

수 원 지 방 법 원

제 9 민 사 부

판 결

사 건 2009가합2623 손해배상등
원 고 1. 차□□ (56년생, 남)
2. 윤□□ (62년생, 여)
원고들 주소 용인시
원고들 소송대리인 법무법인 XX
담당변호사 서○○
피 고 이☆☆ (58년생, 남)
용인시
소송대리인 법무법인 ++
담당변호사 김○○
변 론 종 결 2010. 11. 5.
판 결 선 고 2010. 12. 17.

주 문

1. 피고는 원고들에게 각 89,446,054원 및 이에 대한 2008. 1. 7.부터 2010. 12. 17.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지

급하라.

2. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지

피고는 원고들에게 각 132,197,500원 및 이에 대한 2008. 1. 7.부터 2009. 12. 8.자 청구취지변경서 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 부동산의 현황

피고는 용인시 처인구 XX5 대 854㎡, 같은 면 XX5-3 답 271㎡, 같은 면 XX5-4 도로 39㎡(이하 각 토지를 지번만으로 특정하고, 모두 통틀어 '이 사건 토지'라 한다)를 소유하면서 2002년경 위 XX5번지 지상에 2층 건물(철근콘크리트조 및 철근콘크리트지붕 제2종근린생활시설 1층 152.36㎡ 일반음식점 2층 57.60㎡ 일반음식점, 이하 '이 사사건 건물'이라 하고, 이 사건 토지와 건물을 통틀어 '이 사건 부동산'이라 한다)을 지어 음식점을 운영하였다.

피고는 이 사건 건물 뒤편(북쪽)에 있는 돼지축사를 가리고 냄새를 막기 위하여 위 XX5번지 및 XX5-3번지 토지의 북쪽과 접하고 있는 소외 ○○수 소유의 용인시 X

X1번지 토지를 관리하는 피고의 형 ○○주의 양해를 얻어 위 X X1번지 지상 별지 도면(1) 기재 마, 바, 20의 각 점을 연결한 부분에 두 줄로 방풍림을 심었고, 이후 소외 ○○수 소유인 위 X X1번지 토지 중 방풍림 아래쪽인 별지 도면(1) 기재 31, 가, 나, 다, 라, 마, 바, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31의 각 점을 연결한 선내 'ㄴ' 부분 166㎡를 이 사건 토지와 함께 음식점 주차장 진입로 및 부지로 이용하고, 별지 도면(1) 기재 33, 라, 다, 나, 가, 31, 32, 33의 각 점을 연결한 선내 'ㄷ' 부분 81㎡는 주차장 진입로 및 집기 등을 두는 식으로 이용하였다(이하 'ㄴ', 'ㄷ' 부분을 통틀어 '이 사건 계쟁토지'라 한다). 한편 별지 도면(3) 기재와 같이 이 사건 토지의 남서쪽과 남동쪽에는 도로가 위치하고 있어, 결국 이 사건 토지는 도로 및 방풍림으로 인근 토지와 그 경계가 구분되어 있었다.

나. 이 사건 매매계약의 체결

원고들은 피고와 사이에, 2007. 11. 7. 이 사건 부동산(이 사건 토지, 건물 및 음식점 내·외의 집기류, 수목, 정원석 등 포함)에 관하여 매매대금 750,000,000원으로 하는 매매계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하고 피고에게 매매대금을 모두 지급하였다. 원고들은 2008. 1. 7.경 피고로부터 이 사건 부동산을 이전받은 후 이를 소외 ○○제에게 임대하였고, 소외 ○○제는 기존에 피고가 이용하던 것처럼 이 사건 계쟁토지를 주차장 진입로 및 부지와 장독대로 이용하면서 음식점 영업을 하였다.

다. 이 사건 계쟁토지의 문제점 인지

원고들은 2008. 4. 25.경 소외 ○○주의 항의와 경계측량을 통해 비로소 X X5번지 및 X X5-3번지와 소외 ○○수 소유의 X X1번지의 지적도상 경계는 이 사건 방풍림이 아닌 별지 도면(1) 기재 34, 32, 31, 30, 29, 28, 27, 26, 25, 24, 23, 22의 각 점을 연

결한 선으로서, 이 사건 계쟁 토지는 지적도상 이 사건 부동산에 포함되어 있지 않음을 알게 되었다.

라. 피고에 대한 형사판결

원고들은 피고가 이 사건 토지의 경계에 관하여 원고들을 기망하여 대금을 편취하였다는 이유로 피고를 사기로 고소하였다. 이에 1심 법원(수원지방법원 2009. 9. 24. 선고 2008고단5898 판결)은 피고에게 징역 6월에 집행유예 2년을 선고하였고, 항소심(수원지방법원 2010. 10. 21. 선고 2009노4853 판결)도 그대로 유죄를 인정하였으며, 피고는 이에 상소하여 현재 상고심 계속중이다. 위 형사판결에서 인정한 피고의 범죄 사실은 다음과 같다.

피고인은 용인시 처인구 X X 5, X X 5-3, X X 5-4 총 1,164㎡ 토지의 소유자인바, 위 토지와 그 지상에 있는 식당 건물을 피해자 윤□□(여, 45세)에게 매도하기로 함에 있어, 위 식당 건물 뒤편에 있는 주차장 부지 및 그 주차장으로 들어가는 진입로에는 ○○수 소유의 용인시 처인구 양지면 양지리 X X 1 토지 344㎡가 포함되어 있음에도 자신이 예전부터 이를 위 식당 주차장으로 사용하여 온 것을 기화로 마치 현 이용 상태 그대로가 매도 목적물의 경계인 것처럼 속여 팔기로 마음 먹고, 2007. 11. 7. 위 토지상에 있는 식당에서 피해자에게 식당 뒤편 주차장에 두 줄로 심어져 있는 나무를 가리키며 ‘매도하는 부동산의 경계는 나무가 심어져 있는 곳까지이다’라고 거짓말하여 이에 속은 피해자로부터 그때부터 2008. 3. 31. 까지 총 매매대금 750,000,000원을 받아 이중 위 ○○수 소유 토지의 시가에 해당하는 불상의 금액을 편취하였다(편취 금액과 관련하여 1심 법원은 “위 ○○수 소유 토지에 해당하는 금원 196,195,320원을 편취하였다”라고 실시하였다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 12호증, 을 제1 내지 13호증(가지번호 있는 경우 각 가지번호 포함)의 각 기재, 이 법원의 현장검증 결과, 감정인 최○○, 백○○의 각 감정 결과, 이 법원의 각 수원지방법원에 대한 문서송부촉탁 결과, 이 법원의 대한지적공사에 대한 각 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고들 주장의 요지

원고들은, 피고가 이 사건 부동산의 경계를 속이고 타인 권리에 속하는 토지를 매도함으로써 원고들에게 손해를 입혔으므로, 피고는 ① 타인 권리 매매로 인한 하자담보책임으로서 원고들이 취득하지 못한 이 사건 계쟁토지에 관한 시가 상당인 253,955,000원에 관하여 대금 감액(민법 제572조 제1항) 내지 선의매수인에 대한 손해배상금(민법 제572조 제3항)을 지급하여야 하고, 이 사건 건물 뒤편의 기존 주차장을 이용할수 없게 되어 건물 앞에 새로 주차장을 만들면서 지출한 공사비 10,440,000원을 확대손해로 배상하여야 한다고 주장하면서, 선택적으로 ② 사기의 불법행위에 기한 손해배상으로서 이 사건 계쟁 토지의 시가 상당인 253,955,000원 및 새로 주차장을 만들면서 지출한 공사비 10,440,000원을 지급하여야 한다고도 주장한다.

나. 피고 주장의 요지

이에 대하여 피고는, 아무도 피고에게 이 사건 부동산의 경계에 대하여 묻거나 확인하지 않아 피고는 이에 관하여 어떠한 언급도 한 바가 없고, 중개인이 이미 이 사건 부동산이 소외 ○○수 소유 토지를 침범하고 있음을 알고 있었기 때문에 피고가 원고들을 기망한 사실이 없으며, 이 사건 계약은 현황을 기준으로 한 매매가 아니고 토지

면적을 기준으로 한 수량을 지정한 매매에 해당하는데 원고들은 이 사건 계약서에 기재한대로 1,164㎡를 이전받았으므로 손해가 없는 것이고, 설령 원고들이 이 사건 부동산의 경계를 방풍림을 기준으로 하는 것으로 착각하였다고 하더라도 측량 결과 건물 뒤편의 이 사건 계쟁토지가 X X 5번지 및 X X 5-3번지에서 제외되는 대신 이 사건 계약 체결 당시 원·피고 사이에 이 사건 부동산의 경계 밖에 있는 것으로 여겼던 건물 앞편의 법면 등 합계 281㎡(별지 도면(1) 기재 'ㄱ'부분인 건물 앞쪽 법면처리부분 166㎡ + X X 5-4번지 도로 39㎡ + 이 사건 토지 진입로 좌측 흰색 담장 밖에 위치하고 있는 부분 76㎡)의 토지가 경계선 내에 있는 것으로 밝혀졌고 새로 편입된 토지의 시가가 이 사건 계쟁토지의 시가보다 높으므로 결국 원고들은 손해를 입은 것이 없다고 주장한다.

3. 타인권리매매에 따른 하자담보책임 주장에 관한 판단

가. 타인권리매매에 해당하는지 여부

매매계약에서 건물과 그 대지가 계약의 목적물인데 건물의 일부가 경계를 침범하여 이웃 토지 위에 건립되어 있는 경우에 매도인이 그 경계 침범의 건물부분에 관한 대지부분을 취득하여 매수인에게 이전하지 못하는 때에는 매수인은 매도인에 대하여 민법 제572조를 유추적용하여 담보책임을 물을 수 있다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다33570 판결 참조). 타인권리매매에 따른 하자담보책임을 묻기 위해서는 타인의 권리부분을 매매의 목적물로 삼아야 할 것인바, 이 사건 계약 당시 원·피고가 소외 ○○수의 소유인 이 사건 계쟁토지를 매매의 목적물로 삼았는지 여부에 관하여 먼저 살펴본다.

민법 제574조에서 규정하는 '수량을 지정한 매매'라 함은 당사자가 매매의 목적인 특정물이 일정한 수량을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 그 수량을 기준으로 하여 정한 경우를 말하는 것이므로, 매매계약서에 토지의 면적을 등기부상 기재에 따라 기재하고 그 면적에 평당 가격을 곱한 금액으로 매매대금을 결정하였으나 그 토지가 도로, 잡목 등으로 인근 토지와 경계가 구분되어 있으며 매수인이 매매계약 체결 전 그 토지를 현장답사하여 현황을 확인한 경우, 그 토지 매매는 '수량을 지정한 매매'가 아니라 구획된 경계에 따라 특정하여 매매한 것이다(대법원 1998. 6. 26. 선고 98다 13914 판결 참조).

살피건대, 인정사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 피고는 이 사건 부동산의 3필지 토지 전부를 이 사건 건물의 음식점 영업을 위한 부지로 활용하고 있었던 점, 이 사건 부동산은 북쪽의 방풍림, 남쪽의 도로에 의하여 인근 토지와 경계가 구분되어 있는 점, 피고는 이 사건 방풍림 남쪽에 위치한 이 사건 계쟁토지를 이 사건 건물의 주차장 진입로 및 부지로 이용하고 있었던 점, 원고들은 이 사건 계약 당시 피고와 함께 이 사건 부동산을 둘러보면서 그 현황을 확인한 점, 당시 피고는 원고들에게 방풍림을 가리키며 "매도하는 부동산의 경계는 나무가 심어져 있는 곳까지이다"라고 설명한 점, 원고들은 이 사건 부동산을 피고가 운영하던 형태 그대로 인수하여 소외 ○○제로 하여금 음식점을 운영하도록 하였고, 소외 ○○제는 이 사건 계쟁토지를 기존과 같이 주차장 진입로 및 부지와 장독대로 이용한 점 등에 비추어 보면, 원고들과 피고는 이 사건 부동산을 매매할 당시 지적공부에 의하여 소유권의 범위가 확정된 토지를 매매할 의사가 아니고 방풍림과 도로로 둘러싸인 음식점 건물 및 그 부지 일체를 사실상의 경계대로 매매할 의사를 가지고 매매계약을 체결한 것으로 보이는바, 이 사

건 매매계약의 대상은 이 사건 부동산 및 이 사건 계쟁토지이고, 결국 이 사건 매매는 타인권리인 이 사건 계쟁토지를 목적물로 한 것으로서 피고는 원고들에게 민법 제572조에 의한 하자담보책임을 부담한다.

나. 대금 감액 청구에 관한 판단

1) 대금 감액 청구 인정 여부

민법 제572조 제1항은 "매매의 목적이 된 권리의 일부가 타인에게 속함으로 인하여 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 그 부분의 비율로 대금의 감액을 청구할 수 있다"고 규정하고 있는바, 위에서 인정한 사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 원고들은 이 사건 계쟁토지를 포함한 이 사건 부동산을 매수한 점, 원고들은 피고에게 이 사건 토지 및 건물을 구분하지 않고 그 전부에 대한 매매대금으로 750,000,000원을 지급한 점, 이 사건 계쟁토지는 소외 ○○수 소유인바 피고로서는 그 소유권을 취득하여 이를 원고들에게 이전하여 줄 수 없게 된 점, 원고들은 이 사건 계약 당시 매매의 목적이 된 이 사건 계쟁토지가 제3자 소유라는 사실을 몰랐다고 봄이 상당한 점 등에 비추어 보면, 선의의 매수인인 원고들은 피고에 대하여 민법 제572조 제1항에 규정된 대금감액청구권을 행사할 수 있다. 한편, 원고들이 위 대금감액청구권을 행사한다는 의사표시가 기재된 2009. 6. 19.자 준비서면이 2009. 6. 23. 피고에게 송달된 사실은 기록상 분명하므로, 피고는 원고에게 감액되는 매매대금 상당액을 지급할 의무가 있다.

이에 대하여 피고는, 측량을 통하여 이 사건 토지의 경계선 안에 있는 것으로 밝혀진 281㎡(건물 앞쪽 법면처리부분 166㎡ + X X 5-4번지 도로 39㎡ + 건물 좌측 흰색 담장 밖에 위치하고 있는 부분 76㎡)에 관하여 원고들이 새롭게 이익을 얻었다고 주장

하나, 원고들이 이 사건 계약을 체결하던 당시 피고가 주장하는 위 281㎡부분이 계약의 대상으로 포함되지 않았음을 인정할 아무런 증거가 없는바, 피고의 위 주장은 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

2) 구체적 계산

나아가 피고가 원고들에게 반환하여야 할 감액된 매매대금의 액수에 대하여 살피건대, 감액될 매매대금의 액수는 이 사건 매매대금 중 이 사건 계쟁토지 부분에 해당하는 금액으로 보는 것이 타당하다. 이 사건 매매계약 당시 전체 매매대금이 750,000,000원인 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 감정인 백●●, 최●●의 각 시가감정 결과에 의하면 위 매매계약 당시인 2007. 11. 7.을 기준으로 한 이 사건 토지 및 이 사건 계쟁토지의 시가는 943,849,000원(= X X 5번지 557,662,000원 + X X 5-3번지 123,847,000원 + X X 5-4번지 8,385,000원 + 'ㄴ'부분 217,100,000원 + 'ㄷ'부분 36,855,000원), 이 사건 건물의 시가는 160,619,400원(= 1층부분 116,555,400원 + 2층부분 44,064,000원), 이 사건 부동산 및 이 사건 계쟁토지의 시가는 1,104,468,400원(= 943,849,000원 + 160,619,400원)인 사실이 인정되므로, 이 사건 매매대금 중 건물을 제외한 토지 부분에 해당하는 금액은 640,929,835원(= 이 사건 매매대금 750,000,000원 x 이 사건 토지 및 이 사건 계쟁토지의 시가 943,849,000원 / 이 사건 부동산 및 이 사건 계쟁토지의 시가는 1,104,468,400원, 원 미만 버림, 이하 같다)으로 산정할 수 있고, 이 사건 계약의 실제 대상이 된 토지의 면적은 이 사건 토지 1,164㎡(= X X 5번지 854㎡ + X X 5-3번지 271㎡ + X X 5-4번지 39㎡) 및 이 사건 계쟁토지 415㎡(='ㄴ'부분 334㎡ + 'ㄷ'부분 81㎡)의 합인 1,579㎡(= 1,164㎡ + 415㎡)이므로, 결국 피고가 원고들에게 반환하여야 할 이 사건 계쟁토지에 해당하는 대금 감액 부분은 168,452,109

원(= 640,929,835원 x 415m² / 1,579m²)이다.

다. 선의 매수인 손해배상청구에 관한 판단

1) 이 사건 계쟁토지 시가 상당 이행이익 배상 여부

원고들은, 피고가 이 사건 계쟁토지에 관한 시가 상당인 253,955,000원을 선의매수인에 대한 손해배상으로 지급하여야 한다고 주장하므로 살펴건대, 매매의 목적이 된 권리의 일부가 타인에게 속함으로 인하여 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 된 때에는 선의의 매수인은 매도인에게 담보책임을 물어 이로 인한 손해배상을 청구할 수 있는바, 이 경우에 매도인이 매수인에 대하여 배상하여야 할 손해액은 원칙적으로 매도인이 매매의 목적이 된 권리의 일부를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게된 때의 이행불능이 된 권리의 시가, 즉 이행이익 상당액이라고 할 것이나(대법원 1993. 1. 19. 선고 92다37727 판결 참조), 이 사건에 관하여 살펴보면, 위에서 인정한 것처럼 원고들은 이 사건 계약을 통하여 계약 당시 시가 기준으로 850,513,400원(= X X5번지 557,662,000원 + X X5-3번지 123,847,000원 + X X5-4번지 8,385,000원 + 건물1층부분 116,555,400원 + 건물2층부분 44,064,000원) 상당의 가치가 있는 이 사건 부동산을 매매대금 750,000,000원에 매수하여 오히려 100,513,400원(= 850,513,400원 - 750,000,000원)의 이익을 본 점, 원고들은 위에서 인정한 것처럼 168,452,109원의 대금 감액을 받는 점을 고려하면, 원고들이 비록 이 사건 계쟁토지에 대한 소유권을 취득하지 못하였다 하더라도 이 사건 매매계약에서 이 사건 계쟁토지의 시가인 이행이익 상당의 손해까지 입었다고 볼 수는 없다.

따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 새로운 주차장 설치 비용 배상 여부

나아가 원고들이 구하는 새로운 주차장 공사비 손해 주장에 관하여 보건대, 갑 제11호증의 1, 2, 갑 제12호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고들은 건물 앞에 주차장 부지를 새로 만들면서 공사비 10,440,000원(보강토공사비 10,000,000원 + 지적측량비 440,000원)을 지출한 사실을 인정할 수 있고, 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 이 사건 건물을 음식점으로 이용하기 위해서는 주차장 시설이 필수적이라는 사실을 피고도 알고 있었던 점, 원고들은 종래 주차장 진입로 및 부지로 이용되던 이 사건 계쟁토지를 더 이상 사용할 수 없게 되자 새로운 주차장 부지를 마련할 수 밖에 없었던 점에 비추어 보면, 위 공사비용은 피고가 원고들에게 이 사건 계쟁토지에 관한 소유권을 이전하지 못함으로써 발생한 손해이고 이 사건 건물을 음식점으로 운영하기 위하여 주차장이 필수적이고 이 사건 계쟁토지를 사용할 수 없음을 피고가 알고 있었던 이상, 원고들의 이러한 손해에 대해서도 피고로서는 그 사정을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로, 주차장 공사비는 원고들이 입은 손해 범위에 해당한다.

라. 소결

그렇다면, 피고는 이 사건 계약의 공동매수인인 원고들에게 각 89,446,054원(= 178,892,109원(= 대금 감액 168,452,109원 + 주차장 공사비 10,440,000원) / 2) 및 이에 대한 피고의 이행불능일 이후로서 원고들이 구하는 바에 따라 2008. 1. 7.부터 피고가 이 사건 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2010. 12. 17.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 불법행위에 기한 손해배상청구에 관한 판단

가. 책임의 근거

부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이م 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있고(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결 등 참조), 일단 고지의무의 대상이 되는 사실이라고 판단되는 경우 이미 알고 있는 자에 대하여는 고지할 의무가 별도로 인정될 여지가 없지만, 상대방에게 스스로 확인할 의무가 인정되거나 거래관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 예외적인 경우가 아닌 한, 실제 그 대상이 되는 사실을 알지 못하였던 상대방에 대하여는 비록 알 수 있었음에도 알지 못한 과실이 있다 하더라도 그 점을 들어 추후 책임을 일부 제한할 여지가 있음은 별론으로 하고 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다.

인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 부동산은 북쪽의 방풍림, 남쪽의 도로에 의하여 인근 토지와 경계가 구분되어 있는 점, 피고는 이 사건 방풍림 남쪽에 위치한 이 사건 계쟁토지를 이 사건 건물의 주차장 진입로 및 부지로 이용하고 있었던 점, 이 사건 계쟁토지는 소외 ○○수의 소유인 점, 원고들은 피고가 운영하던 음식점을 계속 운영하고자 이 사건 부동산 및 이 사건 계쟁토지 전체를 매수한 점, 이 사건 계쟁토지를 사용할 수 없게 될 경우 진입로가 확보되지 않아 건물 뒤편으로 차량이 이동하기 어려워 사실상 건물 뒤편 기존 주차장을 이용할 수 없는 점 등에 비추어 보면 이 사건 계쟁토지가 이 사건 부동산에 포함되지 않음을 잘 알고 있던 피

고로서는 원고들에게 이 사건 계쟁토지가 이 사건 부동산의 경계 밖에 있음을 고지할
신의칙상 의무가 있었다. 그럼에도 불구하고, 피고는 원고들에게 이를 고지하지 않음으
로써 원고들을 기망하고 원고들로 하여금 이 사건 계쟁토지가 이 사건 부동산에 포함
된다고 믿고 이 사건 계약을 체결하도록 하였으므로 피고는 위와 같은 불법행위로 인
하여 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 손해배상의 범위 - 이 사건 계쟁토지에 대한 시가 상당액 부분

불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익,
즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의
재산상태의 차이를 말하는 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 판결 등 참조).

원고들은 피고의 불법행위로 인하여 이 사건 계쟁토지의 시가 상당의 손해를 입었다
고 주장하므로 살피건대, 원고들이 이 사건 토지의 경계에 대하여 피고로부터 기망을
당하여 지출한 매매대금 750,000,000원의 불이익보다 원고들이 실제 이 사건 부동산을
보유함으로써 얻게 된 시가 850,513,400원 상당의 이익이 더 큰 사실은 위에서 본바와
같으므로, 결국 원고들은 이 사건 계약을 통하여 100,513,400원(= 850,513,400원 -
750,000,000원)의 이익을 보았을 뿐 손해를 입었다고 볼 수 없다.

따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(원고들은 새로운 주차장 설치 비용의 배상을 불법행위에 기한 손해배상으로도 구하나
위에서 선택적으로 청구한 하자담보책임에 기한 손해배상으로 인정하였는바, 더 나아
가 판단하지 아니한다.)

5. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고,
나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김태병 _____

 판사 김도현 _____

 판사 유성현 _____