

서울고등법원 2021. 4. 28 선고 2018나2075512(본소), 2018나2075529(반소) 판결
[건물철거및토지인도등 · 소유권이전등기]

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인

A

소송대리인 법무법인 클라스 담당변호사 강동세

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인

B

소송대리인 법무법인 태한 담당변호사 김요한, 이상호

변론 종결 2021. 3. 31.

판결 선고 2021. 4. 28.

제 1 심 판결 수원지방법원 2018. 10. 11. 선고 2016가합36423(본소), 2017가합 37119(반소)

판결

주 문

1. 이 법원에서 교환적으로 변경 및 확장, 감축, 추가한 청구를 포함하여 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게, (1) 별지 제2도면 표시 19, 21, 22, 23, 19의 각 점을 차례로 연결한 선내 가와 4 부분 토지 11㎡ 지상 건물 부분을 철거하라. (2) 22,148,000원 및 2021.

1. 1.부터 피고가 별지 제3도면 표시 2, 3, 4, 5, 6, 2의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄴ' 부분 토지

13㎡의 통행종료일까지 매월 654,000원을 지급하라.

나. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게, (1) 별지 제1도면 표시 1, 7, 6, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 '나' 부분 토지 4㎡에 관하여 2015. 7. 30. 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, (2) 별지 제3도면 표시 2, 3, 4, 5, 6, 2의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄴ' 부분 토지 13㎡에 관하여 피고(반소원고)에게 통행권이 있음을 확인하고, (3) 위 나의 (2)항 기재 토지 부분에 대하여 피고(반소원고)의 통행을 방해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.

2. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구를 기각한다.

3. 소송 총비용은 본소와 반소를 합하여 그 2/3는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.

4. 제1의 가항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게,

(1) 별지 제1도면 표시 1, 7, 6, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 '나' 부분 토지 4㎡ 지상 건물 부분을 철거하고 위 토지 부분을 인도하고,

(2) 11,461,000원 및 2021. 1. 1.부터 피고가 위 (1)항 건물 부분을 철거하고 위(1)항 토지 부분을 인도하는 날 또는 피고가 위 건물의 소유권을 상실하는 날까지 매월 201,000원을 지급하고,

(3) 별지 제2도면 표시 19, 21, 22, 23, 19의 각 점을 차례로 연결한 선내 가와 4 부분 토지 11㎡ 지상 건물 부분을 철거하고, 위 토지 부분을 인도하고,

(4) 22,148,000원 및 2021. 1. 1.부터 피고가 서울 마포구 E 대 35㎡의 통행을 종료할 때까지 매월 654,000원을 지급하라.

나. 반소

주문 제1의 나항과 같다.

[이 법원에서, 원고는 이 법원 감정 결과에 따라 철거청구 및 인도청구의 목적물을 새로이 특정하면서, a 별지 제4도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄱ'부분 토지 5㎡ 지상 건물 부분 철거청구 및 그 토지 부분 인도청구와 이 부분부당이득반환청구에 대하여 그 철거와 인도 대상을 별지 제1도면 표시 1, 7, 6, 1의 각점을 차례로 연결한 선내 '나' 부분 토지 4㎡ 지상 건물 부분 및 그 토지 부분과 이 부분 부당이득반환청구로 감축 또는 확장하고, b 별지 제5도면 표시 ㅂ, 스, ㅇ, 즈, 츠, ㅅ의 각 점을 차례로 연결한 선내 부분 토지 5㎡ 지상 목조 데크 철거 및 임대료 청구에 대하여 별지 제2도면 표시 19, 21, 22, 23, 19의 각 점을 차례로 연결한 선내 7와 나 부분 토지 11㎡ 지상 건물 부분 철거청구 및 그 토지 부분 인도청구와 그 부분부당이득반환청구 또는 손해보상청구로 교환적으로 변경하였으며, 피고는 주위토지통행권확인 청구 및 방해행위 금지 청구를 추가하였다]

2. 항소취지

가. 원고

(1) 제1심판결의 본소에 관한 부분을 다음과 같이 변경한다.

(가) 별지 제4도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄱ'부분토지 5㎡ 지상 건물 부분을 철거하고 위 토지 부분을 인도하고, 별지 제5도면 표시 ㅂ, 스, ㅇ, 즈, 츠, ㅅ의 각 점을 차례로 연결한 선내 대부분 토지5㎡ 지상 목조 데크를 철거하고,

(나) 6,050,000원 및 2018. 1. 30.부터 피고가 별지 제4도면 표시 1, 2, 3, 4, 5,1의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄱ'부분 토지 5㎡ 지상 건물을 철거하고 위 토지를 인도하는 날 또는 원고가 서울 마포구 C 지상 건물에 관한 소유권을 상실하는 날까지 매월 221,670원을 지급하고,

(다) 1,050,000원 및 2018. 2. 1.부터 피고가 서울 마포구 C 지상 건물의 소유권을 상실하는 날까지 매월 350,000원을 지급하라.

(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분을 취소하고, 피고의 반소청구를 기각한다.

나. 피고

제1심판결의 본소에 관하여 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 본소청구를 기각한다.

이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 기초사실

가. 토지 소유 현황

- ① 원고는 1995. 6. 21.부터 서울 마포구 D 대 112㎡(이하 '제1토지'라 한다)를, 2010. 7. 30.부터 E 대 35㎡(이하 '제2토지'라 한다)를 소유하고 있다.
- ② 피고는 2015. 6. 15. F로부터 제1, 2토지에 인접한 C 대 40㎡(이하 '제3토지'라 한다)와 그 지상 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 매수하여 2015. 7. 30. 그 명의로 소유권이전등기를 마치고 소유하고 있다.
- ③ 위 각 토지 및 이 사건 건물의 구체적 현황은 별지 제1, 2, 3도면(이하 '별지'는 생략한다) 기재와 같다.

나. 제2토지 사용 계약 체결

원고와 피고는 2015. 7. 30. 제3토지에 접한 원고 소유의 제2토지의 일부에 대하여 임대차계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 계약의 주요 내용은 아래와 같다.

토지임대차 계약서

제1조(목적)

토지소재지: 제2토지

대지 면적: 제3토지에 접한 제2토지 일부

제2조(임차기간)

2015. 12. 1.부터 2017. 11. 30.까지(24개월)

제3조(임대료 지급방법)

매월 31일에 350,000원을 지불한다.

<특약 사항>

1. 본 계약은 제3토지가 제2토지 일부에 접하여, 출입에 제한이 발생하였기에 이에 대한 토지사용료 계약을 체결함
2. 본 계약 체결 이후에 제3토지는 제1, 2토지의 건축(증축) 및 리모델링을 실시할 경우 피해가 없도록 협조함

다. 토지의 점유 현황

이 사건 건물은 그 추녀선(기와지붕 끝부분) 중 일부가 원고 소유의 제1, 2토지 일부를 다음과 같이 침범하고 있다.

① 추녀선 중 남서쪽 일부가 제1토지 중 제1도면 표시 1, 7, 6, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 '나' 부분 토지 4㎡(이하 '제1계쟁토지'라 한다)를 침범하여 설치되어 있다. 2 추녀선 중 북서쪽 일부가 제2토지 중 제2도면 표시 19, 21, 22, 23, 19의 각 점을 차례로 연결한 선내 2와 나 부분 토지 11㎡(이하 '제2계쟁토지'라 한다)를 침범하여 설치되어 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 7호증, 을 제2, 7호증(가지번호 포함, 이하같다)의 각 기재, 제1심 및 이 법원 감정인 L, 이 법원 감정인 M의 각 측량감정 결과, 이 법원의 2020. 6. 12. 현장검증 결과, 변론 전체의 취지

2. 제1토지 관련 본소청구 및 반소청구에 관한 판단

가. 본소청구에 관하여

앞서 본 바와 같이 이 사건 건물 중 일부가 제1토지 중 제1계쟁토지를 침범하여 설치되어 있으므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 제1토지의 소유자인 원고에게 이 사건 건물 중 제1계쟁토지 지상에 있는 부분을 철거하고 제1계쟁토지를 인도하며, 그 부분 차임 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

나. 피고의 취득시효 항변 및 반소청구에 관하여

(1) 피고 주장의 요지

피고는 제1계쟁토지를 시효 취득하였으므로 이를 점유할 정당한 권원이 있다고 항변함과 아울러 반소로써 원고에게 제1계쟁토지에 관하여 취득시효 완성을 원인으로 한소유권이전등기절차의 이행을 구한다. 즉, 피고는 2015. 6. 15. 이 사건 건물 매수 시부터 전 소유자인 H와 F의 점유를 순차 승계하여 20년 이상 제1계쟁토지를 점유하였는 데, H은 1982. 10. 13. 이 사건 건물을 신축하여 제1, 2계쟁토지에 대한 점유를 개시하였고, F가 2003. 10. 14. 그의 점유를 승계하였다.

(2) 점유취득시효 완성 여부

(가) 점유 여부 및 점유기간

① 건물 추녀 수직하 부분의 토지는 특별한 사정이 없는 한 건물 점유자가 점유하는 것으로 볼 것이나 추녀 아랫부분을 인접 건물에 거주하고 있던 사람들이 텃밭으로 점유하는 등 제3자가 현실적으로 점유하는 특별한 사정이 있다면 건물소유자는 그 아랫부분 토지를 점유한 것으로 볼 수 없다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다9361, 9378 판결등 참조).

② 을 제1, 2, 7, 25, 26호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수있는 다음 사실에 따르면, 피고는 특별한 사정이 없는 한 제1계쟁토지에 대한 전 점유자들의 점유를 순차 승계하여 현재까지 20년 이상 점유하고 있다고 볼 수 있다.

① H은 1971. 9. 3. 제3토지를 매수하여 소유권을 취득한 후 이 사건 건물을 신축하여 1982. 10. 13. 그 소유권보존등기를 마쳤는데, 그때부터 위 건물의 추녀선이 제1계쟁토지를 침범해 있었다. L H의 딸인 F는 2003. 10. 14. H으로부터 제3토지와 이 사건 건물을 증여받았다.

트 피고는 2015. 6. 15. F로부터 제3토지와 이 사건 건물을 매수하였고 2015. 7.30. 피고 앞으로 소유권이전등기를 마친 다음 그때부터 위 건물을 소유함으로써 제1계쟁토지를 점유하였다.

리 피고가 2015. 10.경 이 사건 건물의 대수선 착공신고필증을 교부받아 공사를 진행하였는데(을 제25호증), 건물 내부의 구조가 변경되었을 뿐 공사 전후 이 사건 건물외벽의 위치, 형상과 면적이 37.65㎡로 같다(을 제26호증).

③ 원고는 2006. 10.경부터 2016. 7.경까지 제1토지상 건물과 이 사건 건물 사이의 제1계쟁토지 서북쪽 지상에 철문을 설치하여 이 사건 건물 추녀 아랫부분 토지를 간이 창고, 자전거 보관소,

보일러실 등으로 사용·관리하여 왔고, 그 이후에도 추녀 아랫부분 토지를 원고 소유의 오토바이를 주차하는 공간 등으로 사용하였으므로, 피고가 제1계쟁토지 중 제2도면 표시 4부분 1.3㎡를 제외한 나머지 토지 2.7㎡는 20년간 배타적으로 점유하지 못하였다고 주장한다.

그러나 갑 제13 내지 17, 19, 20호증의 각 기재 및 영상만으로는 앞서 든 증거 맞을 제23 내지 26호증의 각 기재에 따라 알 수 있는 다음 사정에 비추어 원고가 2006.10.경부터 그 주장과 같이 제1계쟁토지 중 일부 부분을 간이창고, 오토바이 주차장 등으로 현실적으로 사용하였다고 인정하기에 부족하고 달리 반증이 없다.

⑦ 이 사건 건물이 제1토지를 침범하는 부분, 즉 제1계쟁토지의 면적은 이 사건 건물 외벽을 기준으로 하면 1.3㎡이고, 추녀선을 기준으로 하면 4㎡이므로, 이 사건 건물의 외벽과 추녀선 사이 부분 면적은 2.7㎡로 그 공간이 협소하다.

이 사건 건물의 외벽과 추녀선 사이 부분에는 이 사건 건물의 에어컨 실외기, 에어컨 배관, 계량기 등이 설치되어 있고, 이 사건 건물 외벽에 '외부차량 주차금지' 표시가 부착되어 있다. 그 공간의 면적에 비교하여 이 사건 건물의 필수적인 부수 시설이 차지하는 면적과 이 부분에 관한 피고의 관리 의사 및 방법 등을 고려하면 피고의 현실적인 점유를 배제하기 어렵다.

현장사진(을 제20호증)상으로는 원고 소유의 오토바이는 제1토지 지상 원고 소유의 건물 아래에 주차되어 있다.

(나) 원고의 타주점유(악의의 무단점유) 재항변에 관하여

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 고치거나 추가하는 것 외에는 제1심판결서의 이유 중 해당 부분 '제2의 다.'항(7면 1행부터 9면 21행까지) 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 인용한다.

○ 7면 9행부터 11행까지 괄호 부분을 아래와 같이 고친다.

【(다만 피고는 제1, 2계쟁토지 중 제1계쟁토지에 대하여만 취득시효 완성을 주장하므로 원고도 이 부분에 한정하여 타주점유의 재항변을 한 것으로 본다).】

○ 7면 20행, 8면 20행의 "면적은 5㎡"를 "면적은 4㎡"로 각 고친다.

○ 9면 6행의 "매수하기 했던"을 "매수하기로 하였던"으로 고친다.

○ 9면 9행의 "원고 소유의 제1토지를"을 "원고 소유의 제2토지"로 고친다.

○ 9면 10행의 "원고 소유의 토지를"을 "원고 소유의 제1토지를"로 고친다.

(다) 취득시효의 기산점 및 완성시기

① 취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 같은 경우에는 그 기산점을 어디에 두든지 간에

취득시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 그 기간이 지난 사실만 확정되면 충분하므로, 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간과 통산하면 20년이 지난 경우에도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼아취득시효의 완성을 주장할 수 있다. 이는 소유권에 변동이 있더라도 그 이후 계속해서 취득시효기간이 지나도록 등기명의자가 같다면 그 소유권 변동 이후 전 점유자의 점유기간과 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 지난 경우에도 마찬가지이다.

취득시효의 기산점은 법률효과의 판단에 관하여 직접 필요한 주요사실이 아니고 간접사실에 불과하므로 법원으로서에는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 점유의 시기를 인정할 수 있다(대법원 1998. 5. 12. 선고 97다34037 판결 등 참조).

② 앞서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고가 제1토지의 소유권을 취득한 1995. 6. 21. 이후의 전 점유자의 점유기간을 통산하여 20년이 지났음은 분명한 바, 그 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 취득시효가 완성되는 경우이므로 피고는 취득시효의 기산점을 임의로 선택할 수 있다.

③ 피고는 H의 점유개시일인 1982. 10. 13.을 취득시효 기산점의 하나로 주장하기도한다. 그러나 그때로부터 20년이 지나 취득시효가 완성된 시점에는 H이 그 점유자로서취득시효 완성에 따른 소유권이전등기청구권을 취득하게 되고 점유의 승계로 인하여 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니다(대법원 1995. 3. 28. 선고 93다47745전원합의체 판결 등 참조). 피고가 반소로써 구하는 취득시효 완성일이 2015. 7. 30.임에 비추어 자신이 점유를 취득한 날인 2015. 7. 30.로부터 역산하여 20년이 되는 1995.7. 30.을 기산점으로 선택한 것으로 본다.

④ 피고는 2015. 7. 30. 제1계쟁토지를 시효 취득하였다고 볼 것이다.

다. 소결

원고의 본소청구 중 제1토지에 관한 피고의 점유취득시효 완성 항변 및 이에 대한 반소 주장은 모두

이유 있다. 결국, 원고의 본소청구 중 제1토지와 관련된 청구 부분은 이유 없고, 원고는 이에 관한 반소청구에 따라 피고에게 제1계쟁토지에 관하여 2015.7. 30. 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 제2토지 관련 본소청구 및 반소청구에 관한 판단

가. 본소청구 중 건물철거 · 토지인도 청구에 관하여

(1) 피고의 건물철거 · 토지인도 의무의 존재 여부

이 사건 건물은 그 추녀선 중 북서쪽 일부가 제2토지 중 제2도면 표시 19, 21, 22, 23, 19의 각 점을 차례로 연결한 선내 가와 나 부분 토지 11㎡(제2계쟁토지)를 침범하여 설치된 사실은 앞서 본 바와 같다.

피고는 특별한 사정이 없으면 제2토지의 소유자인 원고에게 제2계쟁토지 지상 이 사건 건물 부분을 철거하고, 제2계쟁토지를 인도할 의무가 있다.

(2) 임대차계약에 근거한 제2토지 점유 권원 주장에 관하여

(가) 피고의 주장 요지

피고는 원고와 사이에 제2토지에 관한 임대차계약을 체결하였으므로 이 사건 건물의 소유를 위하여도 제2토지를 점유할 정당한 권원이 있다.

(나) 피고의 점유 권원의 존재 여부

① 원고는 피고와 사이에 피고에게 제2토지의 일부를 2015. 12. 1.부터 2017. 11.30.까지 월 350,000원에 임대하기로 하는 내용의 이 사건 계약을 체결한 사실은 앞서본 바와 같다.

② 위 인정 사실에 앞서 든 증거, 갑 제4호증, 을 제9, 15호증의 각 기재 및 영상, 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 계약은 제3토지에서 공로로의 통행을 위한 목적에 한정하여 피고에게 제2토지의 사용을 허락하는 내용의 임대차계약일 뿐, 건물 등의 소유를 위한 임대차계약이라고 볼 수 없다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

⑦ 이 사건 계약의 특약사항에는 제3토지가 제2토지의 일부에 접하여 '출입상의 제한이 발생하였기에' 이에 대한 토지사용료 계약을 체결하는 것이라고 명시되어 있다. 그 문언의 해석상 이

사건 계약은 '제3토지에서 공로로의 통행을 위한 토지사용'을 목적으로 한정하고 있다고 보는 것이 자연스럽다.

L J은 애초 제3토지와 이 사건 건물을 매수하려고 하였다가 피고와 F의 2015. 6.15.자 매매계약과 이 사건 계약을 중개하였다. J은 2018. 3. 16.자 사실확인서(을 제12호증)에서 '제3토지가 맹지여서 제2토지를 사용하지 않고는 매매가 불가능하였고 이내용을 매도인 측 H과 충분히 의논하였다'는 취지로 밝히고 있다. 이러한 계약 체결경위도 위 문언의 해석에 들어맞는다.

트 피고도 도로에서 제3토지에 출입하기 위해서는 원고 소유의 제2토지를 통과하지 않으면 안 되었기에 이 사건 계약을 체결하였다고 진술한 바 있고(2016. 11. 9.자 준비서면 4면), 그 후에도 제3토지에서 공로에 통행할 수 있도록 하고자 이 사건 계약을 체결한 것임을 분명하게 인정한 바 있다(2018. 10. 8.자 준비서면).

ㄹ 이 사건 계약에서는 임대목적물에 관하여 '제3토지에 접한 제2토지 일부'라고만 기재하고 있다. 피고의 주장 취지와 같이 통행 용도만이 아닌 건물 등의 소유를 위해서 토지 일부에 관한 임대차계약을 체결하면서 구체적인 임대 부분도 특정하지 않았다는 것은 이해하기 어렵다.

(3) 주위토지통행권에 근거한 점유 권원의 항변 및 반소청구에 관하여

(가) 피고 주장의 요지

피고 소유의 제3토지 및 이 사건 건물은 공로와 사이에 통로가 없으므로 원고 소유의 제2토지 중 일부를 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없다. 피고는 제3토지 및 그 지상 건물에서 공로 통행을 위해서 제2토지 중 제3도면 표시 2, 3, 4, 5, 6, 2의 각 점을 차례로 연결한 선내 '나'부분 토지 13㎡에 대한 주위토지통행권이 있으므로 원고의 이 부분 토지 인도 청구에 대하여 항변함과 아울러 반소로써 원고에 대하여 이부분 토지에 관한 주위토지통행권의 확인 및 방해 행위의 금지를 구한다.

(나) 주위토지통행권의 존재 여부

① 민법 제219조의 주위토지통행권은 어느 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에, 그 토지 소유자가 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 전혀 출입할 수 없는 경우뿐 아니라 과다한 비용을 요하는 때에도 인정할 수 있다. 나아가 주위토지통행권은 공로에 이르는 용도에 필요한 통로가 없는 토지의 이용을 위하여 주위토지의 이용을 제한하는 것이므로 통행권의

범위는 통행권을 가진 자에게 필요할 뿐만 아니라 이로 인한 주위토지소유자의 손해가 가장 적은 장소와 방법의 범위 내에서 인정되어야 한다. 그 범위는 결국 사회통념에 비추어 쌍방 토지의 지형적, 위치적 형상 및 이용관계, 부근의 지리 상황, 상린지 이용자의 이해득실 기타제반 사정을 참작한 뒤 구체적 사례에 따라 판단하여야 한다(대법원 1995. 9. 29. 선고94다43580 판결 등 참조).

② 앞서 인정한 사실, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고는 제3토지에서 공로로 통행하기 위하여 제2토지 중 제3도면 표시 2, 3, 4, 5, 6, 2의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄴ' 부분 토지 13㎡에 관하여 민법 제219조 제1항의 주위토지통행권이 있다고 봄이 타당하고, 원고가 주위토지통행권의 존재 여부를 다투고 있는 이상 그 확인을 구할 이익도 있다.

⑦ 제3토지는 도로가 없는 땅으로서 공로로 통행하기 위해서는 인근 N 도로(이하 '동' 표시를 생략하고 지번만 표시한다), O 도로에 이르는 방법밖에 없는데, N 도로에는 인접한 제2토지 중 일부를, O 도로에는 인접한 P 대지를 통로로 이용하여야 한다.

ㄴ 제3토지에서 P 대지를 이용하여 O 도로에 이르는 것보다 제2토지를 이용하여 N도로에 이르는 것이 거리의 장단, P 대지 및 제2토지와 제3토지의 지형적, 위치적 형상에 비추어 훨씬 수월하고 비용도 적게 소요될 것으로 보인다.

트 원 · 피고는 피고가 '제3토지에서 공로로의 통행을 위한 토지사용'을 위해 제2토지의 일부를 2015. 12. 1.부터 2017. 11. 30.까지 월 350,000원에 임차하기로 하는 내용의 이 사건 계약을 체결한 바도 있다.

@ 원 · 피고는 모두 제2토지 지상에 설치된 계량기 맨홀 덮개 외벽선으로부터 30cm떨어진 선으로부터 제3토지 출입을 위한 통행로가 정해져야 한다는 점에 다툼이 없다. 위 지점 선으로부터 원고에게 가장 손해가 적게 되는 방법으로 제3토지에서 공로로 통행하기 위한 통행로는 제3도면 표시 2, 3, 4, 5, 6, 2의 각 점을 차례로 연결한 선내 'ㄴ' 부분 토지 13㎡(이하 '이 사건 통행로'라 한다)로 특정되었다.

③ 피고에게는 이 사건 통행로에 관한 민법 제219조 제1항의 주위토지통행권이 있고이 부분 토지를 점유할 정당한 권원이 있으므로 원고의 제2토지 인도청구에 대한 피고의 항변은 이유 있다. 나아가

피고가 반소로서 구하는 이 사건 통행로에 관한 주위토지통행권확인청구 및 이 사건 통행로에 장애물을 설치하는 등 피고의 통행을 방해하는 일체 행위의 금지 청구 역시 이유 있다.

나. 본소청구 중 부당이득반환 또는 손해보상청구에 관하여

(1) 손해보상 의무의 존부

피고는 이 사건 통행로에 관하여 주위토지통행권을 갖게 되므로 민법 제219조 제2항에 따라 원고에게 그 손해를 보상할 의무가 있다(피고가 이 부분에 관하여 주위토지통행권을 갖는 이상 그중 일부인 이 사건 건물 추녀선 수직하 부분, 즉 제2계쟁토지에 대한 부당이득반환청구는 이유 없다).

(2) 손해보상의 범위

① 주위토지통행권자가 통행지 소유자에게 보상해야 할 손해액은 주위토지통행권이 인정되는 당시의 현실적 이용 상태에 따른 통행지의 임료 상당액을 기준으로 하여, 구체적인 사안에서 사회통념에 따라 쌍방 토지의 토지소유권 취득 시기와 가격, 통행지에 부과되는 재산세, 본래 용도예의 사용 가능성, 통행지를 공동으로 이용하는 사람이 있는지를 비롯하여 통행 횟수 · 방법 등의 이용태양, 쌍방 토지의 지형적 · 위치적 형상과 이용관계, 부근의 환경, 상린지 이용자의 이해득실 기타 제반 사정을 고려하여 정함이 상당하고, 단지 주위토지통행권이 인정되어 통행하고 있다는 사정만으로 통행지를 '도로'로 평가하여 산정한 임료 상당액이 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수 없다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다11669 판결 등 참조).

② 앞서 든 증거에 따르면, 피고는 이 사건 통행로에 제3토지와 이 사건 건물의 출입을 위해 목조 데크를 설치하거나 이 사건 건물에 이용되는 광고현수막 등을 놓는 등 사실상 이 부분을 배타적으로 사용하여 온 사실을 인정할 수 있다. 그 밖에 이 사건 통행로의 이용 태양, 제2, 3토지의 위치적 형상과 이용 관계, 부근의 환경 등 변론 전체의 취지에 따라 알 수 있는 모든 사정을 종합하면, 피고가 이 사건 통행로 사용으로 보상하여야 할 원고의 손해액은 본래의 이용 상황 및 본래 이용 저해 정도 등을 고려하여 '대지'를 기준으로 산정한 임료 상당액으로 정함이 타당하다[피고는, 이 사건 통행로는 이용현황을 고려하면 '대지'를 기준으로 임료가 산정되어서는 안 되고, 피고가 제출한 인근 실제 거래사례 등을 반영하여 그 임료가 산정되어야 한다고 주장한다. 그러나 다음과 같은 점에서 피고의

위 주장은 받아들일 수 없다. 즉, 1 이 사건 대지가 사실상 통행에 이용되었다는 사정만으로 통행지를 '대지'가 아닌 것으로 평가하여 산출된임료 상당액이 통행지 소유자의 손해액이 된다고 볼 수 없다. ♡ 감정평가 시 인근 지역의 거래사례를 선정한 후 이 사건 통행로와 비교하여 여러 보정 요인을 적정하게 반영하였다(피고가 거래사례로 든 인근 지역의 임대차계약서는 보증금이 있는 임대차계약으로서 위 거래사례에서의 임료와 보증금 없는 이 사건 통행로의 임료를 같은 선상에 놓고 비교하는 것은 타당하지 않다). © 이 사건 통행지의 지상 일부에 피고 소유건물이 존재하여 대지로 사용되고 있다].

③ 이 법원 감정인 Q에 대한 감정촉탁 결과에 따르면, 이 사건 계약이 종료된 다음날인 2017. 12. 1.부터 2020. 12. 31.까지 이 사건 통행로의 월 임료는 아래 표 기재와 같은 사실을 인정할 수 있다.

기간	월 임료(원)	합계(원)
2017. 12. 1.~2018. 11. 30.	572,000	6,864,000
2020. 1. 1.~2020. 12. 31.	654,000	7,848,000
합계(원)		14,712,000

④ 위 감정촉탁 결과에 따른 감정평가기준 및 가격 변동의 추이에 비추어 이 사건통행로의 2018. 12. 1.부터 2019. 12. 31.까지 월 임료는 그 직전인 572,000원, 2021.1. 1. 이후의 월 임료는 그 직전인 654,000원과 같거나 이상일 것으로 추인된다. 이 사건 통행로의 2018. 12. 1.부터 2019. 12. 31.까지 월 임료는 합계 7,436,000원(=572,000원 × 13월)이 된다.

⑤ 피고는 원고에게 2017. 12. 1.부터 2020. 12. 31.까지의 임료 합계 22,148,000원(=14,712,000원 + 7,436,000원) 및 2021. 1. 1.부터 이 사건 통행로에 관한 피고의 통행종료일까지 월 654,000원의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

다. 소결

(1) 본소청구 부분

피고는 원고에게 제2계쟁토지 지상 이 사건 건물 부분을 철거하고, 이 사건 통행로 에 관한 손해보상으로서 22,148,000원 및 2021. 1. 1.부터 피고의 통행종료일까지 월654,000원을 지급할 의무가 있다. 원고의 본소청구 중 제2계쟁토지의 인도청구는 피고에게 주위토지통행권에 기한 점유 권원이 인정되는 이상 이유 없다.

(2) 반소청구 부분

원고는 피고에게 이 사건 통행로에 관하여 피고에게 주위토지통행권이 있음을 확인하고, 피고의 통행을 방해하는 일체 행위를 하여서는 아니 될 의무가 있다.

4. 결론

원고의 본소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 하며, 피고의 반소청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 이 법원에서 원고가 교환적으로 변경 및 확장 · 감축한 본소청구와 피고가 추가한 반소청구를 포함하여 제1심판결을 주문과 같이 변경한다(원고의 목조 데크 철거 청구 및 임대료 지급 청구부분은 이 법원에서 청구의 교환적 변경으로 취하되어 이에 대한 제1심판결은 실효되었다).

재판장 판사 김동완, 판사 배용준, 판사 정승규