토지에 대한 차임 상당의 부당이득반환을 청구하였다. 원심은 우수관이 매설된 이 사건 토지를 소유하던 원고의 亡父가 우수관이 매설될 때에 이 사건 토지에 대한 배타적 사용수익권을 포기하였으므로 그 상속인인 원고의 이 사건 청구는 모두 인정될 수 없다고 하였다. 대법원은 대법관 11인의 다수의견으로 원고의 청구를 기각한 원심을 확정하였다.

(2) 다수의견(대법관 11인)

“(가) 대법원 판례를 통하여 토지 소유자 스스로 그 소유의 토지를 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에 그 토지에 대한 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 법리가 확립되었고, 대법원은 그러한 법률관계에 관하여 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·배타적

한 심리를 하지 않은 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 판시하였다. 최우진, “2010년대 민사판례의 경향과 흐름 - 물권법”, 「안암법학」 제63호, 안암법학회, 2021.11., 54면; 주지홍, “2021년 채권법 중요판례평석”, 「인권과 정의」 제505호, 대한변호사협회, 2022.5., 16-19면 참조.

인 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.

(나) 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에, 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유 기간, 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, 토지의 인도 등을 구할 수도 없다. 다만 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익 권능의 대세적·영구적인 포기는 물권법정주의에 반하여 허용할 수 없으므로, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 보는 경우에도, 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존하기 어려운 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익만이 제한될 뿐이고, 토지 소유자는 일반 공중의 통행 등 이용을 방해하지 않는 범위 내에서는 그 토지를 처분하거나 사용·수익할 권능을 상실하지 않는다.

(다) ① 위와 같은 법리는 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로 이외의 다른 용도로 제공한 경우에도 적용된다.

또한, 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 해석되는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 지하 부분에 대한 독점적이고 배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한되는 것으로 해석함이 타당하다.

② 상속인은 피상속인의 일신에 전속한 것이 아닌 한 상속이 개시된 때로부

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

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

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

(라) 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 제공

할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었으며, 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에는, 토지 소유자는 그와 같은 사정변경이 있을 때부터는 다시 사용·수익 권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리를 주장할 수 있다고 보아야 한다. 이때 그러한 사정변경이 있는지 여부는 해당 토지의 위치와 물리적 형태, 토지 소유자가 그 토지를 일반 공중의 이용에 제공하게 된 동기와 경위, 해당 토지와 인근 다른 토지들과의 관계, 토지이용상태가 바뀐 경위와 종전 이용상태와의 동일성 여부 및 소유자의 권리행사를 허용함으로써 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”¹²⁾

(3) 대법관 조희대의 반대의견(반대의견1)

“(가) 다수의견은 기존의 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리를 유지하고 있으나, 대법원의 기존 법리에는 우리나라의 법체계상 받아들이기 어려운 문제가 있다.

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.

③ 사용·수익권의 포기를 ‘권리 불행사의 상태’로 보는 경우에도, 소멸시효가 완성되었거나, 장기간 권리를 행사하지 않던 토지 소유자의 새삼스러운 권리행사가 신의성실의 원칙(이하 ‘신의칙’이라고만 한다) 또는 이른바 실효의 원칙에 위반되는 경우가 아닌 한, 권리가 소멸하거나 그 행사가 불가능하게 되었다고 볼 수 없다는 점에서 부당하다.

④ 사용·수익권의 포기를 ‘신의칙상 권리행사 제한’으로 보더라도, 적법하게 소유권을 취득한 자의 권리행사를 신의칙이라는 명목하에 쉽사리 배척하는 것이 되어 받아들일 수 없다.

12) 공두현, “2019년~2021년 법철학 판례 동향”, 『법철학연구』 제25권 제1호, 한국법철학회, 2022.4., 161면은 다수의견의 이러한 기존 법리의 실용성, 구체적 타당성, 개별적인 이익형량을 중시하는 태도를 ‘법현실주의’의 발로라고 이해한다.

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.

(나) 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기에 관한 법리는 대법원 판례에 의하여 확립된 다른 법리와 근본적으로 조화를 이루기 어렵다.

① 토지의 현황이나 지목이 도로인 경우에도 민법상 부당이득의 성립을 전제로 그 액수의 산정에 관한 구체적인 법리를 실시한 대법원 판례와 조화를 이루기 어렵다.

② 사용·수익권 포기에 물권적 효력이 있다고 보지 않는 이상, 특정승계인의 주관적인 사정만으로 포기의 효력이 승계된다고 볼 아무런 근거가 없다.

③ 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 같이 개인의 권리 구제를 확대하여 온 대법원 판례의 흐름과 조화를 이루지 못하고 있다.

④ 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.

(다) 토지가 인근 주민이나 일반 공중을 위한 용도로 사용되고 있다 하더라도, 주위토지통행권이나 지상권과 같은 물권 또는 임대차, 사용대차와 같은 채권적 토지이용계약이 성립하였거나, 토지 소유자의 권리행사가 신의칙에 어긋

나거나 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.”¹³⁾

(4) 대법관 김재형의 반대의견(반대의견2)

“(가) 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.

소유권 불행사의 의사표시는 상대방 있는 의사표시로서 사용대차와 유사한 채권적인 효력을 가지는 법률행위라고 할 수 있다. 따라서 이러한 의사표시에는 대세적인 효력이 없다.

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.

(나) ① 배타적 사용·수익권 포기를 이유로 토지 소유자의 권리를 제한하는 이론은 민법 제1조가 규정하는 법원(法源)의 어디에서도 그 근거를 찾을 수 없다.

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.

② 배타적 사용·수익권 포기 법리는 공공의 이익을 위하여 토지 소유자의

13) 공동헌(주12), 160면은 반대의견1을 실정법의 권리보장적 기능을 강조하는 ‘법실증주의적’ 경향으로 이해한다.

기본권인 재산권 행사를 제한하기 위한 도구로 작용하고 있다. 그러나 그러한 재산권 행사의 제한은 법률에 근거가 없다.

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

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 반환하여야 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.

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

(다) 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 일부 대법원판결은 ‘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 미친

다고 판단한 대법원판결들은 위에서 본 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경되어야 한다.”¹⁴⁾

2. 2016다264556 전원합의체 판결에 대한 선행연구

(1) 제1설

이 견해는 대상법리를 신의칙에 근거한 신의칙의 구체화 작업으로 이해하는 한, 종래의 배타적 사용수익권 포기론을 적용할지 아니면 다른 법리를 적용할지는 실제 사건에 영향이 없고, 따라서 이에 관한 논의는 이론적 논쟁에 불과하다고 하면서, 구체적 사건에서 판례가 이미 형성한 법리가 타당성 여부를 검토하는 것이 오히려 바람직하다고 한다.¹⁵⁾ 그러나 정작 이 사건에서 원고의 부당이득반환 및 물권적 청구를 모두 배척한 다수의견의 결론이 구체적으로 타당한지에 대해서는 명확한 언급이 없다. 다만, 논문의 본문이 아닌 국문초록에서 2016다264556 전원합의체 판결의 다수의견을 보충하고 지지하는 입장임을 표명하고 있는 것으로 보아,¹⁶⁾ 원고의 청구를 모두 배척한 결론 자체에는 동의하는 것으로 이해된다.

(2) 제2설

이 견해는 신의칙에 근거하는 경우에 배타적 사용수익권 행사가 제한되는 이유와 특정승계인에게 그 효력이 미치게 되는 이유를 논리적으로 더 잘 설명할 수 있다고 하면서, 다수의견도 결국은 신의칙에 근거한 것으로 이해된다고 한다.¹⁷⁾ 구체적으로 이 사건에서 원고의 청구를 모두 배척한 다수의견의 결론이 타당한지에 대해서는 명확한 언급이 없으나, 다수의견이 배타적 사용수익권이

14) 공두현(주12), 161면은 반대의견2를, 배후의 법원리를 포함하는 법체계 전체에 비추어 모순 없는 해석을 지향하는 태도(법원리론)라고 이해한다.

15) 윤용석, “토지 소유자의 독점적·배타적인 사용수익권 행사의 포기에 관한 법리”, 『법학연구』 제60권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2019.8., 63-93면.

16) 윤용석(주15), 91면.

17) 노재승, “독점적·배타적 사용수익권의 포기 이론에 대한 판례의 전개 과정과 법적 성질 검토”, 『裁判과 判例』 제29집, 대구판례연구회, 2021.2., 171-203면.

회복되는 기준과 특정승계인의 권리 행사가 허용되는 구체적인 기준을 마련하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다고 서술하는 것으로 미루어,¹⁸⁾ 원고의 청구를 모두 배척한 결론 자체에도 동의하는 것으로 이해된다.

(3) 제3설

이 견해는 배타적 사용수익권 행사를 제한하는 소유자 스스로의 의사에 따라 그 의사표시를 요소로 하는 법률행위가 성립하고, 그 효과로서 배타적인 사용수익권 제한이라는 결과가 발생한다고 한다. 다만 그 의사표시가 상당히 오래 전에 묵시적으로 이루어진 경우가 많아 그 의사해석을 위한 합리적인 기준을 제시하는 것이 핵심인데, 다수의견은 대상법리를 통해 묵시적 의사표시로 추단되는 당사자의 의사 해석을 위한 기준을 제시한 것이라고 한다. 즉, 대상법리는 대법원이 독자적으로 창조한 규범이 아니라 어디까지나 사적 자치에 따른 당사자의 의사해석을 위한 기준이며, 그 기준에 신의칙이 투영되어 있다는 것이다. 이 사건의 구체적인 결론에 있어서도 원고의 亡父는 자발적으로 이 사건 우수관을 설치하여 인근 주민들을 위한 용도로 이를 무상으로 제공할 의사가 있었음이 추단되므로 그의 이 사건 토지에 대한 배타적 사용수익권 행사는 제한되며, 그 상속인인 원고도 마찬가지로이므로 결국 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없다고 한다.¹⁹⁾

(4) 제4설

이 견해는 반대의견1과 같이 “민법 등 법률의 명문 규정과 그에 기초한 법리가 적용될 수 있는 경우에만 토지 소유자의 사용·수익권을 포함한 소유권 행사가 제한될 수 있다.”고 하면서도, 가령 지방자치단체가 관리하는 사실상 도로의 경우 지방자치단체에 대한 기부채납이 성립한 것으로 볼 수 있다고 한다. 이 사건 우수관이 매설된 토지의 지하 부분에 관하여도 마찬가지로 원고의 亡

18) 노재승(주17), 195면.

19) 손홍락, “독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한 법리에 관한 대법원 전원합의체 판결에 대한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019.12., 43-101면.

父와 피고 사이에 기부채납 약정이 존재한다고 볼 수 있으며, 그 상속인인 원고도 그러한 제한이 있는 토지를 상속하였으므로, 원고의 청구를 기각한 다수의견의 판단은 결론적으로 타당하다고 한다.²⁰⁾

(5) 제5설

이 견해는 반대의견2와 같이 소유 토지를 사실상 도로로 제공한 경우 소유자는 소유권 불행사의 의사표시를 한 것으로 해석되고, 소유자의 의사표시에 의한 사용대차 유사 법률관계에 기반하여 불특정·다수인 또는 지방자치단체는 사실상 도로를 통행하거나 상하수도를 설치할 수 있으며 이는 법률상 권원이 되므로, 소유자는 지방자치단체 등에 부당이득반환청구권 또는 물권적 청구권을 행사할 수 없다고 한다.²¹⁾ 다만, 구체적으로 이 사건에서 원고의 청구를 모두 배척한 다수의견의 결론이 타당한지에 대해서는 명확한 언급이 없다.

(6) 제6설

이 견해는 반대의견2가 언급한 ‘소유권 불행사의 의사표시’보다는 사용대차 계약관계 설정을 위한 적극적인 의사표시가 있는 것으로, 그리고 ‘사용대차와 유사한 채권관계’가 형성된다고 하기보다는 전형계약인 사용대차가 성립한다고 보는 것이 각각 타당하다고 하면서, 이 사건에서 우수관 철거(물권적 청구)를 배척한 것은 신의칙상 이해될 여지가 있으나, 다수의견이 그 점유에 대한 부당이득반환청구까지도 부정하는 것은 소유권 제한의 한계를 벗어나는 것으로 부당하다고 한다.²²⁾

20) 양형우, “토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한”, 『홍익법학』 제20권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2019.6., 521-553면.

21) 윤동현, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 검토”, 『사법논집』 제69집, 사법발전재단, 2019.12., 1-55면.

22) 이성진, “토지 소유자의 배타적 사용수익권 포기”, 『토지법학』 제35권 제1호, 한국토지법학회, 2019.6., 195-234면.

(7) 제7설

이 견해는 대법원이 지난 40년간 고수해온 대상법리는 이론적 모순이 있어 우리 민법 체계에 부합하지 않으며 토지 소유자의 보호를 도외시하므로 대상법리에 대한 신중한 재검토가 필요하다고 한다. 그 구체적 방향으로는 신의칙에 기하여 토지 이용 현황을 유지하되, 그로 인한 토지 소유자의 손해를 전보하기 위하여 입법 등의 실효적 방안을 마련할 필요가 있다고 한다.²³⁾ 구체적으로 이 사건에서 원고의 청구를 모두 배척한 다수의견의 결론이 타당한지에 대해서는 명확한 언급이 없으나, 이 사건 우수관 설치에 새마을운동의 사회적 압력이 원고의 亡父의 의사 결정에 적지 않은 영향을 미쳤음을 추론할 수 있다고 하면서,²⁴⁾ 외관상 원고의 亡父가 자발적으로 토지를 제공하였다고 하더라도 그 실질을 검토하여 원고의 亡父의 특별한 희생이 인정된다면 정당한 보상이 제공되어야 할 것이라고 한다.²⁵⁾

(8) 제8설

이 견해는 현 시점에서 대상법리는 그 효능이 다했으므로 마땅히 폐기되어야 한다고 하면서도,²⁶⁾ 다수의견이 대상법리를 유지하기로 한 이상 토지 소유자는 적어도 30년가량 무상으로 소유권 행사를 제한받는 것을 용인한 것으로 선해할 수밖에 없고, 특히 사정변경 원칙을 적용함에 있어서는 완화된 심사가 필요하다고 한다.²⁷⁾ 구체적으로 이 사건에서 원고의 청구를 모두 배척한 다수의견의 결론이 타당한지에 대해서는 명확한 언급이 없으나, 물권적 청구에까지 대상법

23) 박정언·송혜진·이동민, “토지 소유자의 배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 고찰”, 『법학평론』 제10권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2020.4., 313-355면.

24) 이 사건 우수관을 설치하여 마을의 악취 문제를 해결하고자 하는 공동체의 합의가 있었을 것이고, 당시 원고의 亡父의 동생이 마을의 이장이었기 때문에 원고의 亡父의가 이에 대한 보상을 주장하지 못한 채 자신의 토지를 제공하였을 가능성이 있다고 한다.

25) 박정언·송혜진·이동민(주23), 339-340면. 이 견해는 다수의견과 반대의견2에 모두 비판적 취지를 밝히고 있는 것으로 미루어 반대의견1과 궤를 같이 하는 것으로 보이나, 이 견해가 반대의견1에 동조하는 취지임을 명언하고 있는 것은 아니다.

26) 이 점에서는 반대의견1과 같은 맥락으로 보이나 이 견해가 반대의견1에 동조하는 취지임을 명언하고 있는 것은 아니다.

27) 김상현, “배타적 사용·수익권 포기 법리의 타당성 여부를 재론하며”, 『재산법연구』 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019.5., 1-26면.

리를 적용한 데 대한 비판적 서술²⁸⁾과 대상법리는 도로처럼 개설부지를 찾기 어렵고 이전하기도 곤란한 공중의 필요에 따른 용처에 제한되어야 한다는 서술²⁹⁾에 미루어, 다수의견이 우수관 문제에까지 대상법리를 적용하여 원고의 청구를 모두 배척한 데 대해 비판적인 입장으로 이해된다.

(9) 제9설

이 견해는 대상법리가 그동안 탈물권화 작업을 통해 변모하며 생명력이 유지되어 왔지만, 부당이득반환청구권을 크게 제약하고 특정승계인에게 포기의 효력이 미치는 문제를 해결하지 못하는 등 여전히 한계를 노정하고 있다고 하면서, 그렇다면 대상법리는 폐기하고, 1차로는 신의칙, 2차로는 사용대차계약, 소유권 포기, 묵시적 통행지역권 등 일반론에 더 잡아 문제를 해결하는 것이 타당하다고 한다.³⁰⁾ 구체적으로 이 사건에서 원고의 청구를 모두 배척한 다수의견의 결론이 타당한지에 대해서는 명확한 언급이 없으나, 대상법리를 신의칙의 분칙으로 이해하는 한 부당이득반환청구는 지금보다 더 넓게 인정되어야 하는 반면, 물권적 청구는 상대적으로 널리 제한될 수 있다고 하는 것으로 미루어,³¹⁾ 다수의견이 우수관 점유에 대한 부당이득반환청구까지 부정한 데에 비판적인 입장으로 보인다.

28) 김상현(주27), 33면은 다수의견이 대상법리와 관련된 명확한 법리를 실시하지 않고 민법 제213조와 제214조의 물권적 청구권 행사까지 제한된다고 본 것은 아쉽다고 한다.

29) 김상현(주27), 22면.

30) 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 『서울대학교 법학』 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020.3., 478-484면. 이 점에서는 반대의견1과 궤를 같이 하는 것으로 보이나, 이 견해가 반대의견1에 동조하는 취지임을 명언하고 있는 것은 아니다.

31) 권영준(주30), 484-486면.

IV. 검토

1. 대상법리의 법적 근거

(1) 다수의견 및 제1설과 제2설의 문제점

2016다264556 전원합의체 판결의 다수의견의 가장 큰 문제점은 대상법리의 법적 근거를 제대로 제시하지 못하고 있다는 점이다. 다수의견은 대상법리가 “대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서, 현재에도 여전히 그 타당성을 인정할 수 있다.”고 강변한다. 그러나 단순히 법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 왔다는 것만으로 법적 근거가 될 수 없음은 물론이다. 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 민유숙의 다수의견에 대한 보충의견은 대상법리가 소유자의 권리를 제한하는 독자적인 요건이 아니라 단지 소유자의 개별적 권리행사를 허용할지를 판단하는 기준에 불과하다고 반박한다. 그러나 종래 판례는 손실자(소유자)의 부당이득반환청구에 대하여 대상법리에 터 잡아 손실 ‘요건’이 충족되지 않았다고 판단하여 왔으므로,³²⁾ 이러한 반박은 그다지 설득력이 없다.

설령 다수의견에 대한 보충의견과 같이 대상법리를 단지 개별적인 권리행사의 허용 여부를 결정하기 위한 도구 개념에 불과하다고 보더라도, 그로 인해 엄연히 소유자의 재산권 행사가 ‘제한’되는 효과가 발생하는 한, 그러한 도구 개념이 법리로서 정당화되기 위해서는 ‘법적’ 근거가 반드시 필요하다(헌법 제37조 제2항). 그러나 반대의견2가 적절히 비판하는 바대로, 대상법리 그 자체로는 소유자의 권리행사를 제한하는 독자적인 법원(法源)이 될 수 없다. 대상법리를 명문화하고 있는 법률은 아예 존재하지 않으며, 대상법리는 법원이 관제적으로 창조하여 장기간 재판실무에서 적용해 온 것일 뿐, 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 관습법이 아니다. 그렇다고 대상법리를 조리라고 볼 수도 없다. 사유지가 사실상 도로나 우수관 등 일반 공중의 이용에 제공되고 있다는 사정만으로 소유자의 권리행사를 제한하는 것이 사물의 본질적 법칙이나 사물의 도리에 해당한다고는 볼 수 없기 때문이다.³³⁾

32) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다33454 판결 등 참조

33) 라. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점 (2) 기존 판례의 사법(私法)상 문제점 (가) 참조.

이와 관련하여 Ⅲ. 2.에서 살펴본 제1설과 제2설은 다수의견이 결국 신의칙에 근거한 것이라고 이해한다. 그러나 다수의견 어디에서도 신의칙이란 표현을 찾아볼 수 없다는 점에서, 무슨 근거로 그와 같이 이해할 수 있는지 의문이다. 다수의견이 “배타적 사용수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖추면 사정변경의 원칙이 적용되어 소유자가 다시 배타적 사용수익권을 행사할 수 있다.”고 하면서 사정변경의 원칙을 언급하고 있는 것은 사실이나, 여기서 사정변경의 원칙은 일단 제한되었던 배타적 사용수익권을 다시 행사할 수 있는 근거로 언급되고 있는 데 불과하므로, 이러한 설시를 들어 다수의견이 신의칙을 근거로 배타적 사용수익권 행사를 제한하고 있다고 보는 것은 무리이다. 도리어 다수의견에 대한 보충의견은 신의칙이나 권리남용의 법리를 적용하는 것은 이른바 일반 조항으로의 도피 현상이 초래되고 법률관계의 불확실성이 가중될 우려가 있다는 이유로 명시적으로 신의칙설에 반대하고 있다.

(2) 제3설의 문제점

다수의견에 대한 보충의견은 대상법리가 “사적 자치의 원칙을 전제로 하는 것”임을 명백히 밝히고 있다. 제3설도 이에 찬동하며, 2016다264556 전원합의체 판결이 사적 자치의 원칙을 토대로 토지 소유자가 행사하는 청구권의 요건 충족 여부를 판단함에 있어 당사자의 의사해석을 위한 기준을 제시하는 법리임을 밝혔다는 데 특별한 의미가 있다고 평가한다. 그러나 사적 자치로부터 곧바로 소유자의 배타적 사용수익권 행사의 제한이라는 효과가 도출된다고 보는 것은 논리적 비약이다. 사적 자치라 함은 개인이 자유로운 의사에 따라 자신의 법률관계를 스스로 형성할 수 있음을 뜻하는바, 사적 자치를 실현하는 수단은 법률행위이다. 법률행위의 효과로써 당사자 사이에 구속력이 발생하고 이에 반하는 권리행사가 제한되는 것이다. 따라서 반대의견2가 지적하는 바와 같이, “토지 소유자에게 토지를 일반 공중의 이용에 제공하겠다는 자발적 의사가 있었다더라도, 그것이 법률행위에까지 이르지 않았다면 배타적 사용수익권 행사의 제한이라는 효과가 발생할 수 없다.”³⁴⁾

사적 자치설의 문제점은 토지 소유자의 특정승계인이 배타적 사용수익권을

34) 라. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점 (3) 기준 판례의 공법상 문제점 (나) 참조.

행사하는 장면에서 극명하게 드러난다. 다수의견은 특정승계인이 사실상 도로 등 토지에 대한 배타적 사용수익권 행사가 제한되는 상태를 잘 알고도 그 소유권을 취득하였다면 특정승계인에게도 그러한 제한을 용인하겠다는 의사가 있는 것이므로, 원소유자에 대한 제한의 효과가 특정승계인에게도 미친다고 한다. 그러나 특정승계인이 토지의 제한 상태를 ‘알고 있었다’고 하여 어떻게 그것만으로 곧바로 그에게 권리행사의 제한을 ‘감수하겠다’는 의사가 있다고 볼 수 있는지 의문이다. 원소유자에게 대가를 지불하고 소유권을 취득한 특정승계인으로서는 원소유자와 달리 적극적으로 권리행사를 할 의사가 있었던 경우도 얼마든지 있을 수 있고(오히려 그러한 경우가 더 일반적일 것이다), 실제로 특정승계인이 사실상 도로 등으로 일반 공중에 이용되는 토지의 소유권을 취득한 후 바로 지방자치단체 등을 상대로 권리행사에 나아갔다면, 다수의견과 정반대로 그에게는 그러한 제한상태를 더 이상 감수할 의사가 ‘없었음’이 분명하다. 다수의견이 특정승계인의 ‘인식’만을 가지고 그에게 권리행사 제한의 ‘의사’가 있었다고 하는 것은, 사적 자치의 원칙이라는 미명 하에 실제로 특정승계인에게 존재하지도 않은 의사를 있었다고 ‘의제’하는 것에 다름 아니다.³⁵⁾

(3) 제4설의 문제점

제4설은 지방자치단체가 관리하는 사실상 도로의 경우 지방자치단체에 대한 기부채납이 성립한 것으로 볼 수 있다고 한다. 그러나 기부채납의 본질은 토지의 소유권을 무상으로 이전하는 것으로서 그 법적 성질은 증여인바,³⁶⁾ 지방자치단체가 사실상 도로를 관리하고 있다는 것만으로 소유자에게 지방자치단체에 아예 그 토지의 소유권을 이전할 의사가 있었다고 볼 수 있는지는 큰 의문이다.³⁷⁾

35) 권영준, “배타적 사용수익권 포기 범리에 관한 비판적 검토”, 『서울대학교 법학』 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006.12., 324면; 박영규, “일반인의 통행에 제공된 사유지의 법률관계”, 『민사법학』 제16호, 한국민사법학회, 1998, 242면; 배성호, “사실상 도로에 대한 대법원의 배타적 사용수익권 포기 범리의 비판적 고찰”, 『한국부패학회보』 제19권 제3호, 한국부패학회, 2014, 141면; 윤동현(주21), 38면.

36) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다47834 판결; 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결: “기부채납이란 지방자치단체 외의 자가 부동산 등의 소유권을 무상으로 지방자치단체에 이전하여 지방자치단체가 이를 취득하는 것으로서, 기부자가 재산을 지방자치단체의 공유 재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체가 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약에 해당한다.”

(4) 반대의견2 및 제5설과 제6설의 문제점

반대의견2 및 이에 찬동하는 제5설, 그리고 기본적으로 이와 유사한 제6설은 다수의견이 취하는 대상법리를 폐기하는 대신 토지 소유자의 소유권 불행사의 의사표시에 의한 사용대차관계를 상정하고 있다. 토지 소유자가 그 토지를 무상으로 이용하는 자에게 소유권을 행사하지 않겠다는 의사표시를 하였고 이로써 그 상대방과의 관계에서 사용대차 혹은 이와 유사한 관계가 성립한다는 것이다. 이들 견해는 소유자의 의사로부터 그 근거를 찾는다는 점에서는 제3설(사적 자치설)과 다르지 않다. 그러나 제3설이 특정승계인의 의사 해석을 근거로 특정승계인이 사실상 도로 등 토지에 대한 배타적 사용수익권 행사가 제한되는 상태를 잘 알고도 그 소유권을 취득하였다면 그에게도 권리행사 제한의 효과가 미친다고 보는 것과 달리, 이들 견해는 소유권 불행사의 의사표시의 채권효에 의해 특정승계인에게는 원칙적으로 제한의 효과가 미치지 않는다고 본다는 점에서 중대한 차이가 있다.³⁷⁾

이들 견해가 특정승계인에게 원칙적으로 배타적 사용수익권 행사 제한의 효과가 미치지 않는다고 하는 것은 뒤의 4.에서 보는 바와 같이 기본적으로 타당하지만, 이들 견해도 문제점이 없지 않다. 이들 견해에 의하면 자신이 소유하는 토지를 인근 주민이나 일반 공중과 같은 불특정 다수인으로 하여금 사실상 도로로 이용하게 함으로써 토지 소유자에게 더 큰 이익이 발생하는 한, 토지 소유자로서는 그 토지를 무상으로 이용하는 불특정 다수인에게 더 이상 소유권을 행사하지 않는다는 의사표시를 한 것으로 해석할 수 있다고 한다. 불특정 다수인은 이러한 의사표시의 효력이 유지되는 동안 그 토지를 무상으로 사용·수익함으로써(묵시적 승낙) 토지 소유자와의 사이에서 묵시적으로 사용대차계약이 성립된다는 것이다.³⁸⁾ 다수의견에 대한 보충의견은 반대의견2에 대하여, “의사

37) 윤동현(주21), 45면.

38) 이와 달리, 주지홍(주11), 17면 주8)은 반대의견2가 원소유자와 마찬가지로 특정승계인의 부당이득반환청구도 허용되지 않는다는 입장으로 이해하고 있으나, 이는 원칙적으로 잘못된 것이다. 반대의견2: “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.”

표시 자체가 장기간에 걸쳐 계속적·반복적으로 이루어진다는 것인지, 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.”고 비판하고 있는데,⁴⁰⁾ 반대의견²를 지지하는 제5설은 이 점에 대하여 통행시마다 사용대차계약이 성립하는 것으로 파악하고 있다.⁴¹⁾ 그렇다면, 소유자의 소유권 불행사의 의사도 불특정 다수인의 통행시마다 묵시적이나마 새롭게 표시된다고 보는 것이 논리적이다.⁴²⁾ 불특정 다수인의 통행이 시작되는 순간 사용대차계약이 새로 성립되고 그 통행이 종료되는 순간 사용대차계약도 바로 종료되기 때문이다.

그러나 이런 논리대로라면 토지 소유자는 장래 얼마든지 자신의 소유권 불행사 의사표시를 거두어들임으로써 묵시적 사용대차계약의 성립을 좌절시킬 수 있다고 보아야 한다. 아무리 기존에 묵시적 사용대차계약이 장기간 반복되어 성립되고 종료되었다고 하더라도, 통행시마다 개별적인 사용대차계약이 성립하는 이상 토지 소유자가 장래에도 기존과 마찬가지로 묵시적 사용대차계약의 효력에 구속된다고 볼 아무런 근거가 없다. 이와 달리, 반대의견²는 “소유권 불행사의 의사표시에 의한 법률효과가 영구적인 것은 아니고, 특히 소유자는 사정변경의 원칙에 따라 그 법률관계를 해소할 수 있다.”고 하여,⁴³⁾ 사정변경이 없는 한 그 의사표시의 효력은 변함없이 유지된다고 하지만, 사용대차계약이 개별적으로 성립되고 종료되는 마당에 어떠한 근거에서 소유권 불행사의 의사표시가 반드시 사정변경이 있어야지만 그 효력이 복멸되고 사정변경이 없으면 그 효력이 계속 유지된다고 할 수 있는지 의문이다.

한편, 제5설은 지자체가 사실상 도로를 포장하였다면 사실상 도로의 소유자

39) 윤동현(주21), 47면.

40) 다. 확립된 판례 법리를 대체할 수 있는 대안의 부재 (2) 참조.

41) 제6설은 이 점에 대하여 별다른 언급이 없다.

42) 김상헌(주27), 20면이 도달주의의 관점에서 반대의견²에 다음과 같은 의문을 제기하는 것도 이러한 관점에서 충분히 수긍할 수 있다. 이에 의하면, 소유권 불행사 의사표시 법리는 그 도달 시점을 정하여야 하는데, 일반 공중을 상대로 하는 경우에는 이를테면 30년 전에 표시한 의사로 현재 시점에서 이를 원용할 수 있는지 문제가 있다고 한다. 30년이 지나 불특정 다수인인 일반 공중을 상대로 하여 도달주의에 부합하는 의사표시 효력발생시기를 파악할 수 있는지 의문이라는 것이다. 박정연·송혜진·이동민(주23), 333면도 채권적 법률행위의 존재를 인정하려면 의사표시가 상대방에게 도달했다는 것을 확인할 수 있어야 하는데, 불특정 다수로부터 이를 확인하기 어렵다고 지적한다.

43) 다. 소유권 불행사의 의사표시 참조.

와 사실상 도로의 인근 토지 소유자 사이에는 인근 토지의 소유권을 가지는 동안 통행하는 방법으로 사실상 도로를 사용할 수 있다는 내용의 계속적 계약이 성립하였다고 한다.⁴⁴⁾ 그러나 다수의견에 대한 보충의견이 적절히 비판하는 바대로,⁴⁵⁾ 의사표시의 상대방은 사실상 도로를 관리하는 지자체인데 무슨 근거에서 그 효과는 의사표시의 상대방이 아닌 인근 토지 소유자에게 미치게 되는지 의문이다.⁴⁶⁾

(5) 제7설의 문제점

제7설은 다수의견이 헌법 제23조 재산권 보장의 관점에서 토지 소유자의 소유권을 도외시하는 측면이 있음을 강조하면서, 반대의견2에 대해서는 위 (4)에서 본 바와 같이 이론적 난점이 있음을 지적하고 ‘신의칙’에 기하여 문제를 해결해야 한다는 결론에 이르고 있는바, 그 결론 자체는 충분히 수긍할 수 있다. 다만 각론에 있어서 구체적으로 ‘신의칙’에 의하여 어떻게 문제를 해결할 것인지에 대해서는 침묵한 채 단지 입법에 의한 해결만을 언급하고 있어, 현 시점에서 실제 당면한 문제를 해결하는 데는 아무런 지침을 제공해주지 못하고 있다.

(6) 제8설 및 제9설의 문제점

제8설과 제9설은 공히 대상법리가 효능을 다했으므로 이제는 폐기되어야 한다고 하면서, 특히 물권적 청구와 부당이득반환청구를 달리 판단해야 한다고 하는바, 뒤의 2.와 3.에서 보는 바와 같이 필자도 기본적으로 이러한 입장이 가장 타당하다고 생각한다.

다만, 제8설은 다수의견에 의해 대상법리가 유지되게 된 이상 토지 소유자의 사용수익권이 제한되더라도 지상권의 존속기간에 관한 규정에 착안하여 30년

44) 윤동현(주21), 47면.

45) 다. 확립된 판례 법리를 대체할 수 있는 대안의 부재 (2) 참조.

46) 반대의견2가 일반 공중이 반드시 의사표시의 상대방이 될 필요가 없다고 반박하는 데 대하여, 김상현(주27), 20면이 소유자의 의사표시는 개별적인 것인데 지자체에 대한 의사표시를 다른 일반 공중에게 전용하는 것은 무리라고 의문을 제기하는 것도 이러한 관점에서 타당한 비판이라 생각된다. 박정언·송혜진·이동민(주23), 333면도 의사표시로 인한 법률효과의 귀속대상을 특정할 수 있어야 하는데 불특정 다수에 대한 의사표시를 인정한다면 어느 범위까지 법률효과를 귀속시킬 수 있는지 불명확하다고 지적한다.

후에는 토지 소유자에게 새로운 의사표시를 할 기회를 주어야 한다고 보는데,⁴⁷⁾ 배타적 사용수익권의 제한이 물권적인 것이 아님에도⁴⁸⁾ 물권인 지상권에 관한 규정을 유추적용할 수 있는 근거가 불분명하다.

한편, 제9설은 대상법리는 폐기하고, 1차로는 신의칙, 2차로는 사용대차계약 등 일반론에 더 잡아 문제를 해결하는 것이 타당하다고 하는데, 신의칙은 개별 규정으로 해결이 어려울 때 의지해야 하는 최후의 보루임에도, 신의칙이 1차적이고 사용대차계약 등이 2차적이라는 것은 어떤 취지인지 다소 납득하기 어렵다.

(6) 小結

결론적으로 반대의견1이 지적하는 바와 같이 오직 민법 규정과 그에 기초한 법리가 적용될 수 있는 경우에만 토지 소유자의 사용수익권 행사가 제한될 수 있을 뿐, 토지 소유자의 권리행사를 제한하는 독자적 사유로서 민법에 규정되지도 않은 배타적 사용수익권의 포기를 인정하는 것은 허용될 수 없다. 그렇다면 대상법리는 폐기하는 것이 마땅하며, 이와 달리 다수의견이 대상법리를 그대로 유지하기로 판단한 데에는 찬동할 수 없다. 다수의견에 대한 보충의견은 토지소유자의 의사를 근거로 대상법리를 정당화하고 있으나(사적 자치설), 이는 위 (2)에서 본 바와 같이 무리한 ‘의제’이다. 한편, 반대의견2는 대상법리의 폐기(판례 변경)에 찬동하면서도 그 대체물로 소유권 불행사 의사표시설을 제안하고 있으나 이 또한 위 (4)에서 본 바와 같이 설득력이 있다고 보기 어렵다.

결국 대상법리를 폐기할 경우 이를 대체할 수 있는 것은 현행법상 민법 제2조의 신의칙밖에 없다(신의칙설).⁴⁹⁾ 다수의견에 대한 보충의견⁵⁰⁾과 반대의견2를 지지하는 제5설은 신의칙설에 대해 일반조항으로의 도피⁵¹⁾라고 비판하고 있으나,⁵²⁾ 개별 법률규정으로는 해결할 수 없는 문제를 해결하기 위한 최후 수단

47) 김상헌(주27), 21면.

48) 배병일(주1), 176면. 앞의 II. 4. (1) 참조.

49) 같은 취지로 허민, “사실상 도로에 관한 소유권의 원만한 실현”, 『민사판례연구』 제41권, 민사판례연구회, 2019, 210-214면; 김봉수, “도로통행으로 인한 토지소유권의 제한”, 『민사법의 이론과 실무』 제25권 제2호, 민사법의이론과실무학회, 2022.4., 23면.

50) 다. 확립된 판례 법리를 대체할 수 있는 대안의 부재 (1) 참조.

51) 이에 대해서는 J.W. Hedemann 저·윤철홍 역주, 『일반조항으로 도피: 법과 국가에 대한 하나의 위협』, 법원사, 2019 참조.

52) 윤동현(주21), 42면.

으로 신의칙에 의지하는 것은 엄연히 민법 제2조가 예정하고 있는 바이므로 이러한 비판은 타당하지 않다.

배병일 교수의 대상논문이 대상법리의 폐기를 직접 주창하고 있지 않은 것은 아쉬운 부분이지만, 적어도 대상법리의 법적 근거를 신의칙에서 구하고 있는 것은 결과적으로 타당하다. 다만, 신의칙설에 의할 경우 소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구와 물권적 청구는 이를 구별하여 접근할 필요가 있다. 이하의 논의는 대상법리를 폐기하고 신의칙설에 따르는 것을 전제로 한 것이다.

2. 원소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구

2016다264556 전원합의체 판결의 다수의견은 토지를 사실상 도로 등 일반 공중의 이용에 자발적으로 제공함에 따른 토지 소유자의 이익이나 편익이 인정되고, 공공의 이익과 소유자의 권리행사 제한 사이의 비교형량을 통해서 공공의 이익이 우선한다고 판단된다면, 사실상 도로를 점유·관리하는 국가나 지자체를 상대로 한 토지 소유자의 부당이득반환청구는 인정될 수 없다고 한다. 이 경우 토지 소유자에게 일반 공중의 토지 이용으로 인한 ‘손해’가 없다는 것이다. 그러나 부당이득 반환은 손실자의 손실에 기한 이득자의 이익을 반환하도록 하는 제도로써 토지의 무상 제공을 통해 손실자에게도 편익이 생긴다고 하여 이를 이유로 부당이득 반환청구 자체를 부정하는 것은 부당하다.⁵³⁾

문제는 신의칙설에 의할 경우 원소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구가 혹여 금반언의 원칙에 위배되는 것은 아닌지 여부이다. 살피건대, 원소유자가 처음에는 자발적으로 토지를 사실상 도로 등 일반 공중의 이용에 제공하였고 그로 인해 스스로도 일정 부분 이익을 얻었다고 하더라도, 뒤에 가서 사실상 도로 등을 점유하는 지자체 등을 상대로 그 이득의 반환을 구하는 것은 얼마든지 양립가능한 행위로서 선행행위와 모순된다고 보기 어렵다.⁵⁴⁾ 이러한 점에서 본다면, 배병일 교수의 대상논문이 토지 소유자는 모순행위금지원칙상 지방자치단체 등에 대해 부당이득반환청구를 할 수 없다고 본 데⁵⁵⁾에는 찬동하기 어렵다. 지방자치단체에 소유자가 앞으로도 자신의 권리를 행사하지 않을 것이라

53) 이성진(주22), 219면.

54) 결과에 있어서 같은 취지로 허민(주49), 218-219면; 김봉수(주49), 26-27면.

55) 배병일(주1), 177면. 앞의 II. 4. (4) 참조.

고 믿을만한 정당한 규범적 기대가 형성되었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라, 물건적 청구가 아닌 금전지급청구를 신의칙 위반으로 배척하는 경우는 드물다는 점도 고려해야 한다.⁵⁶⁾

오히려 지자체 등이 관련 법령에 따른 정당한 보상도 없이 사유지를 사용하고 있는 경우에는 점유자의 부당이득반환의무를 인정하는 것이야말로 국민의 재산권 보장(헌법 제23조 제1항)과 법치행정에도 부합한다.⁵⁷⁾ 배병일 교수의 대상논문이 도로법상 도로와 사실상 사도,⁵⁸⁾ 법률에 따른 도로개설행위가 존재하지 않은 사실상 도로를 엄밀히 구분하여, 대상법리는 공법상 손실보상이 당연히 따라야 하는 도로법상 도로에는 적용되지 않고, 공법상 손실보상이 반드시 수반된다고 볼 수 없는 사실상 도로에만 적용된다고 본 것⁵⁹⁾은 이러한 점에서 기본적으로 타당하다. 다만, 사실상 도로의 경우에도 지방자치단체가 포장 공사·하수도 공사 등을 하여 도로로 사용되도록 하거나, 그 도로의 개축·유지·재해복구 등 관리를 담당하는 경우에는, 그 도로 개설의 형식적인 주관자가 누구인지에 관계없이 지방자치단체 등이 도로화된 그 토지를 점유·관리하게 된다고 볼 것이므로, 단지 사실상 도로라는 이유만으로 원소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구를 배척할 것은 아니다.⁶⁰⁾

2016다264556 전원합의체 판결의 다수의견은 원소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구가 부정됨을 전제로 원소유자를 상속한 원고의 용인시에 대한 이 사건 토지에 대한 차임 상당의 부당이득반환청구를 배척하였으나, 달리 특별한 사정이 없는 한 원고의 부당이득반환청구가 모순행위금지원칙에 반한다고 보기는 어려우므로 이러한 판단에는 찬동할 수 없다.

56) 권영준(주30), 485면.

57) 이성진(주22), 217면. 보다 상세한 것은 박정언·송혜진·이동민(주23), 335-340면 참조.

58) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙 제26조 제2항이 정하는 '사실상의 사도', 즉 '도로개설 당시의 토지 소유자가 자기 토지의 편익을 위하여 스스로 설치한 도로' 또는 '토지 소유자가 그 의사에 의하여 타인의 통행을 제한할 수 없는 도로'를 공용수용하는 경우에도 손실보상이 이루어진다(위 시행규칙 제26조 제1항 제2호 참조).

59) 배병일(주1), 178면. 앞의 II. 4. (6) 참조.

60) 반대의견1이 언급하는 바와 같이, 지방자치단체 등이 사실상 지배주체로서 사유지를 도로로 점유하고 있는 경우 관련 법령이 정하는 적법한 보상 절차를 거치지 않는 이상 토지 소유자와의 관계에서 부당이득을 반환해야 한다는 것이 판례의 입장이다. 대법원 1979. 10. 10. 선고 77다508 판결; 대법원 1988. 9. 13. 선고 87다카205 판결; 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.

3. 원소유자의 점유자에 대한 물권적 청구

종래 판례는 대상법리를 소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구에만 적용하여 왔으나, 다수의견은 소유자의 점유자에 대한 물권적 청구에도 대상법리를 확대하여 적용하고 있다. 그러나 일찍이 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009다228, 235 판결이 대상법리는 “소유권의 내용을 장래를 향하여 원만하게 실현하는 것을 내용으로 하므로, 소유권의 보호를 위한 원초적 구제수단인 소유물반환청구권 등의 물권적 청구권과는 무관한 것으로 이해되어야 한다.”고 판시하였음에도, 다수의견이 별다른 설명이나 근거 제시 없이 대상법리를 물권적 청구에까지 확장한 것은 그 자체로도 부적절하다.⁶¹⁾ 다수의견과 같이 대상법리를 유지함을 전제로 하는 한, ‘물권적’ 청구에도 배타적 사용수익권 제한을 인정한다면 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용수익의 권능이 ‘대세적’으로 제한되는 결과가 되는데, 이는 처분권능만 남는 민법이 예정하지 않은 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것으로서 명백히 물권법정주의에 반한다.⁶²⁾ 이러한 점에서 배병일 교수의 대상논문이 대상법리는 부당이득반환청구 사건에만 적용되어야 하고 물권적 청구 사건에까지 적용되어서는 안 된다고 한 것은, 적어도 대상법리를 유지함을 전제로 하는 한 매우 타당한 지적이다.⁶³⁾

다만, 필자와 같이 대상법리를 폐기하고 신의칙설에 따라 문제에 접근하는 관점을 취한다면, 사실상 도로의 기능을 상실시키는 원소유자의 점유자에 대한 물권적 청구는 도로의 공익성, 소유권의 사회적 구속성 등을 고려할 때, 부당이득반환청구와는 달리 신의칙에 반한다고 볼 여지가 크다.⁶⁴⁾ 이때 점유자에게 도로부지로서의 계속성이나 이용자의 통행의 자유에 대한 정당한 신뢰가 있어야 함은 물론이다.⁶⁵⁾

61) 반대의견2도 이 점을 지적한다. 마. 다수의견의 문제점 (3) 참조.

62) 위 2009다228, 235 판결도 이러한 결과는 “객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축된 물권법의 체계를 현저히 교란하게 된다.”고 비판한다(이 판결의 주심은 양창수 대법관이었다).

63) 배병일(주1), 178면. 앞의 II. 4. (7) 참조.

64) 같은 취지로 김봉수(주49), 27-28면. 권영준(주30), 486면도 금전지급청구는 원칙적으로 허용되, 물권적 청구는 상대적으로 넓게 제한하는 것이 타당하다고 하면서, 이를 통해 소유권의 존속보장이 아닌 가치보장이, 동의규칙(property rule)이 아닌 보상규칙(liability rule)이 전면에 등장한다고 한다.

65) 허민(주49), 221-222면.

다른 한편 2016다264556 전원합의체 판결에서 문제된 사안은 대상법리의 적용이 문제된 종전 대부분의 사안과 달리 지하에 매설된 우수관에 관한 것이라는 점에서 특기할만한 점이 있다. 우수관은 사실상의 도로와는 달리 移設이 비교적 용이하기 때문에, 원소유자의 우수관에 대한 철거 청구는 사실상 도로에 대한 철거 청구와 비교하여 상대적으로 권리남용에 해당되지 않을 가능성이 크다.⁶⁶⁾ 이러한 이해가 권리남용금지의 원칙을 엄격한 요건 아래에서만 적용해 온 판례와도 균형이 맞는다. 반대의견¹이 지적하는 바와 같이 판례는 권리남용 금지원칙을 적용함에 있어 대체로 주관적 요건을 요구하고 있다. 가령 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다115243, 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 크다 하여도 그 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다고 판단하였다.” 판례가 주관적 요건을 요구하는 데 대하여 학설상으로는 도리어 반대하는 견해가 우세하지만,⁶⁷⁾ “자신의 권리를 행사하는 자는 누구도 해하는 것이 아니”라는 격언이 웅변하듯 권리의 행사는 쉽사리 권리남용으로 인정되어서는 안 되므로, 이러한 판례는 충분히 수긍할 수 있다.⁶⁸⁾

2016다264556 전원합의체 판결의 다수의견은 대상법리가 물권적 청구에도 적용됨을 전제로 원소유자를 상속한 원고의 용인시에 대한 이 사건 우수관 철거 청구를 배척하였다. 신의칙설을 취하는 필자의 입장에서 원소유자의 점유자에 대한 물권적 청구는 부당이득반환청구와 달리 권리남용에 해당될 여지가 많다고 보지만, 이 사건은 사실상 도로를 철거하는 것이 아니라 지하에 매설된 우수관을 철거하는 것이라는 점에서 사실상 도로와 동일선상에서 판단하는 것은 오히려 부당하다. 권리남용금지의 원칙을 적용함에 있어 주관적 요건을 요구하

66) 김상헌(주27), 22면 주36)도 도로보다 위치를 변경하기 쉬운 우수관에 대하여 도로와 동일하게 평가하는 것은 곤란하다고 한다.

67) 권영준(주30), 486면 주33)에 인용된 문헌들 참조.

68) 같은 취지로 이동형, “권리남용에 있어서 주관적 요건의 필요성”, 『저스티스』 제107호, 한국법학원, 2008, 33면; 김천수, “권리남용과 권리행사상 신의칙”, 『민사판례연구』 제22권, 민사판례연구회, 2010, 40면 참조.

는 판례에 따른다면, 우수권에 대한 철거청구는 사실상 도로에 대한 철거청구에 비하여 권리남용에 해당할 여지가 상대적으로 크지 않다.

4. 특정승계인의 권리행사

앞의 IV. 1. (2)에서 살펴본 바와 같이, 다수의견이 특정승계인의 의사해석을 근거로 원소유자에 대한 배타적 사용수익권 행사 제한의 효과가 특정승계인에게도 원칙적으로 미친다고 보는 것은 무리한 ‘의제’로서 부당하다. 하물며 물권인 주위토지통행권도 특정승계인에게는 승계되지 않다는 것이 확립된 판례의 입장인데,⁶⁹⁾ 채권적 포기에 불과한⁷⁰⁾ 배타적 사용수익권 행사 제한의 효과가 특정승계인에게 승계된다는 것은 명백히 불합리하다.⁷¹⁾ 특정승계인은 원소유자와 달리 자발적으로 토지를 사실상 도로 등 일반 공중의 이용에 자발적으로 제공한 것도 아니므로 특정승계인의 점유자에 대한 부당이득반환청구에 모순행위 금지의 원칙이 적용될 여지도 없다. 따라서 특정승계인의 점유자에 대한 부당이득반환청구도 원소유자의 점유에 대한 부당이득반환청구와 마찬가지로 원칙적으로 허용되어야 한다.⁷²⁾

이러한 점에서 본다면 배병일 교수의 대상논문이 채권적 배타적 사용수익권의 포기는 원칙적으로 당사자 간에만 효력이 있고, 토지의 특정승계인에게는 영향을 미치지 않는다고 본 것⁷³⁾은 매우 타당하다. 다만, 대상논문은 일반 공중의 통행이라는 행위기초가 형성되어 있는 상태에서 특별승계인이 이를 잘 알면서 매수하였다면 그에게도 금반언원칙이 적용되어야 한다고 하면서, 이미 해당 토지가 사실상 도로로서 일반 공중의 통행로로 사용되고 있다면 매수인의 악의는 추정된다고 하고 있다. 그러나 앞의 IV. 1. (2)에서 살펴본 바와 같이 특정승계인이 토지의 제한 상태를 ‘알고 있었다’고 하더라도 그것만으로 그에게 권리행사의 제한을 ‘감수하겠다’는 의사가 있다고 볼 수는 없으므로, 대상논문이 매수인의 악의가 추정된다면 금반언원칙이 적용되어야 한다고 본 데에는 찬동하

69) 대법원 1965. 12. 28. 선고 65다950, 951 판결; 대법원 1985. 2. 8. 선고 84다카921, 922 판결 등 다수.

70) 배병일(주1), 176면. 앞의 II. 4. (1) 참조.

71) 윤동현(주21), 41면.

72) 같은 취지로 허민(주49), 222면.

73) 배병일(주1), 177면. 앞의 II. 4. (5) 참조.

기 어렵다.

한편, 특정승계인의 점유자에 대한 물권적 청구는 앞의 3.에서 본 바와 같이 도로의 공익성, 소유권의 사회적 구속성 등을 고려할 때 부당이득반환청구와 달리 권리남용에 해당할 여지가 많다.⁷⁴⁾

V. 結語

이상의 논의를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 대법원은 여전히 대상법리를 근거로 소유자의 배타적 사용수익권 행사가 제한될 수 있다고 보고 있으나, 오직 민법 제2조 신의칙이 적용될 수 있는 경우에만 토지 소유자의 사용수익권 행사가 제한될 수 있을 뿐, 토지 소유자의 권리행사를 제한하는 독자적 사유로서 민법에 규정되지도 않은 배타적 사용수익권의 제한을 인정하는 것은 허용될 수 없다. 그렇다면 대상법리는 폐기하는 것이 마땅하다. 배병일 교수의 대상논문이 대상법리의 폐기를 명시적으로 주장하지 않은 것은 아쉽지만, 대상논문이 대상법리의 법적 근거를 신의칙에서 구하고 있는 것은 타당하다.

둘째, 원소유자의 점유자에 대한 부당이득반환청구는 특별한 사정이 없는 한 모순행위금지원칙에 반하지 않는 반면, 원소유자의 점유자에 대한 물권적 청구는 권리남용에 해당할 여지가 많다. 이와 달리, 배병일 교수의 대상논문이 토지 소유자는 모순행위금지원칙상 지방자치단체 등에 대해 부당이득반환청구를 할 수 없다고 본 데에는 찬동하기 어렵지만, 대상논문이 대상법리가 물권적 청구에까지 적용되어서는 안 된다고 본 것은 타당하다. 한편, 우수관의 경우에는 사실상 도로에 비하여 상대적으로 이설이 용이하다는 점에서, 우수관에 대한 철거 청구는 사실상 도로에 대한 철거 청구에 비하여 권리남용에 해당할 여지가 크지 않다.

셋째, 대법원은 특정승계인의 의사해석을 근거로 원소유자의 배타적 사용수익권 행사 제한의 효과가 특정승계인에게도 미친다고 보고 있으나, 이는 존재하지 않는 특정승계인의 의사를 의제한 것으로서 부당하다. 특정승계인의 점유

74) 허민(주46), 223면.

자에 대한 부당이득반환청구도 원소유자와 마찬가지로 원칙적으로 허용되어야 하며, 다만 특정승계인의 점유자에 대한 물권적 청구는 부당이득반환청구와 달리 권리남용에 해당할 여지가 많다. 배병일 교수의 대상논문이 배타적 사용수익권 포기의 채권효를 이유로 특정승계인에게는 그 포기의 효과가 미치지 않는다고 본 것은 타당하지만, 대상논문이 매수인의 악의가 추정되는 경우에는 금반언의 원칙이 적용된다고 본 데에는 찬동하기 어렵다.

이상에서 2016다264556 전원합의체 판결을 계기로 현 시점에서 대상논문이 가지는 의미와 한계를 검토하였다. 다시 한 번 배병일 교수님의 정년을 진심으로 경하드리며, 배 교수님께서 앞으로도 학계의 거목으로서 필자를 포함한 후학들에게 지도편달을 아끼지 말아주실 것을 부탁드립니다.

투고일 : 2022.5.22. / 심사완료일 : 2022.6.2. / 게재확정일 : 2022.6.14.

[참고문헌]

- 배병일, 「명예훼손소송과 오신의 상당성」, 영남대학교 출판부, 2019.
- _____, 「일제하 토지조사사업에 관한 법적 연구」, 영남대학교 출판부, 2021.
- J .W. Hedemann 저 · 윤철홍 역주, 「일반조항으로 도피: 법과 국가에 대한 하나의 위험」, 법원사, 2019.
- 공두현, “2019년~2021년 법철학 판례 동향”, 「법철학연구」 제25권 제1호, 한국법철학회, 2022.
- 권영준, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 비판적 검토”, 「서울대학교 법학」 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006.
- _____, “2019년 민법 판례 동향”, 「서울대학교 법학」 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020.
- 김봉수, “도로통행으로 인한 토지소유권의 제한”, 「민사법의 이론과 실무」 제25권 제2호, 민사법의이론과실무학회, 2022.
- 김상현, “배타적 사용·수익권 포기 법리의 타당성 여부를 재론하며”, 「재산법연구」 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019.
- 김천수, “권리남용과 권리행사상 신의칙”, 「민사판례연구」 제22권, 민사판례연구회, 2010.
- 노재승, “독점적·배타적 사용수익권의 포기 이론에 대한 판례의 전개 과정과 법적 성질 검토”, 「裁判과 判例」 제29집, 대구판례연구회, 2021.
- 박영규, “일반인의 통행에 제공된 사유지의 법률관계”, 「민사법학」 제16호, 한국민사법학회, 1998.
- 박정언·송혜진·이동민, “토지 소유자의 배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 고찰”, 「법학평론」 제10권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2020.
- 배병일, “사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권의 포기”, 「사법」 제34호, 사법발전재단, 2015.
- _____, “독도 관련 법령의 체계성과 정합성”, 「독도연구」 제21호, 독도연구소, 2016.
- _____, “여성의 사회운동으로서의 제주도 해녀의 입어관행과 법률과의 충돌에 관한 법사회학적 연구”, 「토지법학」 제35권 제2호, 한국토지법학회, 2019.
- 배성호, “사실상 도로에 대한 대법원의 배타적 사용수익권 포기 법리의 비판적 고찰”, 「한국부패학회보」 제19권 제3호, 한국부패학회, 2014.

- 손홍락, “독점적·배타적인 사용·수익권 행사 제한 법리에 관한 대법원 전원합의체 판결에 대한 소고”, 『민사법의 이론과 실무』 제23권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2019.
- 양형우, “토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권 행사의 제한”, 『홍익법학』 제20권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2019.
- 윤동현, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 검토”, 『사법논집』 제69집, 사법발전재단, 2019.
- 윤용석, “토지 소유자의 독점적·배타적인 사용수익권 행사의 포기에 관한 법리”, 『법학연구』 제60권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2019.
- 이동형, “권리남용에 있어서 주관적 요건의 필요성”, 『저스티스』 제107호, 한국법학원, 2008.
- 이성진, “토지 소유자의 배타적 사용수익권 포기”, 『토지법학』 제35권 제1호, 한국토지법학회, 2019.
- 장성욱·이현석, “배타적 사용수익권 포기 법리에 관한 비판”, 『일감법학』 제41호, 건국대학교 법학연구소, 2018.
- 주지홍, “2021년 채권법 중요판례평석”, 『인권과 정의』 제505호, 대한변호사협회, 2022.
- 최우진, “2010년대 민사판례의 경향과 흐름 - 물권법”, 『안암법학』 제63호, 안암법학회, 2021.
- 허민, “사실상 도로에 관한 소유권의 원만한 실현”, 『민사판례연구』 제41권, 민사판례연구회, 2019.

[국문초록]

이른바 배타적 사용수익권 포기 법리의 再論 - 배병일, “사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권의 포기”, 「사법」 제34호(사법발전재단, 2015.12)의 의미 분석 -

정 구 태*

이 글은 배병일 교수님의 정년을 기념하기 위하여 「사법」 제34호(사법발전재단, 2015.12)에 게재된 배 교수님의 논문 “사실상 도로에 관한 배타적 사용수익권의 포기”(이하 ‘대상논문’이라 한다)의 의미와 한계를 분석하는 것(리뷰)을 목적으로 한다. 이 글의 주된 논의를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 대상논문이 배타적 사용수익권 포기 법리(이하 ‘대상법리’라 한다)의 폐기를 명시적으로 주창하지 않은 것은 아쉽지만, 대상논문이 대상법리의 법적 근거를 신의칙에서 구하고 있는 것은 타당하다.

둘째, 대상논문이 토지 소유자는 모순행위금지원칙상 지방자치단체 등에 대해 부당이득반환청구를 할 수 없다고 본 데에는 찬동하기 어렵지만, 대상논문이 대상법리가 물권적 청구에까지 적용되어서는 안 된다고 본 것은 타당하다.

셋째, 대상논문이 배타적 사용수익권 포기의 채권효를 이유로 특정승계인에게 그 포기의 효과가 미치지 않는다고 본 것은 타당하지만, 대상논문이 매수인의 악의가 추정되는 경우에는 금반언의 원칙이 적용된다고 본 데에는 찬동하기 어렵다.

주제어 : 배타적 사용수익권, 신의칙, 부당이득반환청구, 물권적 청구, 특정승계인

* 조선대학교 법사회대학 교수, 법학박사.

[Abstract]

A Study on the Legal Principles of Supreme Court's Renunciation of Exclusive Utilization Beneficiary Right for De Facto Roadway

Kutae Chung*

The purpose of this article is to analyze (review) the meaning and limitations of the Professor Bae's thesis "Waiver of Right to an Exclusive Use and Benefit as to De Facto Road" (hereinafter referred to as 'the subject thesis') in order to commemorate the retirement of Professor Bae. The main discussion of this article is summarized and summarized as follows.

First, although it is regrettable that the subject thesis did not explicitly advocate for the abolition of the legal principles of Supreme Court's renunciation of exclusive utilization beneficiary right for de facto roadway (hereinafter referred to as the 'subject principle'), it is reasonable that 'the subject thesis' seeks the legal basis for the subject matter principle in the principle of good faith.

Second, although it is hard to agree with the view that 'the subject thesis' does not allow landowners to make a claim for the return of unreasonable profits against local governments, etc. under the principle of prohibition of contradictory acts, it is reasonable to view that 'the subject thesis' should not apply the subject matter principle to claims for property rights.

Third, it is reasonable to view that the waiver does not have any effect on a specific successor because of the effect of the waiver of the exclusive use beneficiary rights in 'the subject thesis'. However, it is hard to agree with the view that the principle of estoppel applies when the buyer's malice is presumed.

* Professor of Law, College of Law & Social Science, Chosun University. Ph.D. in Law.

Key words : the Exclusive Use and Beneficiary Rights, Principle of Good Faith,
Claims for the Return of Unfair Profits, Claims for Property Rights,
Specific Successors