

# 배타적 사용·수익권 포기 법리에 관한 비판\*

## Criticism for Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit

장 성 욱\*\*

Jang, Sung-Wook

이 현 석\*\*\*

Lee, Hyun-Seok

### 목 차

- |                           |                          |
|---------------------------|--------------------------|
| I. 서론                     | IV. 배타적 사용·수익권 포기에 관한 견해 |
| II. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 전개  | 들의 검토                    |
| 과정 및 사례 검토                | V. 결론 및 대안               |
| III. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 내용 |                          |

법원은 도로법을 포함하여 기타 법률이 적용되지 아니하는 사실상의 도로가 일반 공중에 이용되는 경우 토지소유자가 도로를 점유하는 지방자치단체를 상대로 한 부당이득 반환청구소송에 관하여 토지소유자가 도로부지의 토지에 대하여 배타적 사용·수익권을 포기하였다는 이유로 기각판결을 하고 있다.

이는 우리 법원만의 독특한 법리인데 그 기원은 1960-70년대 급속한 도시의 발달 또는 새마을운동으로 인한 도로를 정비하는 과정에서 명의이전과 보상의 문제가 제대로 이루어지지 않은 상태에서 시간이 흘렀고 이로 인하여 토지소유자 또는 그 특정승계인이 지방자치단체를 상대로 한 토지사용료 상당액의 부당이득반환청구에 대한 지방자치단체의 재정적 부담을 고려한 판결로 보인다.

투고일 : 2018. 8. 31. / 심사회의일 : 2018. 9. 17. / 게재확정일 : 2018. 10. 8.

\* 이 논문은 2017년 6월 건국대학교 부동산대학원에서 심사한 석사학위논문을 수정·보완한 것이다.

\*\* 주저자, 건국대학교 일반대학원 부동산학과 박사과정

Doctoral Candidate, Department of Real Estate Studies, Graduate School of Konkuk University

\*\*\* 교신저자, 건국대학교 부동산학과 교수

Professor, Department of Real Estate Studies of Konkuk University

배타적 사용·수익권의 포기 법리에 대하여 학계에서는 소유권의 본질, 물권법정주의, 공시의 원칙, 의사표시 해석의 방법, 헌법상 재산권보장의 원칙에 반한다 등의 의견이 개진되었다. 이에 대법원 스스로도 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 소유권의 본질, 또는 물권법정주의에 반한다고 판결을 내린 바는 있었으나 이는 전원합의체 판결이 아니므로 기존 판례를 변경한 것은 아니었다. 최근 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 유지하되 신의칙상 금반언의 원칙이나 형평의 원칙에서 그 근거를 찾자는 견해도 있다. 이와 같은 논의를 보면 배타적 사용·수익권의 포기 법리는 기존의 물권법상의 법리와 충돌되는 것으로 보여진다.

그렇다면, 배타적 사용·수익권의 포기라는 독특한 법리를 과감하게 폐지하고 만약 각 사안별로 구체적 타당성이 꼭 필요한 사안이라면 배타적 사용·수익권의 포기가 아니고 민법의 일반법리인 신의칙 또는 형평의 원칙을 적용하여 결론의 타당성을 기하여야 할 것이다.

**[주제어]** 도로사용료, 배타적 사용·수익권의 포기, 부당이득반환

## I. 서론

1960년대부터 급속한 지역개발의 흐름에 따라 택지조성사업을 이유로 마을에 길을 내거나 1970년대부터 시작된 새마을사업의 일환으로 이루어진 동네길 확장사업에 따라 토지소유자가 자신의 토지 일부를 마을길 개설이나 동네길 확장에 기부하거나 무상으로 제공하는 경우가 많았다. 이 경우 1960년 1월 1일부터 시행된 민법의 물권변동에 관한 성립요건주의(민법 제186조)에 따라 국가나 지방자치단체(이하 ‘지방자치단체 등’)가 토지의 기부자나 무상제공자로부터 등기를 이전받아 지방자치단체 등의 소유로 귀속하여야 함에도 불구하고 그렇게 하지 아니한 경우가 많았다. 최근에 이르러 지역발전과 추가적인 도로개설에 따라 도로 주변의 지가가 상승하였고, 이에 당해 토지를 도로 개설에 제공한 당사자나 후손이 도로부지의 소유명목이 지방자치단체 등이 아닌 기부 당사자로 되어 있거나, 또는 이를 매수한 자가 지방자치단체 등을 상대로 사실상 도로에 대한 점유로 인한 부당이득의 반환을 청구하는 등 권리를 주장하는 경우가 많아지고 있다. 이 때 지방자치단체 등은 열악한 예산 사정을 이유로 기부 당사자의 부당이득반환청구에 대하여 재정적 어려움을 호소하였고, 이에 대법원은 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 근거로 당사자의 부당이득반환청구를 배척하였다.

배타적 사용·수익권 포기법리는 우리 대법원이 부당이득반환 분야에서 창출한 특유

한 법리이다. 이는 대법원 1974. 5. 28. 선고 73다399 판결에서 처음 등장하여 대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결 이후 본격적으로 논의되었다.

그러나 배타적 사용·수익권 포기의 법리는 처음부터 근거 없이 도입되었고, 이에 대하여 대법원에서 말하는 포기라는 의미가 무엇인지에 대하여 논의가 되었고, 소유권의 본질에 반할 뿐만 아니라 물권법정주의 및 공시의 원칙에 반한다 또는 의사표시의 해석에 반할 뿐만 아니라 재산권보장이라는 헌법상 원칙에도 반한다는 등 많은 비판을 받아오고 있었다. 대법원은 배타적 사용·수익권 포기의 법리를 그대로 답습하다가 최근에 스스로 소유권의 본질 또는 물권법정주의에 반한다고 판시한 바 있다. 그러나 최근 대법원의 판결은 전원합의체로 한 판결이 아니므로 아직도 하급심법원에서 배타적 사용·수익권 포기의 법리가 재판의 한 기준으로 그대로 적용되고 있는 실정이다.

이처럼 배타적 사용·수익권 포기의 법리는 법리로서 타당한가에 대하여 많은 비판을 받고 있을 뿐만 아니라 법원의 스스로도 자성의 목소리가 있는 듯하다. 그렇다면 배타적 사용·수익권 포기의 법리가 유지할 필요가 있는지 근본적인 의문을 가지게 되면서 이에 대한 연구를 하게 되었다. 이에 배타적 사용·수익권 포기 법리가 어떻게 발생하였으며 그 전개과정이 어떠한지를 살펴본 후 위 법리가 적용된 각 사례가 어떠한 것이 있는지 구체적으로 보고, 위 법리가 적용되기 위한 공통적인 기준을 추출하여 살펴보도록 하겠다.

그리고 대법원이 말하는 배타적 사용·수익권의 포기 법리라는 의미가 무엇인지 살펴본 후, 이에 대한 배타적 사용·수익권의 포기에 대한 각 견해를 검토하고, 위의 법리가 가지고 있는 문제점과 그 대안을 살펴보도록 하겠다.

## II. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 전개과정 및 사례 검토

### 1. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 성립

1960년대 이후 급속하게 개발성장한 시기에 수용이나 협의취득 등 적법한 절차를 거치지 아니하고 도로가 개설된 사안 중에서 지방자치단체의 재정적 부담을 고려하여 토지소유자의 부당이득반환을 할 수 없는 경우가 많았고 이에 따라 대법원이 '무상으로 통행할 권한을 부여한 이상 그들의 통행을 인용할 의무를 처음부터 부담하였으므로

토지 소유자에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없다’는 취지의 법리를 개발하였다고 추측된다.<sup>1)</sup> 이에 대하여 토지소유자가 분할매각 또는 지가상승을 위한 토지개발이 주민들을 위하여 사실상 도로를 제공한 경우 부당이득반환청구를 제한하기 위하여 단순히 신의성실의 원칙이라는 일반조항의 남용이라는 비판을 피하기 위하여 대법원이 법리를 개발하였던 것으로 생각된다는 견해도 있다.<sup>2)</sup>

## 2. 배타적 사용·수익권 포기 법리로의 발전

대법원은 1973. 8. 21. 선고 73다401 판결에서 무상통행권이라는 용어를 최초로 사용하였다. 그러나 그 후 배타적 사용·수익권의 포기는 토지소유자의 주관적 의사의 문제인 반면 점유는 사실상 지배라는 객관적 관계에 관한 것이므로 배타적 사용·수익권의 포기과 점유를 별도로 판단하여야 하는 것으로 위 대법원 1974. 5. 28. 선고 73다399 판결에서 점유가 아닌 부당이득반환청구권의 요건사실 중 손실요건을 부정하는 기능으로 점유와 별개의 것으로 논의가 되면서 배타적 사용·수익권이 논의되었다.

대법원은 1989. 7. 11. 선고 88다카1667 판결에서 ‘어느 사유지가 종전부터 자연발생적으로 또는 도로예정지로 편입되어 사실상 일반의 통행로로 사용되고 있는 경우 토지소유자가 그 사용수익권을 포기하였다거나 도로로서의 사용승낙을 하였다고 의사해석을 함에 있어서는 그가 당해 토지를 매수한 경위나 보유기간, 나머지 토지를 도시계획선에 맞추어 분할매각한 경위와 그 규모, 통행로로 쓰이는 당해 토지의 위치나 성장, 주변환경 등 여러 사정을 종합하여 신중히 판단하여야 한다.’며 사용·수익권의 “포기”를 언급하면서 그 구체적인 판단기준까지 제시하였다.

대법원은 배타적 사용·수익권의 포기를 적용하여 원심판결을 파기하거나, 상고인의 주장을 배척함에 있어 “부당이득에 관한 법리 오해”, “채증법칙 위반”등을 언급해 오다가, 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다58216 판결에서 ‘도로의 점유에 있어서의 배타적 사용·수익권의 포기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다’라고 판시함으로써 법리

1) 권영준, “배타적 사용·수익권의 포기 법리에 관한 비판적 검토”, 법학 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 326쪽. 배병일, “사실상 도로에 관한 배타적 사용·수익권의 포기”, 사법 제34호, 사법발전재단, 2015, 161쪽의 경우 지방자치단체는 열악한 예산 사정을 이유로 기부 당사자의 부당이득반환청구에 대하여 재정적 어려움을 호소하였고, 이에 대법원은 배타적 사용·수익권 포기 법리를 근거로 당사자의 부당이득반환청구를 제한함으로써 이를 해결하고 있다(배병일, 같은 논문, 161쪽.)

2) 김영훈, “배타적 사용·수익권의 포기 법리의 법적 성격과 그 적용범위”, 민사판례연구 제36집, 민사판례연구회, 2014, 68-70쪽.

로서 지위를 명시적으로 하였다.

### 3. 배타적 사용·수익권 포기 법리에 대한 비판적 판결

대법원은 2009. 3. 26. 선고 2009다228,235 판결에서 ‘그런데 소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용수익의 권능이 소유자에 의하여 대세적으로 유효하게 포기될 수 있다고 하면, 이는 결국 처분권능만이 남는 민법이 알지 못하는 새로운 유형의 소유권을 창출하는 것으로서, 객체에 대한 전면적 지배권인 소유권을 핵심으로 하여 구축된 물권법의 체계를 현저히 교란하게 된다. 그러나 그 당부는 별론으로 하고, 그 논리는 소유권의 내용을 장래를 향하여 원만하게 실현하는 것을 내용으로 하여 소유권의 보호를 위한 원초적 구제수단인 소유물반환청구권 등의 물권적 청구권과는 무관한 것으로 이해되어야 한다. 또한 토지의 소유권자가 그 토지에 관한 사용수익권을 점유자에 대한 관계에서 채권적으로 ‘포기’하였다고 하여도, 그것이 점유자의 사용수익을 일시적으로 인정하는 취지라면, 이는 사용대차의 계약관계에 다름 아니다. 그렇다면 사용대주인 소유권자는 계약관계의 해지 기타 그 종료를 내세워 토지의 반환 및 그 원상회복으로서의 건물의 철거(민법 제615조 참조)를 청구할 수 있다. 그러므로 사용수익권의 채권적 포기를 이유로 위 청구들이 배척되려면, 그 포기가 일시적인 것이 아닌 영구적인 것이어야 한다.’라고 판시함으로써 배타적 사용·수익권 포기의 법리의 정당성에 관하여 의문을 제기하기 하였다.<sup>3)</sup>

### 4. 배타적 사용·수익권 포기의 사례검토

#### 4.1 문제의 제기

배타적 사용·수익권 포기의 법리에 대한 대법원의 전체적인 모습을 그렸다. 그러나 이는 전체적인 모습인 것이고 대법원의 입장을 분명히 파악하기 위해서는 구체적으로 어떠한 사례에서 배타적 사용·수익권 포기의 법리가 적용되었는지 살펴봐야 할 필요성이 있다. 이에 먼저 배타적 사용·수익권 포기의 법리가 적용된 사례를 살피고, 다음으로 적용되지 않은 사례를 살펴본 후 대법원의 공통분모를 찾아야 할 것이다.<sup>4)</sup>

3) 김영훈, 위의 논문, 68-70쪽.

## 4.2 배타적 사용·수익권 포기를 인정한 사례

### 4.2.1 토지소유자가 일단의 택지를 조성하여 분양할 때 공로에 이르는 도로를 개설한 경우

토지소유자가 일단의 택지로 조성, 분양하면서 개설한 기왕의 도로를 행정청이 확장 포장한 경우,<sup>5)</sup> 대한민국 산하 육군 제1군사령부가 주택건설위원회를 조직하여 1967년 경 당시 임야이던 이 사건 토지를 포함한 약 30,000평의 토지를 매수하여 1967년 5월경부터 총 24,000여 평 300여 필지의 주택단지를 조성하고 외부의 공도와 연결되는 폭 20미터 인 간선도로 1개를 각 개설하였고 이 사건 토지를 위 간선도로의 부지로 할당한 경우<sup>6)</sup>가 있다.

### 4.2.2 토지 소유자가 비교적 큰 토지를 다수의 필지로 분할하는 택지조성사업을 실시하여 일반에게 매도하고, 도시계획선에 저촉되는 토지 또는 도로예정지였으나 도시계획사업이 시행되지 않던 토지가 자연스럽게 공로로 이를 수 있는 도로로 사용된 경우

이 사건 제1, 2토지는 도시계획법에 따라 위 토지에 대하여 인천시의 도시계획도로로 결정고시 하였으나 도시계획사업이 시행되지 아니하고 있는 사이에 위 각 임야에 관하여 택지조성을 위한 형질변경과 수차례의 분할, 합병 및 지목변경을 거쳤고 택지를 조성하고 일반인에게 분양한 후 이 사건 제1, 2토지는 도시계획선에 저촉되는 위 토지를 제외한 나머지 택지에 새 건물이 건축됨에 따라 위 제1, 2토지가 자연히 일반인이 통행하는 도로로 사용하게 된 경우,<sup>7)</sup> 이 사건 제1토지, 이 사건 제2토지는 각 분할되어 나온 토지들인데, 이 사건 각 토지에 관하여 도시계획상 도로시설로 결정을 하였으나 도시계획사업이 시행되고 있지 아니한 사이에 필지로 분할하여 이를 택지로 각 분양하였고, 분양당시 위 000으로서는 위 분양받은 사람들이나 그 지역에 거주하는 주민들이 공로로 통행할 수 있는 통행로를 마련하여 줄 처지이어서 이미 도시계획상 도로로 시설결정된 이 사건

4) 김영훈, 위의 논문, 75-79쪽. 이에 대하여 논문의 상당한 분량의 판례를 유형별로 분류하여 소개하고 있다. 본 논문은 김영훈의 논문상의 판례분류를 인용하였다. 다만, 김영훈의 논문에 판례를 다 소개하기 보다는 사건번호 중심으로 소개되었다. 이에 대법원사이트를 통하여 판결의 내용이 검색 가능한 판례는 최대한 본 논문에 인용하였고 김영훈의 판례요약도 인용하였다.

5) 대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결.

6) 대법원 1992. 7. 24. 선고 92다15970 판결.

7) 대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카4482 판결.

토지를 제외하고 분양하였고 주민들은 이 사건 토지를 제외하고는 공로에 이르는 통로가 없었으므로 이 사건 토지를 공로로 사용하여 자연스럽게 통행로가 된 경우,<sup>8)</sup> 이 사건 토지는 원래 분할 전 토지의 일부였는데, 경상북도가 이 사건 토지부분을 도로예정지로 고시하였으나 아직 도시계획사업이 시행되지는 아니하고 있는 상태에서 원고가 분할하여 분양한 사실과 이 사건 토지는 그 주민들과 맞은편 공동주택의 거주자 등 일반의 통행에 사실상 사용되기 시작한 후 1986년경 주민들이 이 사건 토지가 비포장이고 하수 도시설이 없어 불편함을 당국에 호소하게 되었고 그것이 받아들여져 피고가 공사비의 70퍼센트를 부담하고 나머지는 주민들이 부담하여 주민자조사업으로 위 토지를 포장하고 하수도를 설치하는 공사를 시행한 경우,<sup>9)</sup> 이 사건 토지는 폭 6미터의 주택가 골목길의 일부를 이루는 토지로서 피고가 1971년경 도시계획상 도로예정지로 지정하였고, 인근 주택조합원들에 의하여 화단이 조성되어 이 사건 토지 전부가 인근주민의 통행에 제공되고 있는 사실, 이 사건 토지는 분할 전 토지 중 이 사건 토지가 있는 부근에는 오래 전부터 자연적으로 형성된 도로가 있어 일반의 통행에 이용되어 왔고, 1971년경에는 위와 같이 피고에 의하여 도시계획상 도로예정지로 지정되기까지 한 사실, 이 사건 토지는 위 도시계획에 맞추어 인근 주민들의 통행로로 그대로 남겨둠으로써 결국 이 사건 토지 전부가 지금까지 도로로 이용되어 오고 있는 사실, 이에 의하면 원고들은 그곳에 일단의 단지를 조성하여 이를 택지 자체로서 분양하거나 또는 그 위에 주택을 지어 분양하면서 그 분양받은 사람들이나 지역주민들을 위하여 공로로 통할 수 있는 통행로를 마련하여 주어야 할 입장인 경우,<sup>10)</sup> 원고들은 이 사건 토지를 제외한 나머지 60필지의 토지를 택지로 조성한 다음, 같은 해 5월경부터 이 사건 토지를 제외한 나머지 토지 약 55필지를 타에 처분한 결과 도로예정지인 이 사건 토지의 경계를 따라 택지 상에 건물이 건축되었는데 위 택지들 대부분은 이 사건 토지를 제외하고는 공로에 이르는 다른 통로가 없어 주민들은 자연스럽게 이 사건 토지를 공로에 이르는 도로로 사용하기 시작한 경우,<sup>11)</sup> 소외 회사는 위 분할의 결과 분할된 토지에 모두 걸치는 도로의 형태로 중앙부분에 위치하게 된 이 사건 토지를 남겨두고, 나머지 분할된 토지들은 1971년 3월경부터 1973년 5월경까지 사이에 대부분 타인에게 매각하여 그들 토지 위에는 1970년 12월경부터 1974년 1월경까지 사이에 주택들이 건축된 사실, 소외 회사는 그 분할된

8) 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다14546 판결.

9) 대법원 1991. 7. 9. 선고 91다11889 판결.

10) 대법원 1993. 9. 28. 선고 92다17778 판결.

11) 대법원 1994. 11. 25. 선고 93다54347 판결.

토지들 및 그 일대 토지상에 건축된 토지들에 거주하는 주민들로 하여금 자연스럽게 이 사건 토지를 통행로로 사용하도록 방치하다가 스스로 지목을 “대”에서 “도로”로 변환하는 지목변환신고를 하였고, 이에 피고는 이 사건 토지 등 위 2필지의 지목이 각 도로로 변경된 사실, 이 사건 토지를 도로시설로 하는 도시계획을 결정, 고시하고 이어 1979년 9월 28일 지적승인까지 하였으나, 아직까지 도시계획법이나 도로법에 의한 적법한 도로 개설이 이루어지지 않는 상태인데, 피고는 이 사건 토지에 아스팔트포장공사를 시행하고 이를 일반 공중의 교통에 공용되는 도로로 제공한 경우,<sup>12)</sup> 이 사건 토지는 이미 1969년 1월 18일 피고에 의하여 도시계획법상의 도로예정지로 지정, 고시된 사실을 알고서도 원고가 이를 함께 매수 취득한 점, 원고가 스스로 일단의 택지조성사업을 시행한 다음 이를 분양, 매각한 점, 이에 따라 이 사건 토지를 제외한 부분에 건물이 건축되어 이 사건 토지는 자연히 일반인과 차량이 통행하는 폭 6미터 가량의 주택가 이면도로가 된 경우,<sup>13)</sup> 이 사건 토지는 이 사건 분할 전 토지에서 분할 및 지목변경된 토지로서, 이 사건 분할 전 토지에서 분할되어 택지로 조성한 후 그 중 28필지는 같은 해 6월 17일과 1962년 7월 31일에 제3자들에게 모두 매각하여 소유권을 이전하여 주었다. 이 사건 토지 중 일부가 도시계획시설인 도로로 결정·고시되었으나 그에 따른 도시계획사업은 시행되지 아니하다가, 이 사건 분할 전 토지를 분할하여 매각한 이후 이 사건 토지가 분할·매각된 나머지 토지들의 입구와 가운데 부분에 해당되었으므로 그 때부터 나머지 토지들의 사용자들이 이 사건 토지를 자연스럽게 통행로로 이용하기 시작한 후 콘크리트 포장까지 된 경우,<sup>14)</sup> 소외인은 환지 받은 토지를 분할하여 그 중앙에 있는 이 사건 토지를 남겨두고 나머지 토지를 택지로 매도한 사실, 이 사건 토지는 분할·매도된 나머지 토지들로부터 공로(공로)에 이르는 유일한 통행로로 무상 제공되어 인근 주민이 통행로로 이용한 사실, 그 후 피고가 이 사건 토지에 매설된 하수관로 확장 공사를 하는 등으로 사실상 지배주체로서 위 토지를 점유하게 된 사실, 이 사건 토지는 소외인 명의로 있다가 공매처분 되어 원고가 이를 낙찰 받은 경우<sup>15)</sup>가 있다.

#### 4.2.3 토지소유자가 직접 분할하지는 않았으나, 4.2.2와 같이 볼 수 있는 경우

토지 소유자가 제3자에게 토지를 매도하였으나 등기를 이전하지 않는 상태에서 형질

12) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20013 판결.

13) 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다31412 판결.

14) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다52844 판결.

15) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012다26411 판결.

변경, 분할절차를 토지 소유자 명의로 신청하는 등 제3자에게 협조하여 도시계획상 도로 예정지를 제외한 나머지 토지를 분할하여 10여명에게 매도한 뒤, 중간생략등의 방법으로 그 매수인들에게 소유권을 이전한 사안,<sup>16)</sup> 토지소유자의 토지가 환지되면서 분할되었고, 분할된 토지를 그 친족들이 소유권을 취득하였고 그들은 이후 사건 토지를 제외한 나머지 토지를 매도하였는데, 분할 당시 사건 토지는 공로에 이르는 유일한 통로였고, 사건 토지의 면적이 전체 토지의 약 14%정도인 사안<sup>17)</sup>이 있다.

#### 4.2.4 토지 소유자가 아파트 단지 등을 신축하기 위하여 매입한 토지 중 일부를 아파트 단지 등의 도로로 제공한 경우

건설회사가 이 사건 토지 인근에 대규모 아파트단지를 건립하기 위하여 이 사건 토지를 비롯하여 인근 토지를 매수하였고 그 이전에 이미 인근토지소유자들이 사실상의 도로로 사용 중 총면적 11,889.87평방미터의 5층 아파트 2동 130세대와 근린생활시설 등 부대시설을 건축하기로 계획하면서 이 사건 토지는 위 아파트 단지의 외곽도로의 일부로 제공하기로 하였고 위 아파트 각 세대를 수요자 등에게 분양하여 현재 이 사건 토지가 포함된 위 남서쪽 및 북동쪽의 사실상의 도로를 위 아파트 입주자 등의 주민들이 통로로 사용하고 있는 경우,<sup>18)</sup> 건설회사가 도로예정지로 지정된 토지부분을 도로로 개설하여 기부채납하기로 하는 약정을 전제로 주택건설사업승인을 받고, 이 사건 토지는 아파트 단지의 가장자리를 둘러싼 길고 좁은 토지로서 아파트 단지 면적의 5%인 사안,<sup>19)</sup> 414세대 아파트 건설을 위하여 사업부지의 3%정도의 토지를 아파트 출입구와 연결한 통행로였으나, 아파트가 재건축되어 출입구 방향이 바뀌어 주로 인근 주민들이 사용하게 되었지만 아파트 단지 중앙을 관통하는 길과 연결 되어 길이 구성부분을 있는 사안<sup>20)</sup>이 있다.

#### 4.2.5 도로로 사용되는 토지의 면적이 작고, 공로로 통하는 유일한 도로이거나 인접 토지의 효용에 이바지하여 그 위치나 모양이 도로로 적합한 경우

토지 소유자가 1,227평을 여러 필지로 분할하여 매도하면서 전체 토지의 9.37%(115평)

16) 대법원 1992. 9. 14. 선고 92다1162 판결.

17) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다25890 판결.

18) 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다7166 판결.

19) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다32552 판결.

20) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다8802 판결.

정도의 토지를 남겨 두었는데, 그 토지는 분할 전 토지의 가장자리에 위치한 길고 폭이 좁은 토지인 사안,<sup>21)</sup> 토지소유자가 분할 전 토지를 매수하여 분할하였는데, 사건 토지 형태가 도로에 적합하고, 토지소유자에 의하여 지목이 도로로 변경되었으며, 오랫동안 도로로 사용되어 인접토지의 효용에 이바지한 사안<sup>22)</sup>이 있다.

#### 4.3 배타적 사용·수익권 포기를 인정하지 않은 사례

4.3.1 토지 소유자가 비교적 작은 토지를 2~3필지로 분할하고, 그 중 일부를 도로로 지목 변경하여 그 토지가 도로로 사용되다가 지방자치단체가 도로로 점유한 경우 575㎡의 토지를 3개 필지로 분할하여 그 중 1개에 대하여 도로로 지목변경을 한 사안<sup>23)</sup>이 있다.

4.3.2 토지 소유자가 큰 토지를 장기간에 걸쳐 분할하였고, 다른 도로가 있는 경우 2,592평을 약 20년간에 걸쳐 34개 필지로 분할하였고, 다른 사실상의 도로가 있는 경우<sup>24)</sup>가 있다.

4.3.3 토지 소유자가 토지를 분할하여 매도할 당시 다른 도로가 존재하여 일부 토지를 도로로 제공할 필요가 없었던 경우

3,004㎡의 토지를 11필지로 분할 매도, 도시계획에 의하여 도로시설로 지적승인 고시되었던 도로부분 토지를 남겨 두었으나, 분할매도 당시 4m 폭의 도로가 있어 각 분할매수인들의 통행문제가 없었던 사안(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다7286 판결)이 있다.

4.3.4 토지 소유자가 큰 토지를 다수의 토지로 분할하여 매도하였으나, 스스로 택지조성 사업을 하지는 않았고 도시계획에 관한 지적고시로 인하여 건축이 제한되어 나머지 토지를 매도하기 위한 방편으로 일부 토지를 남겨 두게 되었으며, 그 도로부지의 규모가 비교적 큰 경우

이 사건 토지가 165㎡(50평)와 119㎡(36평)이고 분할 전의 토지가 1,559평과 그에 인접

21) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다27114 판결.

22) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다97093 판결.

23) 대법원 1992. 9. 22. 선고 92다22343 판결.

24) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다9692 판결.

한 149평이고 폭 6m<sup>2</sup> 도로인 사안<sup>25)</sup> ‘이 사건 토지가 349평이고 원래 토지가 1,311평이고 이 사건 토지가 일반차량 및 노선버스의 통행에 제공되고 있는 사안,<sup>26)</sup> 분할 전 토지가 1,092평이고 폭이 8m나 되도록 통행로로 제공하는 방법으로 분할 전 토지를 분할 매각할 수밖에 없었다고 단정하기는 어렵게 보이는 점, 이 사건 토지가 분할 전 토지에서 차지하고 있는 비율이 15.6%에 이르는 사안,<sup>27)</sup> 이 사건 토지상의 도로는 노폭이 8m에 이르고 ‘卜’자 형태를 이루고 있어서 이 사건 분할 전 토지 전체 면적 중 24% 이상을 차지한 사안<sup>28)</sup>이 있다.

#### 4.3.5 도시계획결정 고시에 의하여 토지를 사용하지 못한 것에 불과한 경우

원고가 본점 사옥의 건립을 위하여 이 사건 토지부분을 포함한 그 일대의 토지를 취득하였으나 그 후 피고 시의 도시계획결정 고시에 의하여 이 사건 토지부분이 도로예정지로 편입되는 바람에 이 사건 토지부분이 본점 사옥건물의 부지에서 제외되었고, 피고 시가 이 사건 토지부분을 위와 같이 일반 공중의 통행로로 공여한 사안,<sup>29)</sup> 이 사건 도로 부분이 도로예정지로 지정고시 되어 있기 때문에 건축물을 신축할 수 없는 등 사용수익이 사실상 제한되어 그에 맞추어 건축을 시행한 것에 불과,<sup>30)</sup> 이 사건 토지가 도로예정지의 지정고시가 되고 난 이후에 이를 비롯한 주위의 토지를 매수하여 이 사건 토지 부분을 제외한 나머지 토지상에 다세대주택을 건축하여 분양하면서 도로예정지의 지정고시가 있었기 때문에 그로 인한 사용·수익의 제한으로 말미암아 부득이 이를 건축 대상에서 제외시킨 것으로 보이는 점, 이 사건 토지는 그 면적이 484m<sup>2</sup>이고, 그 폭이 6m나 되는 도로이며, 당시 원고의 전체 소유 토지에서 차지하는 비율이 23.47%나 되는 점, 이 사건 토지의 현황이 막다른 도로로서 원고 및 소외인들이 건축한 다세대주택이 주민들이 주로 이용한다 하더라도 향후 도시계획이 완료되면 완전한 도로로 개통될 예정인 사안,<sup>31)</sup> 원고가 도시계획에 관한 지적고시 때문에 관계 법령에 따라 도로가 설치되기로 예정되어 있는 부분 위에는 건축물을 신축할 수 없는 등 사용수익이 사실상

25) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다11930 판결.

26) 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다30907 판결.

27) 대법원 1995. 11. 24. 선고 95다39946 판결.

28) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다11829 판결.

29) 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다58216 판결.

30) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다35559 판결.

31) 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다59262 판결.

제한되어 있는 나머지 토지를 처분하기 위한 방법으로 부득이 도로가 설치되기로 예정되어 있는 부분을 이 사건 토지로 분할하여 놓고 나머지 토지를 분할매각하자 그 매수인들이 도시계획에 맞추어 상가 등을 건축하면서 이 사건 토지를 도로로 사용하게 된 사안<sup>32)</sup>이 있다.

#### 4.3.6 도로로 사용되고 있는 현황에 따라 건축물을 건축한 것에 불과한 경우

토지의 일부가 골목길로 사용되고 있어 그 길을 따라 벽돌 슬라브 1층 주택의 건축허가를 받아 건축한 사안<sup>33)</sup>이 있다.

#### 4.3.7 분할 전 토지의 소유자가 택지 등으로 분양하려고 스스로 분할한 것이 아니고, 도로로 사용되는 토지의 면적, 위치 등에 비추어 다른 토지의 효용을 위한 것으로 보기 어려운 경우

밭으로 사용되는 토지의 소유자가 이 사건 토지를 제외한 나머지 토지를 분할하여 대도하였으나 택지 등으로 분양하기 위하여 분할한 것은 아닌 상황에서 수차례의 매매가 이루어졌고 이후 주변에 상가 등이 생기면서 도시계획의 필요가 생겨 이 사건 토지에 대하여 도시계획이 이루어졌으며, 이 사건 토지가 노폭 10m의 도로가 된 사안<sup>34)</sup>이 있다.

#### 4.3.8 분할 및 지목변경 당시 주변 토지이 이용을 위하여 일부 토지를 제공할 만한 사정이 없는 경우

1940년 5월 30일 분할된 사건 토지의 지목이 답에서 도로로 변경되었으나, 이 사건 토지의 폭이 왕복 2차로의 도로로 사용될 정도로 넓고, 연접한 토지 폭도 비슷하며 분할 당시 주변 토지들은 전 또는 답으로 이용되고 있어 주변 토지의 이용을 위하여 이 사건 토지가 불가결하였다거나 이 사건 토지가 통행로 이외로의 사용이 부적합하다는 사정이 없는 사안<sup>35)</sup> 1928년경 분할되면서 지목이 답에서 도로로 변경되었으나, 도로부지의 폭이 12m, 40m에 이르고 인접 토지의 폭도 같은 정도이며, 전체 면적에 대한 비율이 35.7%이고 분할 당시 주변 토지들이 전이나 답으로 이용되고 있었던 사안<sup>36)</sup>이 있다.

32) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다19259 판결.

33) 대법원 2000. 1. 18. 선고 99다46997 판결.

34) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2005다29924 판결.

35) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005다29924 판결.

36) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다27041 판결.

### 4.3.9 오래 전부터 도로로 사용되었고, 그 소유자가 이의를 제기하지 않았다는 점 외에 입증이 없는 경우

대한민국 수립 이전에 이미 도로로 형성되어 국도로 사용되던 이 사건 각 토지에 대하여 피고 대한민국이 아스팔트 덧씌우기 공사를 시행하여 주민 및 차량의 통행에 제공하면서 현재에 이르고 있는 점, 이 사건 각 토지에 도로가 개설되고 대한민국이 수립된 이후 피고들이 이를 도로로 관리하면서 점유·사용하여 오고 있음에도 불구하고 약 80년이 넘는 기간 동안 종전 소유자들이 이 사건 각 토지가 도로로 사용되는 것에 이의를 제기하거나 보상금이나 사용료의 지급을 요구한 바가 없었던 것으로 보이고 그들 명의로 소유권이전등기를 경료하지도 않은 사안<sup>37)</sup>이 있다.

## 4.4 소결

대법원이 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 적용한 사례와 적용을 부정한 사례를 나누어 살펴보고, 각 사례별로 유형화하여 좀 더 구체적으로 살펴보았다. 그렇다면 대법원이 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 적용한 사례의 공통적인 요소는 무엇인가? 즉, 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 적용하는 일반적인 기준을 살펴보도록 하겠다.

## 5. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 적용 기준

### 5.1 일정한 토지가 도로로 사용됨을 원인으로 한 토지 소유자의 청구일 것

배타적 사용·수익권의 포기 법리는 원칙적으로 도로로 사용됨을 원인으로 하는 부당 이득반환청구 사건에서만 적용될 뿐 도로의 철거 또는 인도의 청구를 구하는 물권적 청구권에 대하여 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 적용되지 않는다 할 것이다.

다만, ‘피고가 이 사건 토지 인근의 택지소유자들을 비롯하여 그 택지를 내왕하는 사람들에 대하여 배타적 사용·수익권을 주장하며 그 통행을 방해하는 등의 행위를 할 수 없다고 하더라도’라는 판결<sup>38)</sup>을 기초로 하여 ‘물권적 청구권에도 적용가능성을 완전히 배제하는 것은 아니다’라는 견해도 있다.<sup>39)</sup>

37) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다34206 판결.

38) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다81049 판결.

## 5.2 토지 소유자가 도로 형성에 관련된 직접적인 행위를 할 것

토지 소유자 또는 그와 동일시 할 수 있는 사람이 도로를 개설하거나, 택지를 조성하여 도로부분 토지를 남겨 두거나, 토지를 분할하여 매도하면서 도로부분 토지를 남겨 두는 등 적어도 도로로 이용되고 있는 토지부분이 따로 남게 되는데 일정한 직접적인 행위를 하여야 한다. 따라서 토지 소유자 이외의 자가 임의로 도로를 개설하였으나, 토지 소유자가 이를 오랫동안 묵인하였다는 사정만으로는 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 적용된다고 할 수 없다.

## 5.3 토지 소유자가 직접적인 경제적 이익을 얻을 것

토지 소유자는 직접적인 경제적 이익을 얻어야 한다. 따라서 단순히 도로인 현황을 존중하여 건축을 하였다거나 도시계획시설로 지정고시 된 까닭에 사실상 건축이 제한되었음에 불과한 경우 등에는 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 적용되지 아니한다.

## 5.4 손해가 이익에 비하여 경미할 것

토지 소유자로서는 자신의 토지 중 일부가 도로가 될 경우 그 도로로 인하여 발생하는 손해가 경미한 경우에 적용한다.

## 5.5 비교적 오랫동안 인근 주민 등 일반 공중의 도로 이용을 방해하지 않을 것

구체적인 사실관계에 따라 차이가 있을 수 있으나, 토지 소유자가 비교적 오랫동안 일반 공중의 도로 이용을 방해하거나 제한하지 않았어야 한다. 배타적 사용·수익권의 포기 법리는 무상으로 도로를 사용할 수 있다는 신뢰가 전제되기 때문이다.

## 6. 소결

대법원이 실시하는 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 어떻게 성립하였으며, 배타적

---

39) 김영훈, 앞의 논문, 84-88쪽.

사용·수익권의 포기 법리가 어떻게 전개되어 현재까지 이르게 되었는지, 그리고 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 적용된 다양한 사례를 살펴보고 그러한 사례를 통하여 대법원이 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 적용하는 공통분모를 분석하여 적용범위까지 정하였다. 그러나 대법원이 사인의 토지에 아무런 권원 없이 점유하고 있는 지방자치단체에 대하여 부당이득반환청구를 하는데 있어 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 적용하여 기각하는 것이 타당한가는 별개의 문제이다. 이미 대법원 스스로도 위 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 물권법체계와 맞지 않는다고 판시하였고 ‘그 당부는 별론으로 하고’라고 판시하여 당부에 관하여 현행 법체계와 충돌이 상정되는 판시를 하고 있다. 그렇다면 과연 대법원의 위 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 가지고 있는 문제점은 무엇인가를 살펴보아야 할 것이다.

### III. 배타적 사용·수익권 포기 법리의 내용

#### 1. 배타적 사용·수익권의 포기와 무상통행권

대법원은 ‘배타적 사용·수익권의 포기’라는 표현과 함께 ‘무상통행권 부여’라는 표현을 함께 사용하면서 양자가 같은 개념인 것처럼 판시하기도 하고,<sup>40)</sup> 양자를 별개의 개념인 것처럼 판시하기도 하였다.<sup>41)</sup> 이에 대하여 원래 무상통행권은 민법 제220조에서 규정하는 무상의 주위토지통행권과 같은 개념으로 볼 수도 없고, 물권법정주의 원칙에 비추어 이를 새로운 물권으로 창설한 것으로 보기도 어려우며, 결국 위 개념은 의미를 확정하기 어려운 모호한 것으로서 무용하다는 견해, 묵시적으로 체결된 무상의 통행지역권을 의미하는 것이라고 선해할 여지가 있다는 견해,<sup>42)</sup> 양자는 전혀 별개의 무상통행권을 설정한다고 보는 견해<sup>43)</sup>도 있다. 그러나 대법원은 배타적 사용·수익권의 포기와 무상의 통행권을 별개의 함께 실시하고 있는 경우가 많은 것으로 보아 민법상의 무상의 주위토지통행권과는 같은 개념으로 보기 어렵다.<sup>44)</sup>

40) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카16997 판결, 대법원 1991. 7. 9 선고 91다11889 판결 등.

41) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다27114 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다31736 판결 등.

42) 서경환, “배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점과 그 대안으로서의 통행지역권”, 사법논집 제54집, 사법발전재단, 2012, 477쪽.

43) 문춘언, “배타적 사용·수익권의 포기와 신의칙의 적용”, 판례연구 제26집, 부산판례연구회, 2015, 45쪽.

## 2. 배타성과 사용·수익권

사용수익권이란 사용권과 수익권을 의미한다는 점에서 별다른 의문이 없다. 그리고 여기서 배타적이라는 물건이 절대권, 지배권이라는 본질에서 당연히 이끌어지는 하나의 물건 위에 함께 성립할 수 없는 내용의 물건이 두 개 이상 동시에 성립할 수 없다는 배타성을 의미한다는 점에서 의문이 없다.<sup>45)</sup> 다만 대법원에서는 ‘독점적이고 배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 경우에도, 일반 공중의 통행을 방해하지 않는 범위 내에서는 토지소유자로서 그 토지를 처분하거나 사용수익 할 권능을 상실하지 않는다.’라고 판시<sup>46)</sup>함으로써 배타적 사용·수익권을 포기하더라도 여전히 토지소유자는 제3자(일반공중)의 사용수익을 방해하지 않는 범위 내에서 자신의 토지를 사용·수익할 수 있는 권능을 보유하는 것으로 보인다.

## 3. 포기에 관하여

### 3.1 문제의 제기

대법원은 ‘독점적, 배타적 사용·수익권의 포기’라는 표현을 주로 사용하고 있는데, 대법원 판결에서 말하는 포기가 어떤 개념인지를 두고 많은 논란이 벌어지고 있는데 이는 그 개념을 어떻게 해석하느냐에 따라 ‘배타적 사용·수익권 포기’의 법률적 성질이 달라지기 때문이다.<sup>47)</sup>

### 3.2 물권변동을 가져오는 법률행위로서의 권리포기라는 견해

이 견해는 대법원판례가 사용하는 포기가 권리의 종국적 소멸이라는 본래 의미의 포기라고 보아야 한다고 주장한다. 그 논거로는 첫째, 포기의 문언적인 의미를 두어야 하는 점, 둘째, 부당이득반환청구의 손실 요건의 흠결을 만드는 점, 셋째, 대법원이 ‘배타적 사용·수익권을 포기 또는 상실한 사실이 있다면...’이라는 표현을 사용하여 포기와

44) 권영준, 앞의 논문, 311-313쪽.

45) 김영훈, 앞의 논문, 70쪽.

46) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다8493 판결.

47) 문춘언, 앞의 논문, 51-54쪽.

상실을 증가적으로 사용하는 점 등을 들고 있다.

이에 대하여 토지소유자의 의사를 너무 의제적으로 파악하고 있다는 점, 2009년 이후에 판시내용을 살펴보면 “포기하였다고 하여도, 그것이 점유자의 사용·수익을 일시적으로 인정하는 취지라면, 이는 사용대차의 계약관계에 다름 아니다.”라고 판시<sup>48)</sup>하였는데 이에 비추어보면 대법원이 말하는 포기를 개념은 본래의 의미로 보기 어렵다고 할 것이다.<sup>49)</sup>

### 3.3 채권적 의미의 사용승낙으로 보는 견해

배타적 사용·수익권의 포기가 법률행위인데 일반공중의 무상통행을 수인하는 의무를 부담하거나 무상통행권을 부여하는 채권적 행위로 보는 견해가 있을 수 있다.

그러나 사용수익권의 포기를 채권적 의미의 사용승낙으로 파악하려면 상대방이 확정되어야 할 것인데, 일반 공중이나 지방자치단체와의 사이에 효력이 있는 채권적 합의가 있다고 해석하기 어렵고, 대법원은 포기의 효력이 토지의 특정승계인에게도 미친다고 판시하는데 대법원의 입장과 배치된다는 문제점이 있다.

이에 대하여 상대방의 불특정성은 채권적 행위로 보지 못할 결정적인 이유가 될 수 없다는 비판이 있으나, 이에 대하여 배타적 사용·수익권의 포기의 상대방의 증감이 수시로 이루어지므로 그렇다면 포기가 과연 법률행위인지조차 의문이 생기므로 채권적 포기로 보기도 어렵다는 비판이 있다<sup>50)</sup>

### 3.4 권리를 행사하지 않는 사실적 상태로 보는 견해

배타적 사용·수익권의 포기는 단순히 독점적이고 배타적인 사용 수익을 하지 않는 사실상태 또는 토지 소유자의 소극적인 심리상태를 의미할 뿐이고, 일반 공중의 무상통행권은 그 반사적 이익에 불과하다는 견해이다.<sup>51)</sup> 그러나 권리를 행사하지 않았다고 하여 권리가 소멸하는 것은 아니므로 배타적 사용·수익권을 행사하지 않는 상태라고

48) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009다228,235 판결.

49) 문춘언, 앞의 논문, 51-54쪽.

50) 문춘언, 위의 논문, 53쪽.

51) 임한흠, “도로부지로 된 토지에 대한 종된 소유자의 사용수익권 포기과 그 특정승계인의 부당이득반환청구”, 민사재판의 제문제 제10권, 한국사법행정학회, 2000, 257쪽.

하여 소멸시효의 완성이나 신의칙 등에 따른 실효의 원칙이 적용되지 않는 한 곧바로 부당이득반환청구를 배척하는 결론에 도달하는 것은 논리비약이라는 문제가 있다고 지적한다. 또한 대법원도 ‘토지소유자가 그 점유자에 대하여 부당이득반환청구권을 장기간 적극적으로 행사하지 아니하였다는 사정만으로 부당이득반환청구권이 이른바 실효의 원칙에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다’라고 하면서 부당이득반환청구에 대하여 실효의 원칙의 적용을 배제한바 있다.<sup>52)</sup>

### 3.5 형평의 원칙 등에 입각한 상대적 개념으로 보는 견해

포기의 개념을 물권의 포기 또는 채권적 포기라고 단정할 수는 없지만, 포기란 법률행위라기보다는 토지 소유자에 대하여 추단되는 처음 통행로로 제공할 당시의 주관적 의사를 의미함과 동시에 그 결과 토지소유자 내지 승계인 일반 공중 또는 지방자치단체에 대하여 배타적 사용·수익권을 주장할 수 없다는 의미를 함께 내포하는 상대적 개념으로 이해하는 견해이다. 이 견해는 나아가 이와 같은 포기를 절대적·영속적으로 보지 않고 상대적 개념으로 파악하는 경우 위 법리가 적용되는 영역을 가능한 한 최소화하고 배타적 사용·수익권의 회복을 용이하게 인정할 수 있다고 주장한다.<sup>53)</sup>

또한 자신의 이익을 위하여 자발적으로 소유권에 대한 제한을 용인하여 고착화되었는데 그러한 상태를 야기한 자에게 그런 의사를 마음대로 번복하는 것을 허용하면 이를 신뢰한 자가 불측의 손해를 입게 되므로 이를 피하기 위하여 토지소유자는 현상수인의무를 부담하는데 그 근거가 신의칙에 기초로 한다는 주장도 동일한 취지의 견해로 보인다.<sup>54)</sup>

그러나 이에 대하여 원칙적으로 배타적 사용·수익권의 포기 법리는 공공의 이익보호를 위하여 개인의 재산권을 필요이상으로 제약하는 면이 있고, 가사 구체적 타당성 때문에 토지소유자의 부당이득반환청구를 인용하기 어려울 경우 지방자치단체의 점유인정 여부 또는 부당이득금액으로 조정하면 되는 것이지 신의칙이라는 일반조항으로의 도피는 자제하는 것이 바람직하다고 주장하는 견해도 있다.<sup>55)</sup>

52) 대법원 2002. 1. 8. 선고 2001다60019 판결.

53) 김문관, “배타적 사용·수익권이 포기된 토지를 제3자가 점유하는 경우, 토지소유자의 방해배제 및 부당이득 반환청구”. 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003, 110-112쪽.

54) 문춘언, 앞의 논문, 61쪽.

55) 권영준, 앞의 논문, 331-335쪽.

### 3.6 소결

배타적 사용·수익권 포기의 법리상 포기의 의미가 무엇인지에 관한 논쟁을 살펴보았다. 위 논쟁의 의미는 포기란 용어의 해석에 따라 배타적 사용·수익권의 법률상 의미가 달리질 수 있을 것이다. 그러나 후술하는 비판점에서도 지적하는 바와 같이 일반적으로 사용되는 포기의 법률용어와 달리 왜 유독 배타적 사용·수익권의 포기에서만 포기가 그 의미가 달라져야 하는지 의문이다.

## 4. 특정승계인에게 승계되는지 여부

### 4.1 문제의 제기

일임 배타적 사용·수익권의 포기가 인정되는 경우에도 그 토지의 처분권능까지 상실되는 것은 아니므로 소유자는 토지를 제3자에게 양도할 수 있다. 이때 제3자가 배타적 사용·수익권이 포기된 토지를 양수하고 소유권을 취득하였다면 그 제3자에 대해서도 양도인과 마찬가지로 배타적 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있는가가 문제된다.

### 4.2 판례의 태도

대법원은 ‘토지를 경락으로 취득한 사람은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 소유권을 취득하는 것이 원칙이고, 그 토지의 경락인에게 특별한 사정이 없어도 당연히 그리고 무조건 피고시나 통행인의 무상점유나 무상사용을 수인하여야 할 의무가 승계된다고 할 수 없다’라고 판시하면서 특정승계인의 부담이득반환청구를 인정하기도 하였다.<sup>56)</sup>

그러나 그 후 대법원은 ‘위도로의 완전한 개설 이후에 위 토지를 매수자도 위 매수 당시 위 토지상의 위와 같은 부담이 있었던 사실을 알고 매수하였다면...도로로 제공된 위 토지에 관하여 독점적이고 배타적인 사용수익권을 행사할 수 없다고 할 것이므로’,<sup>57)</sup> ‘원소유자가 토지를 도로로 제공하여 사용수익권을 포기한 후 그 토지의 소유권을 특정

56) 대법원 1991. 4. 9. 선고 90다카26317판결, 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다5528 판결.

57) 대법원 1992. 7. 24. 선고 92다15970 판결.

승계한 자가 승계 당시 그러한 사정을 있었다면 지방자치단체가 이미 도로로 제공된 그 토지에 관하여 도로개설을 완성하고 이를 점유, 관리하고 있다 하더라도 부당이득이 성립하지 아니한다.<sup>58)</sup>로 판시함으로서 특별승계인의 지방자치단체에 대한 부당이득반환청구를 기각하고 있다.<sup>59)</sup>

### 4.3 비판적 견해

이에 대하여 특정승계인이 사용수익권의 포기 사실을 알았다고 하더라도 알면서 취득하였다는 사실만으로 그들의 부당이득반환청구가 신의칙에 위반되거나 권리남용이 될 수 없다는 이유로 이를 인정하여야 한다는 견해가 있다.

### 4.4 소결

위 판결에 대하여 첫째, 위 판결에 의하면 왜 전소유자가 포기한 것으로 의제된 토지소유권의 사용·수익권의 포기가 특정승계인에게 이전되는지 의문이고, 둘째, 특정 승계인이 매수한 토지가 도로로 제공되었다는 사실을 알았다는 것만으로 자신의 사용·수익권을 행사할 수 없는 근거가 무엇인지 의문이고, 셋째, 경락받은 경우 아무런 제한이 없는 물권을 취득하는 것이 원칙인데, 경락받아 토지를 매수한 경우조차 사용·수익권이 없는 토지를 매수하게 되는데 그 근거가 의문이고, 넷째, 판례에 의하면 특정승계인이 배타적 사용·수익권이 포기된 것을 알았던 경우뿐만 아니라 알 수 있는 경우까지도 포함하는데 도대체 어떠한 경우까지 그러한 사실관계에 포섭되는지 의문이라 하겠다. 이에 과연 특정승계인에게까지 전 토지소유자의 배타적 사용·수익권의 포기가 승계되어 부당이득반환청구를 할 수 없다는 결론이 타당할 것인가 의문이다.

58) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20013 판결.

59) 임한흠, 앞의 논문, 265-267쪽.

## IV. 배타적 사용·수익권 포기에 관한 견해 검토

### 1. 문제의 제기

배타적 사용·수익권 포기에 대하여 법리적인 문제점은 물론 의사해석상의 문제점이 있다는 주장이 있다. 또한 이와 같이 배타적 사용·수익권 포기가 우리 헌법상 재산권보장규정에 위반된다는 주장도 있다. 이에 대하여 배타적 사용·수익권의 포기 법리의 존속을 위하여 우리민법의 근간이 신의성실의 원칙 등 인정될 수 있다는 주장, 민법상 통행지역권으로 선회하자는 주장도 있다. 이에 반하여 원칙적으로 사용수익권의 포기 법리를 적용하지 아니하고 개개의 구체적인 사정에 점유 또는 부당이득반환액을 산정함에 고려요소로 하자는 등 의견이 제시되고 있다. 이에 대한 견해를 살펴본 후 배타적 사용·수익권 포기 법리에 대하여 비판점을 제시하도록 하겠다.<sup>60)</sup>

### 2. 배타적 사용·수익권 포기에 대한 비판적 견해

#### 2.1 본래적 의미의 권리포기행위로 볼 때의 문제점

배타적 사용·수익권 포기를 본래적 의미의 권리포기행위로 볼 때 소유권의 속성과 우리 법제의 공시제도에 반한다는 비판이 있다. 즉, 소유권의 사용, 수익, 처분권능 중 사용수익권능만 포기가 된다면 여러 권능을 분리하여 처분하는 것이 가능하게 되는데 이는 현행법체제로 불가능하다. 더욱이 현행 등기법제에 의하면 각 권리의 일부권능만 별도로 처분하는 등기가 이루어질 수는 없으므로 공시의 원칙에도 반한다. 또한 대법원도 스스로 ‘소유권 중 사용수익권을 대체적으로 포기하는 것은 전면적 지배권이 소유권을 기초로 하는 물권법 체계상 허용될 수 없음’을 분명히 한바 있다.<sup>61)</sup>

#### 2.2 사용승낙으로 볼 때의 문제점

배타적 사용·수익권 포기를 채권적 의미의 사용승낙으로 파악하더라도 여전히 문제

60) 권영준, 앞의 논문, 303-340쪽.

61) 2009. 3. 26. 선고 2009다228,235 판결.

는 남는다. 우선 사용승낙의 상대방이 누구인지 확정되어야하나 일방 공중의 범위를 정하기 어려우므로 누가 채권자인지 확정하기 어렵다는 것이다. 더욱이 종전 토지소유자와 지방자치단체와의 채권적 관계라면 왜 종전토지소유자의 특정승계인이 종전의 채권적 관계가 승계되는지 설명하기 어렵다.

### 2.3 단순한 권리불행사 상태로 볼 때 문제점

배타적 사용·수익권 포기를 단순한 권리불행사 상태로 파악한다면 권리를 행사하지 않는 상태가 왜 권리 소멸의 결과를 가져오는지 의문이다.

### 2.4 특정승계인과 관련된 문제점

대법원이 배타적 사용·수익권의 포기 개념을 어떻게 사용한다고 하더라도 종전 소유자의 배타적 사용·수익권의 포기가 왜 특정승계인에게 효력이 미치는지 설명하기 어렵다.

### 2.5 의사표시 해석의 문제점

권리포기는 상대방 없는 단독행위이다. 그리고 권리포기의 의사표시는 명시적인 방법 뿐만 아니라 묵시적인 방법으로 행해질 수 있다. 하지만 묵시적인 방법으로 그러한 의사표시를 하였다고 해석하기 위해서는 단순히 객관적으로 존재하는 사정만이 아니라 객관적 사정으로부터 권리포기의 의사적 요소를 명백하게 도출해 낼 수 있어야 할 것이다. 그렇게 본다면 배타적 사용·수익권을 포기하였다고 의사표시를 해석하는 것은 너무 의제적이고, 단순히 토지소유자가 일반공중에게 자신의 토지를 제공하였다는 사정만으로 사용수익권을 포기의 의사표시를 볼 수 있을지 의문이다.

### 2.6 헌법상 문제점

우리 헌법은 ‘제23조 1항은 모든 국민의 재산권을 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. 제2항은 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한

보상을 지급하여야 한다.’라고 규정하고 있다. 이에 재산권은 보장하되 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 제한하고 정당한 보상을 지급하여야 한다. 토지소유자가 자신의 토지에 관하여 배타적 사용·수익권이 포기가 된 것이고 이로 인하여 공중이 무상으로 토지를 이용하게 된 것은 헌법 제23조가 예정하고 있는 특별한 희생에 해당하고 이에 따라 보상 법률이 규정되지 않아 보상을 할 수 없다면 최소한 부당이득반환금으로도 이에 대한 보상이 이루어져야 할 것이다.

### 3. 배타적 사용·수익권 포기에 수용하는 견해

이에 대하여 배타적 사용·수익권의 포기의 법리가 물권적인 것도, 채권적인 것도 아닌 제3의 특별한 부담으로 문제점은 있지만, 장기간 도로부지로 무상 사용되고 있는 토지의 취득경위, 목적 대가 등을 자세하게 심리한 다음 그 취득이 정당한 것인지 여부를 판단하여 권리남용이나 신의칙에 반하는 경우 특정승계인의 부당이득반환청구를 기각하는 견해, 대법원이 신의칙 등의 표현으로 사용하지 않음으로써 일반조항으로서의 신의칙이 적용된 모습으로 볼 수 없다고 하더라도 형평의 원칙으로 적용되어 판례상의 고유 법리로 이해하자는 견해, 원칙적으로 폐기하고 토지소유자 또는 특정승계인의 부당이득청구가 사회정의에 비추어 현저히 부당한 경우 신의칙에 따라서 판단하자는 견해가 있다.

그러나 위와 같은 견해에 대하여 첫째, 현재 대법원판례가 배타적 사용·수익권 포기 법리의 적용범위에 포섭하고 있는 광범위한 사례에 대하여 모두 신의칙이나 권리남용금지의 원칙을 활용하여 토지 소유자의 청구를 제한한다면 일반조항이 남용된다는 점, 둘째, 부당이득반환청구권의 행사가 신의성실의 원칙에 반한다고 본 대법원의 판결을 찾아보기 어렵다는 점, 셋째, 신의칙이나 권리남용을 적용하여 타인의 통행을 금지하는 것(토지소유권에 기한 방해배제청구)은 가능하다고 할지라도 나아가 점유사용료를 청구하는 것은 부당이득반환청구까지 제한하는 것은 재산권침해로서 부당하다는 비판을 면하기 어렵다<sup>62)</sup>

### 4. 비판점

배타적 사용·수익권의 포기 법리에 대하여 이를 비판적인 견해와 결론을 받아들이되

62) 서경환, 앞의 논문, 492쪽.

그 근거에 관하여 신의칙에 두자는 견해 등을 살펴보았다. 이에 대하여 문제점을 후술하는 바와 같다고 할 수 있다.

첫째, 배타적 사용·수익권의 포기 법리는 법원 스스로도 인정하다시피 소유권의 본질 및 물권법정주의에 반한다. 위 법리를 그대로 적용하면 소유권 중 처분권만 있고 사용수익권이 없는 권리가 새로이 탄생하는 바 이는 우리 물권법이 알지 못하는 것이고 또한 새로운 권리의 창설로 보아 물권법정주의에 반한다고 볼 것이다.

둘째, 배타적 사용·수익권의 포기 법리는 채권관계로서의 사용승낙으로 볼 여지가 없다. 먼저 사용승낙의 상대방이 누구인지가 불명확하다. 물론 채권관계의 상대방이 누구인지 반드시 특정될 필요는 없겠으나 최소한 상대방이 누구인지 특정할 가능성이 있어야 할 것이나 이에 대하여 상대방에 특정될 가능성 전무하다. 또는 채권계약의 특정승계인이 왜 전 계약의 당사자의 지위를 승계하는지 의문이다. 더욱이 배타적 사용·수익권의 포기 법리에 의하면 토지소유자가 결과적으로 자신의 토지를 무상으로 일반공중에 제공하는 형국이 되는데 이러한 경우 민법상 무상으로 제공의무를 지는 경우 언제라도 해지가 가능하고 그렇다면 토지소유자 또는 특정승계인이 해지권을 행사 후에는 부당이득반환청구가 인정되어야 하는 결론으로 도달하게 되어 이상한 결론에 이르게 될 여지가 있다.

셋째, 배타적 사용·수익권의 포기 법리와 같이 토지소유자에게 배타적 사용·수익권을 포기하는 것을 보다면 토지소유자에게 토지 소유자로서 일반공중의 통행을 방해하지 않는 범위 내에서 일반적 사용수익권이 있다고 보이는데 그렇다면 왜 그 일반적 사용수익권에 기한 손실이 없다고 보아야 하는지 의문이다.

넷째, 단순히 토지소유자가 자신의 토지를 일반공중이 이용하도록 하였다는 이유만으로 자신의 권리 중 일부를 영원히 포기하였다고 볼 수 있을지 의문이다. 비록 대법원은 배타적 사용·수익권의 포기 법리는 영원한 포기가 아니라 일시적인 포기이므로 공중이 이용하는 객관적인 상황이 변경이 있는 경우 당연 회복된다고 보는 듯하다. 그런데 사용수익권의 회복을 위한 객관적인 상황의 변경이 지난 몇 년 또는 수십 년 안에 변경이 되는 경우 일시적 제한으로 되는 것이지만 만약 100년 또는 200년 아니면 그 이상 변경이 없는 경우는 사실상 사용수익권을 영원히 포기하는 경우가 같은 것이 되는데 이를 일시적 사용제한이라고 볼 수 있을지 의문이다. 더욱이 토지소유자의 상속인이 있는 경우 명시적 포기가 아님에도 불구하고 포괄승계인 또한 수백 년이 지나도 사용수익권의 제한을 받아야하다는 것이 불합리한 것은 명백하다 하겠다.

다섯째, 헌법 제23조에 의하여 재산권 보장의 원칙에도 반한다. 즉, 동 제3항에 의하면 공공의 필요에 의하여 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되 그 보상도 정당한 보상이 되어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 배타적 사용·수익권의 포기 법리에 따라 토지소유자의 입장을 본다면 실제 자신의 토지를 공공의 이용에 제공한 것으로 이는 사실상 특별한 희생에 해당하고 그렇다면 법률로서 정당한 보상이 이루어져야 함에도 불구하고 법률상 공백이 존재하는 것이다. 이러한 보상입법의 공백에 대하여 하루라도 빨리 보상입법이 이루어져야 함에도 불구하고 법원이 위 법리를 적용하여 토지소유자로 하여금 최소한의 부당이득반환청구조차도 할 수 없게 된 것이다. 그렇다면 위 법리는 토지소유자에게 법률이 아닌 법리로서 토지소유자의 토지를 제한하여 그들의 희생을 용인하도록 하는 것이라는 비판을 피할 수 없을 것이다.

여섯째, 위 법리는 헌법상 평등의 원칙에도 반한다. 즉, 서론에서도 언급한 바와 같이 도로법상에 의하여 수용되는 자는 그에 따른 정당한 보상을 받도록 제도화 되어 있다. 우연의 사정에 의하여 도로법상 소유자는 보상을 받고 사실상의 토지소유자는 보상은 아니더라도 최소한의 자신의 소유권제한에 정당한 이득을 받지 못한다는 것은 합리적 이유가 없는 차별이라는 것에 다언을 요하지 아니한다. 더욱이 도로법상 토지소유자는 자발적으로 수용에 응한 경우도 있지만 보상을 위하여 저항하면서 수용된 경우도 있을 것이다. 그렇다면 공공의 이용을 위하여 토지소유자가 자발적으로 제공한 자는 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 적용되어 사용료조차도 받지 못하고 오히려 공공의 이용에 저항한 자에게는 보상이라는 명목으로 보상비를 지급한다는 것은 오히려 불합리할 것으로 볼 여지가 있다.

일곱째, 배타적 사용·수익권의 포기 법리의 용어는 하루라도 빨리 폐기되어야 한다. 다른 용어도 그렇겠지만 특히나 법률용어는 그 사용에 있어 약속이다. 즉, 우리가 매매라는 용어를 사용하면 매매라는 법적 의미를 담게 되는 것이고, 편취라는 용어를 사용하면 편취라는 의미와 내용을 담게 되는 것이다. 그런데 법원은 배타적 사용·수익권의 포기 법리에 사용수권의 포기라고 용어를 분명하게 사용하면서도 포기가 법률용어로서 포기가 아닌 이상한 결론에 도달한다. 이에 그 포기의 의미에 대하여 ‘불사용상태의 용인이다, 신의칙 금반언의 표현이다’라는 등의 다양한 해석을 하고 있다. 포기라는 법률적 용어에 대한 의미와 내용을 분명히 사용하고 있는데 왜 배타적 사용·수익권에 있어서만 그 포기가 사용관계인 채권관계가 될 수도 있고, 권리불행사의 상태인 것이 되고, 금반언의 표현이 되는 것인지 의문이다.

## V. 결론 및 대안

이상과 같이 대법원의 배타적 사용·수익권의 포기의 법리에 관하여 살펴보았다. 배타적 사용·수익권의 포기 법리에 대하여 물권법정주의, 의사표시의 해석 등에 문제점 있다고 비판하는 견해가 있다. 설사 배타적 사용·수익권의 포기 법리에 대하여 정면으로 비판하지 않다고 하더라도 신의칙 또는 신의칙의 파생원칙인 금반언의 원칙에 기초한 판결이라고 선화하려는 시도도 있다. 하지만 지금까지 문헌상 나타난 어떠한 견해에 의하더라도 위 법리를 그대로 수용하는 견해는 없는 듯하다. 이러한 견해에 비추어 본다면 위 법리가 대한민국의 민법상의 여러 원칙에 비추어 그대로 적용할 수 없음을 그대로 보인다고 할 수 있다. 또한 대법원은 스스로도 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 소유권의 본질과 물권법정주의에 어긋난다고 하면서 비판적 판결을 내기도 하였던 것이다. 물론 배타적 사용·수익권의 포기 법리가 대한민국의 경제가 급속히 발전하면서 그에 따라 급격한 도시화 또는 농촌정비로 인하여 발생할 수 있는 문제를 해결하는 역할을 하였다는 점에 대하여 의심의 여지는 없다. 그렇다고 하더라도 그러한 역할만을 가지고 법리적으로 또는 실체의 관계에서 문제점을 등한시 한 채 계속 적용될 수 있을지 의문이다. 더욱이 국회가 제정한 법률에 대해서는 헌법재판소에 위헌을 다투어 구제할 다른 방편이 있으나 법원의 판결에 대해서는 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 극히 제한적인 경우 외에 이를 다룰 수 있는 방법이 전무하다고 보아도 무방할 것이다. 그렇다면 법원 스스로도 배타적 사용·수익권의 포기 법리에 대하여 전원합의체를 통하여 판례를 변경하는 등 보다 적극적인 조치가 필요할 것으로 생각된다. 만약 사례에서 적시된 경우처럼 토지소유자에게 이득을 귀속시키는 않는 것이 타당하다면 그 토지소유자에 대한 보상 또는 이득을 청구할 수 없다는 입법이 필요한 상태라고 할 수 있다. 이러한 입법의 공백을 메우기 위하여 법리상 또는 사실상의 비판의 여지가 있는 사안에 대하여 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 계속 적용한다는 것은 무려 40년간의 입법의 공백만을 메우는 결과로 밖에 귀결되지 않는다. 그러므로 대법원은 한시라도 빨리 배타적 사용·수익권의 포기 법리를 폐지함으로써 토지소유자의 권리를 제한하지 않아야 하고 만약 토지소유자에게 소유토지에 대한 보상 또는 이득을 귀속시키지 않을 필요성이 있다면 국회가 입법을 통하여 해결하는 것이 하나의 방법이라고 하겠다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

편집대표 곽윤직, 민법주해, 박영사, 2007.

지원림, 민법강의 제8판, 홍문사, 2010.

### 2. 학술지

권영준, “배타적 사용·수익권 포기 법리에 관한 비판적 검토”, 법학 제47권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 303-340쪽.

김영훈, “배타적 사용·수익권 포기 법리의 법적 성격과 그 적용범위”, 민사판례연구 제36집, 민사판례연구회, 2014, 60-88쪽.

김문관, “배타적 사용·수익권이 포기된 토지를 제3자가 점유하는 경우. 토지 소유자의 방해배제 및 부당이득반환청구”, 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003, 110-115쪽.

문춘언, “배타적 사용·수익권의 포기와 신의칙의 적용”, 판례연구 제26집, 부산판례연구회, 2015, 45, 51-54, 61쪽.

배병일, “사실상 도로에 관한 배타적 사용·수익권의 포기”, 사법 제34호, 사법발전재단, 2015, 161, 167쪽.

서경환, “배타적 사용·수익권 포기 법리의 문제점과 그 대안으로서의 통행지역권”, 사법논집 제54집, 사법발전재단, 2012, 477쪽.

오용규, “통행지역권의 취득시오 완성 요건 및 그 대가 보상”, 사법연수원교수논집 제14집, 2017, 56-59쪽.

임한흠, “도로부지로 된 토지에 대한 종된 소유자의 사용수익권 포기과 그 특정승계인의 부당이득반환청구”, 민사재판의 제문제 제10권, 한국사법행정학회, 2000, 257, 265-267쪽.

[ Abstract ]

## **Criticism for Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit**

Jang, Sung-Wook\*

Lee, Hyun-Seok\*\*

The court ruled that if the road is used for general public, the landowner gave up the exclusive use of the land for the land on the road site in relation to the lawsuit. Therefore the case of return of the unjust gain against the local governments occupying the road is dismissed.

This is the unique legal principle of our courts. This principle originated from rapid urbanization in the 60s and 70s. During this period, in the course of repairing roads and development of city, transfer of title of the land and rewarding was not done properly. This principle seems to be the ruling of the court considering the financial burden of the local governments, against the request of the landowner of his/or her successor to return the unfair benefit equivalent to the land use fee to the local government.

In the academic circles, Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit to use goes against the Constitution of: the nature of the ownership; the principle of the right of the real estate law; the principle of disclosure; the method of interpretation of opinions and the principle of guarantee of property rights.

Therefore, the Supreme Court itself ruled that Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit to use is in violation of the essence of ownership, or the imposition of the law on the rights of the land. However, this was not a ruling of the Power Agreement, so it did not change the precedent.

Recently, there is an opinion to keep the principle of 'Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit' but to look at this problem as failure of estoppels

---

\* Doctoral Candidate, Department of Real Estate Studies, Graduate School of Konkuk University

\*\* Professor, Department of Real Estate Studies of Konkuk University

based on the principle of faithfulness. According to this logic, Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit is in conflict with the existing Real Estate Rights.

According to above viewpoints discussed, Legal Principles of Abandoning the Exclusive Right to Use and Profit should either be abolished, or if each case requires specific validity, the problem should be approached according to the principle of faithfulness or the principle of equity.

**[Key Words]** Fee of road, Exclusive Right to Use and Profit, Abandonment, return the unfair benefit, Principle of faithfulness