

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022다228544 통행권존재확인 등 청구  
원고, 상고인 원고  
소송대리인 법무법인 혜 담당변호사 김대원  
피고, 피상고인 피고  
소송대리인 변호사 임장환  
원 심 판 결 수원고등법원 2022. 3. 17. 선고 2020나26023 판결  
판 결 선 고 2022. 7. 14.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 수원고등법원에 환송한다.

이 유

1. 관련 법리

토지의 소유자가 스스로 토지를 도로로 제공하여 인근 주민이나 일반 공중에 무상 통행권을 부여하거나 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였는지 여부를 판단하기 위해서는, 소유자가 당해 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 토지의

제공에 따른 소유자의 이익·편익의 유무, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 규모, 도로로 사용되는 당해 토지의 위치나 형태, 인근의 다른 토지와의 관계, 주위 환경 등 여러 가지 사정과 아울러 인근의 다른 토지의 효과적인 사용·수익을 위하여 당해 토지의 기여 정도 등을 종합적으로 고찰함으로써 토지 소유권의 보장과 공공의 이익 사이에 비교형량을 하여야 한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다8802 판결, 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결 등 참조).

토지 소유자가 토지를 일반 공중의 이용에 제공함으로써 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되더라도, 토지이용상태에 중대한 변화가 생기는 등 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되고, 소유자가 일반 공중의 사용을 위하여 토지를 제공할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었으며, 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에는, 토지 소유자는 이러한 사정변경이 있는 때부터는 다시 사용·수익 권능을 포함한 완전한 소유권에 기한 권리를 주장할 수 있다. 그러나 이러한 사정변경이 있는지 여부는 해당 토지의 위치와 물리적 형태, 토지 소유자가 토지를 일반 공중의 이용에 제공하게 된 동기·경위, 해당 토지와 인근 다른 토지와의 관계, 토지이용상태가 바뀐 경위와 종전 이용상태와의 동일성 여부 및 소유자의 권리행사를 허용함으로써 일반 공중의 신뢰가 침해될 가능성 등 전후 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(위 대법원 전원합의체 판결, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다253420 판결 등 참조).

## 2. 판단

가. 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면, 아래와 같은 사실이 인정된다.

1) 이 사건 토지의 이용 경과

가) 피고는 1988. 8. 24. 소외인으로부터 매수한 안양시 (주소 생략) 대 648㎡ 지상에 건물을 신축한 후 분양·사용하기 위해 위 토지를 이 사건 토지 등 4필지로 분할하였고, 건축허가를 받기 위해 이 사건 토지의 지목을 '도로'로 변경하였다.

나) 이 사건 토지를 제외하고 분할된 위 3필지에 1989. 4.경 및 1989. 5.경 이 사건 기존 건물들이 준공되었고, 피고는 그 무렵 이 사건 토지 지하에 오수관을 설치하기까지 하였다.

다) 이 사건 토지는 위 3필지에서 북쪽 간선도로까지 도보로 이동 가능한 유일한 통로였는데, 폭이 좁고 길이가 긴 장방형의 막다른 골목 형태로, 북쪽 간선도로에서 이 사건 토지로 진입할 때 왼쪽은 다른 토지 위에 설치된 담장으로 막혀 있었으며 오른쪽과 정면은 모두 다른 토지로 둘러싸인 채 그 지상에 이 사건 기존 건물들이 있었다.

라) 피고는 이 사건 기존 건물들이 신축된 1989. 4.경부터 그 각 건물이 철거된 2018. 12.경까지 이 사건 기존 건물들의 소유자는 물론 그 부지 소유자들에게 이 사건 토지의 사용료를 요구한 적이 없다.

2) ○○○○○ 신축 이후 이용 경과

가) 원고는 2018. 12.경 이 사건 기존 건물들 및 그 각 부지를 모두 매수한 후 이 사건 기존 건물들을 철거하였고, 그 각 부지와 인근의 2필지를 하나의 필지로 합병한 후 그 지상에 다세대주택인 ○○○○○ 2개동을 건축하여 2020. 9.경까지 27세대를 분양하였으며, 그 중 1세대를 소유하였다.

나) ○○○○○ 2개동의 건축 과정에서 위와 같이 인근의 2필지까지 합병됨으로써, 종전과 달리 위 2필지를 통하여 남쪽 간선도로까지 도보로 이동할 수 있게 되었고, 결

과적으로 인근 주민들은 이 사건 토지를 거쳐 남·북쪽 간선도로 사이를 도보로 왕래할 수 있게 되었다. ○○○○○의 소유자·거주자들은 물론 인근 주민들 역시 이 사건 토지를 도보로 통행하는 것에 대해 별다른 제한을 받고 있지 않다.

다) 원고는 ○○○○○ A동 부지와 이 사건 토지 사이에 경계석을 설치하여 토지 경계를 표시하되, ○○○○○ A동 건물과 이 사건 토지 사이에 일정한 간격을 둠으로써 이 사건 토지 및 ○○○○○ A동 일부 부지를 통하여 북쪽 간선도로까지 도보는 물론 종전과 달리 차량 통행까지 가능하게 되었다. 다만, 이 사건 토지를 이용하지 않고서는 북쪽 간선도로에서 ○○○○○ B동 주차장까지 차량으로 통행하기는 사실상 어렵다.

라) 이 사건 토지에는 기존의 오수관 외에 우수관의 맨홀까지 추가로 설치되었고, 이 사건 토지의 형태는 아무런 변화가 없어 북쪽 간선도로에서 이 사건 토지로 진입할 때 왼쪽은 다른 토지 위에 설치된 담장으로 여전히 막혀 있으며 오른쪽과 정면은 모두 다른 토지로 둘러싸인 채 그 지상에는 ○○○○○ 2개동이 건축되어 있다.

나. 앞서 본 관련 법리에 위 인정사실을 더하여 보면, 다음과 같이 판단된다.

1) 피고는 이 사건 기존 건물들을 신축하여 분양·사용하기 위한 목적으로 건축허가를 받기 위해 스스로 이 사건 토지의 지목까지 변경하여 인근 주민들에게 '도로'로 제공하였고, '오수관'까지 설치한 다음 그로부터 약 30년 동안 인근 주민을 포함한 이 사건 토지의 이용자에게 사용료를 청구하는 등 완전한 소유권 행사와 관련된 별다른 언동을 한 적이 없다. 그런데 이 사건 토지는 그 위치·형태·지목에 비추어 독자적인 활용가능성이 상당히 낮은 반면, 이를 통해 인근 주민들은 북쪽 간선도로에서 이 사건 기존 건물들까지 이동할 수 있는 유일한 통로로 사용하는 편익을 얻었고, 피고는 이 사건 토지를 인근 주민 및 일반 공중의 이용에 무상으로 제공함으로써 건축허가를 취

득할 수 있었음은 물론 이를 통해 건물의 신축 및 분양·사용으로 상당한 경제적 이익을 취하는 등 결과적으로 이 사건 토지를 포함한 4필지 모두의 객관적·경제적 효용가치가 모두 상승되었다. 따라서 이 사건 토지 소유권의 보장과 공공의 이익 사이에 비교형량을 하더라도, 피고는 이 사건 기존 건물들이 준공된 1989. 4.경부터 이 사건 토지에 관하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하였다고 봄이 합리적이다.

2) 한편, 이 사건 기존 건물들이 철거된 후 ○○○○○ 2개동이 신축되었으나, 아래와 같은 사정만으로는 이 사건 토지의 이용 상태에 중대한 변화가 생기는 등 피고의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적 사정이 현저히 변경되었다거나, 피고가 일반 공중의 사용을 위하여 토지를 제공할 당시 이러한 변화를 예견할 수 없었거나, 사용·수익권 행사가 계속하여 제한된다고 보는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 오히려 이 사건 토지를 둘러싼 객관적 사정의 변경은, 피고가 당초 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기하고 인근 주민 등의 통행을 위한 이용에 무상으로 제공한 이 사건 토지의 공로로서의 존재 및 그에 대한 인근 주민 등의 계속적 이용을 전제로, 그 이용의 편의성 강화를 위해 인근 주민 일부의 추가적 출연 내지 부담의 결과로 발생한 것으로, 앞서 본 판례의 취지 및 위 객관적 사정 변경의 경위와 그 내역 등에 비추어, 이 사건 토지를 통행로로 이용하는 인근 주민 등의 계속적 이용의 이익 내지 기대권의 보호가능성이 없어진 경우라거나, 피고의 독점적·배타적인 사용·수익권의 회복을 인정할 정당한 이익이 새로 발생한 경우라고 보기는 어렵다. 따라서 피고는 이 사건 토지에 관하여 사용·수익권을 포함한 완전한 소유권을 주장할 수 없고, 여전히 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 상태가 계속되고 있다고 봄이 타당하다.

가) ○○○○○ 신축 이후에도 이 사건 토지의 위치·형태·지목에는 아무런 변화가 없고, 북쪽 간선도로에서 이 사건 토지로 진입할 때 왼쪽·오른쪽·정면 모두 다른 토지에 둘러싸인 채 그 지상에 ○○○○○ 2개동이 건축되어 있음으로 인해 이 사건 토지에 관하여 ○○○○○ 신축 이전과 이후의 객관적 상황에 중대한 변화가 있다고 볼 수 없다.

나) ○○○○○ 신축 이후에 종전과 달리 북쪽 간선도로에서 이 사건 토지를 거쳐 남쪽 간선도로까지 도보로 이동할 수 있게 되었으나, 이는 원고가 이 사건 기존 건물들의 각 부지와 인근 2필지를 하나의 필지로 합병한 후 그 지상에 ○○○○○ 2개동을 건축함으로써 그 부지는 물론 이 사건 토지의 객관적·경제적 효용가치를 상승시켰기 때문이다. 또한 ○○○○○ 신축 이후에는 그 건물에서부터 이 사건 토지를 통하지 않고도 ○○○○○의 일부 부지를 통해 북쪽 간선도로까지 도보로 통행할 수 있게 되었으나, 이는 원고가 이 사건 기존 건물들에 비해 이 사건 토지로부터 상당한 간격을 두고 ○○○○○ 건물을 건축하였기 때문이다. 따라서 위와 같은 사정을 들어 ○○○○○ 신축 이후에 이 사건 토지의 이용상태에 중대한 변화가 생겼다거나 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한한 기초가 된 객관적 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수도 없다.

다) ○○○○○ 신축 이후에 종전과 달리 북쪽 간선도로에서 이 사건 토지와 ○○○○○의 일부 부지까지 포함하여 차량 진입이 가능하게 되었으나, 이 역시 원고가 이 사건 기존 건물들과 달리 ○○○○○ 건물을 이 사건 토지의 경계선으로부터 상당한 간격을 두고 건축하여 이 사건 토지를 포함한 진입로를 확장시킴으로써 ○○○○○ 부지는 물론 이 사건 토지의 객관적·경제적 효용가치를 상승시켰기 때문이다. 따라서

이러한 정황을 이유로 이 사건 토지의 이용상태가 종전과 동일성을 상실하였다고 볼 정도로 중대한 변화가 생겼거나 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사를 제한하는 기초가 된 객관적인 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수는 없고, 피고가 이 사건 토지에 관한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 1989. 4.경에도 이 사건 기존 건물들이 이 사건 토지와 일정한 간격을 두고 건축되었거나 그 이후에 철거되더라도 이러한 방식으로 개·재축된다면 이 사건 토지를 포함한 진입로의 간격이 넓어져서 차량의 진입까지 가능할 수 있다는 점은 충분히 예견할 수 있었다고 볼 여지도 크다.

라) ○○○○○ 소유자·거주자들은 인근 주민들이 이 사건 토지를 이용하여 남쪽 또는 북쪽 간선도로까지 도보로 왕래하는 것에 대해 별다른 제한을 두지 않고 있다. 이는 이 사건 토지가 여전히 인근 주민이나 일반 공중의 이용에 제공되고 있을 뿐 ○○○○○ 건물의 부지로 사실상 사용되는 등 ○○○○○의 소유자·거주자들만을 위한 용도로 제공되고 있지 않음을 의미한다. 또한 ○○○○○ 신축 이전에도 이 사건 토지가 막다른 골목이어서 인근 주민에 비해 이 사건 기존 건물들의 소유자·거주자의 사용 빈도가 훨씬 높았던 점과 비교할 때 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다.

마) 피고가 이 사건 토지에 관하여 완전한 소유권을 행사하는 것을 허용한다면, 인근 주민들은 북쪽 간선도로에서 ○○○○○로 진입하거나 이를 거쳐 남쪽 간선도로까지 도보로 이동함에 현재보다는 상당한 제약이 생기게 되고, 북쪽 간선도로에서 차량을 이용하여 ○○○○○ 건물로 진입하는 것에는 막대한 제한을 받게 될 것으로 보인다. 여기에 원고가 ○○○○○를 신축하면서 종전에 비해 건물 면적을 축소함으로써 결과적으로 이 사건 토지를 포함한 차량 진입로가 마련되었고, 이로 인해 이 사건 토지는 물론 ○○○○○ 부지의 객관적·경제적 효용가치까지 모두 상승된 상황까지 더하여

보면, 피고의 이 사건 토지에 관한 사용·수익권의 행사가 계속 제한된다고 보더라도 피고의 이해에 중대한 불균형이 초래된다고 볼 수 없는 반면, 피고가 이 사건 토지에 관하여 완전한 소유권의 행사를 주장하는 것은 사실상 이 사건 토지의 이용에 관하여 차량 이동을 허용하지 않겠다는 매우 불합리한 의사를 내포한 것이어서 일반 공중의 신뢰를 침해할 가능성이 매우 크다.

다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고가 이 사건 토지를 일반 공중에 무상으로 도로로 제공하는 데 동의하였다고 인정하기 어렵고 이 사건 토지가 현재 ○○○○○의 주민만을 위하여 사용되고 있다고 보아 이 사건 토지에 대하여 ○○○○○의 건축주 겸 주민인 원고가 피고에 대하여 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기를 주장할 수 없다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 독점적·배타적인 사용·수익권의 포기 여부에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 3. 결론

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

재판장            대법관            민유숙

                  대법관            조재연

                  대법관            이동원

주 심      대법관      천대엽