

울 산 지 방 법 원

제 2 민 사 부

판 결

사 건 2012나6042 분묘철거 등

원고, 피항소인 겸 항소인

A

소송대리인 법무법인 동행 담당변호사 정선명, 박라영

피고(선정당사자), 항소인 겸 피항소인

B

소송대리인 변호사 박현갑

제 1 심 판 결 울산지방법원 2012. 10. 19. 선고 2011가단19996 판결

변 론 종 결 2014. 4. 23.

판 결 선 고 2014. 5. 28.

주 문

1. 당심에서의 청구변경에 따라 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

피고(선정당사자) 및 선정자들은 원고에게, B 중

가. 별지2 도면 표시 11, 12, 13, 14, 11의 각 점을 차례로 연결한 선내 (나) 부분 18㎡에 설치된 분묘 1기를 굴이하고,

- 1 -

나. 별지2 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 (가) 부분 187㎡에서 별지3 도면 표시 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 6의 각 점을 차례로 연결한 선내 (ㄴ) 부분 72㎡를 제외한 나머지 부분 115㎡를 인도하며,

다. 각자 33,602원 및 2012. 1. 1.부터 위 1. 나항 기재 나머지 부분 115㎡의 인도 완료일까지 월 14,760원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 청구를 모두 기각한다.

3. 소송총비용은 각자 부담한다.

4. 제1의 가. 내지 다.항은 각 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고(선정당사자, 이하 '피고'라 한다) 및 선정자들은 원고에게, ① B(이하 '이 사건 토지'라 한다) 중 별지2 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 (가) 부분 187㎡ 내 분묘 2기를 각 굴이하고, ② 위 (가) 부분 토지를 인도하고, ③ 각자 이 사건 소장부분 최종송달일 다음날부터 위 (가) 부분 토지의 인도완료일까지 월 24,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 당심에서 소장부분 최종 송달일 다음날부터 부당이득반환을 구하는 것으로 청구를 감축하였다).

2. 항소취지

가. 원고

제1심 판결을 청구취지와 같이 변경한다.

- 2 -

나. 피고

제1심 판결 중 피고(선정당사자) 및 선정자들 패소부분을 각 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 1980. 6. 5. 이 사건 토지에 관하여 1967. 2. 3. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 이 사건 토지는 원래 피고와 선정자들(이하 이들을 통틀어 '피고 측'이라 한다)의 부친인 망 C의 소유였는데, 1967. 2. 3. 매매가 이루어지기 전인 1961. 9.경 이미 이 사건 토지 중 별지2 도면 표시 12, 15, 16, 13, 12의 각 점을 차례로 연결한 선내(다) 부분 24㎡ 지상에 망 C의 분묘 1기가 설치되어 있었다(이하 '망 C의 분묘 부분'이라 한다).

다. 피고 측은 모친인 D가 1995. 4. 23. 사망하자 그 무렵 이 사건 토지 중 별지2 도면 표시 11, 12, 13, 14, 11의 각 점을 차례로 연결한 선내(나) 부분 18㎡ 지상에 망 D의 분묘 1기를 설치하였는데(이하 '망 D의 분묘 부분'이라 한다), 망 C 분묘의 분중에서 망 D의 분묘 끝부분까지의 거리는 약 5m 정도이다.

라. 피고 측은 현재까지 석축을 설치하고 잔디를 식재하여 망 C과 망 D의 분묘를 수호·관리하면서 제사를 주재하고 있는데, 그 면적은 별지2 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내(가) 부분 187㎡에 이른다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑1호증의 기재, 갑2호증의 1, 2, 을1호증의 1, 2의 각 영

- 3 -

상, 제1심 및 당심의 각 현장검증결과, 제1심 감정인 김하생의 측량감정결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

원고의 남편인 E가 피고 측으로부터 이 사건 토지를 매수할 당시 피고 측에서 망 C의 분묘를 이장하기로 하는 특약이 있었으므로, 피고는 이 사건 토지의 소유권에 기하여 방해배제를 구하는 원고에게 이 사건 토지에 설치된 망 C, D의 분묘를 각 굴이하고, 이 사건 토지 중 별지2 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내(가) 부분 187㎡[이하 '이 사건(가) 부분 토지'라고 한다]를 인도하며, 그에 관한 부당이득을 반환할 의무가 있다.

나. 피고

이 사건 토지는 원래 부친인 망 C의 소유였는데 1961. 9.경 망 C이 사망한 이후 이 사건 토지에 망 C의 분묘가 설치된 다음 피고 측이 원고의 남편인 E에게 이 사건 토지를 매도하면서 망 C의 분묘기지와 향후 피고 측의 모친 D의 분묘를 설치할 토지를 제외한 나머지 부분만을 매도하였으므로 망 C과 망 D의 각 분묘기지는 피고 측의 소유이고, 설령 위 각 분묘기지가 피고 측의 소유가 아니라고 하더라도 피고 측에서 위 각 분묘기지에 대하여 분묘기지권을 취득하였으므로, 원고의 청구는 부당하다.

3. 판단

가. 갑3호증의 기재에 의하면, 원고의 남편인 E는 1965. 12. 10.(을사 12. 10.) 선정자 F로부터 이 사건 토지를 매수하였는데(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다), 그 매매계약서(갑3호증)에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

- 4 -

이 사건 매매계약서

- 부동산의 표시 : B(이 사건 토지)

- 매도대금 : 71,000원

우 물건을 전기 매도대금으로서 귀하(E)에게 정히 매도하옵고 당일 보증금조로 일금 7,000원을 정히 영수하고 잔금 64,000원은 구 12월 말일내로 무위지불기로 하고 해토지에 대하여 타로부터 이의가 유할시는 매도인이 기 책임을 부하고 계약을 위반할 시는 매도인은 보증금을 배상하고 매수인은 보증금을 무효로 하고 본 토지에 있는 분묘의 면적은 분중에서 3발로 하고 건물에 식목을 않기로 하고 이전은 매수인이 임의로 하고 수속 일절은 매도인이 부기로 하고 비용은 매수인이 부하하기로 자이 기서를 정함.

나. 이 사건 각 분묘기지(基地)의 소유권

법률행위의 해석에 있어 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 형식과 내용, 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다45221, 45238 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 매매계약서에 '본토지에 있는 분묘의 면적은 분중에서 3발로 하고 건물에 식목을 않기로 하고'라고 기재되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 당시 증인 G은 피고 측이 망 D의 분묘를 설치할 당시 E가 망 D의 분묘를 설치하는 것에 대하여 이의를 제기하자 피고 측이 이 사건 매매계약서를 제시하면서 이 사건 각 분묘기지 부분은 매도하지 않았다고 주장하자 E가 이 사건 매매계약서를 보고 그냥 내려갔다고 증언하기는 하지만 앞서 본 사정들만으로는 피고

측과 원고의 남편 E 사이에 이 사건 각 분묘기지 또는 망 C의 분중으로부터 3발 범위를 제외한 부분만을 이 사건 매매계약의 목적물로 하였다고 보기 어렵고, 달리 이 사건 각 분묘기지 부분이 피고 측의 소유라고 인정할 증거가 없다. 오히려 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약서의 전체적인 해석[특히 이 사건 매매계약서에서 매매의 목적물의 면적을 이 사건 토지의 면적인 3,068㎡와 유사한 928평(약 3,068㎡(≒ 928평 × 3.3058㎡, 소수 셋째자리에서 반올림))으로 특정한 점]과 이 사건 매매계약의 목적과 당사자들의 의사, 피고 측이 이 사건 토지 전부를 원고 측에게 매도한 이후 50년 가량이 이 사건 각 분묘기지 부분에 대한 세금 등을 납부하지 않았고 원고 측에게 위 부분에 대한 소유권이전등기를 요구하지 않은 점 등에 비추어 보면 이 사건 매매계약의 목적물은 이 사건 각 분묘기지를 포함한 이 사건 토지 전체라고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 각 분묘기지가 피고 측의 소유라는 피고의 주장은 이유 없다.

다. 이 사건 각 분묘 굴이 청구에 관하여

(1) 망 C의 분묘 부분

자기 소유 토지에 분묘를 설치하고 이를 타에 양도한 경우에는 그 분묘가 평장되어 외부에서 인식할 수 없는 경우를 제외하고는 당사자 간에 특별한 의사표시가 없으면 판 사람은 분묘소유를 위하여 산 사람의 토지에 대하여 지상권 유사의 물권을 취득하는데(대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결 참조), 갑3호증의 기재, 당시 증인 G의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 측과 피고 측이 이 사건 토지에 관하여 1967.경 매매계약을 체결할 당시 '본토지에 있는 분묘의 면적은 분중에서 3발로 하고 건물에 식목을 않기로 하고 이전은 매수인이 임의로 하고 수속 일절은 매도인이 부담하며 비용은 매수인이 부담하기로 한다'라고 약정한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정

사실에 ① 원고의 주장대로 피고 측이 분묘를 철거하기로 약정하였다면 분묘의 면적을 특정하거나 건물에 식목을 하지 않기로 하는 문구를 기재할 이유가 없는 점, ② 이 사건 매매계약서의 전체적인 내용에 비추어 '이전은 매수인이 임의로 하고 수속일절은 매도인이 부담하며 비용은 매수인이 부담하기로 한다'는 부분을 분묘이장에 관한 문구라고 해석하기는 어려운 점, ③ 피고 측이 1995. 4. 23.경 망 D의 분묘를 설치할 당시 이 사건 토지 소유자인 E는 일을 가다가 위 사실을 우연히 알게 되어 피고 측에게 위 분묘설치에 대하여 이의를 제기하였다가 이 사건 매매계약서를 보고 그냥 돌아갔는바, E는 이 사건 각 분묘 부근을 자주 다녀서 분묘현황에 대하여 잘 알고 있었던 것으로 보이는 점, ④ E와 원고는 E가 2010. 7.경 사망할 때까지 별다른 이의를 하지 않다가 망 D의 분묘가 설치된 때로부터 16년이 지난 2011. 6. 14.에서야 이 사건 소를 제기한 점, ⑤ 원고는 이 사건 소장에서 이 사건 분묘를 성명불상자가 무단설치한 것이라고 주장하다가 이 사건 매매계약서 원본(갑3호증)을 제출한 이후에서야 이 사건 매매계약서상 분묘철거의 특약이 존재하였다고 주장한 점, ⑥ 이 사건 매매계약 당시와 그 이후의 이 사건 토지 현황 및 거래관행 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고 측이 이 사건 토지를 원고에게 매도할 당시 이 사건 토지에 설치되어 있던 망 C의 분묘를 철거하기로 하는 특약을 하였다고 보기는 어려우므로, 피고 측은 이 사건 토지 중 망 C의 분묘 부분에 대하여 지상권 유사의 물권인 분묘기지권을 취득하였다고 할 것이다.

(2) 망 D의 분묘 부분

다음으로 피고 측이 1995. 4. 23.경 설치한 망 D의 분묘기지에 관하여 보건대, 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 분묘기지권에는 그 효력이 미치

는 지역의 범위 내라고 할지라도 기존의 분묘 외에 새로운 분묘를 신설할 권능은 포함되지 아니하는 것이므로, 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방의 합장을 위하여 쌍분 형태의 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는바(대법원 1997. 5. 23. 선고 95다29086, 29093 판결 등 참조), 원고가 이 사건 토지의 소유권을 취득한 이후 새롭게 설치된 망 D의 분묘에 대해서는 망 D의 분묘가 망 C의 분묘의 분묘기지권이 미치는 지역적 범위 내에 위치한다고 하더라도 그러한 분묘 신설은 허용되지 않을뿐더러 피고 측에서 원고 측의 승낙을 얻어 이 부분 분묘를 설치하였다고 볼 만한 증거도 없으므로, 망 D의 분묘 부분에 대한 피고 측의 위 주장은 이유 없다.

따라서 피고 측은 원고에게 망 D의 분묘인 별지2 도면 표시 (나) 부분 18㎡에 설치된 분묘를 굴이할 의무가 있다.

라. 토지 인도청구에 관하여

살피건대, 앞서 본 증거들, 당시 감정인 정철화의 측량감정결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 매매계약서(갑3호증)에는 '본토지에 있는 분묘의 면적은 분중에서 3발로 한다.'고 기재되어 있는바, 이 사건 매매계약서가 작성된 시기, 장소, 사회관습 등에 비추어 '한 발'이란 '두 팔을 양옆으로 펴서 벌렸을 때 한쪽 손끝에서 다른 쪽 손끝까지의 길이'를 의미한다고 보이므로, 망 C의 분묘에 대해 인정되는 분묘기지의 범위는 분중에서 약 5m(≒3발)의 범위 내에 있는 별지 3 도면 표시 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 6의 각 점을 차례로 연결한 선내 (ㄴ) 부분 72㎡(이하 '이 사건 (ㄴ) 부분'이라 한다)라고 봄이 상당한 점, 앞서 본 바와 같이 피고 측이 별지2 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 1의 각

점을 차례로 연결한 선내 (가) 부분 187㎡를 점유·사용하고 있는 점 등을 종합하면, 피고 측은 원고에게 이 사건 토지 중 이 사건 (가) 부분에서 망 C의 분묘기지권인 (ㄴ) 부분을 제외한 나머지 부분 115㎡(이하 '이 사건 나머지 부분'이라 한다)를 인도할 의무가 있다.

마. 부당이득반환청구에 관하여

(1) 망 C 분묘 부분

지상권에 있어서 지료의 지급은 그 요소가 아니어서 지료에 관한 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없고, 분묘기지권을 시효취득하는 경우에도 지료를 지급할 필요가 없다고 해석되므로(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결 등 참조), 달리 원고와 피고 측 사이에 지료에 관한 약정이 있었다고 볼 만한 증거도 없는 이상, 분묘기지권이 인정되는 망 C의 분묘기지에 대한 부당이득금 청구부분은 이유 없다.

(2) 이 사건 나머지 부분

앞서 본 바와 같이 피고 측은 원고에게 이 사건 토지 중 이 사건 (가) 부분에서 이 사건 (ㄴ) 부분을 제외한 나머지 115㎡에 대하여 원고가 구하는 이 사건 소장부분 최종종달일 다음날인 2011. 10. 13.부터 이 사건 나머지 부분의 인도완료일까지 이 사건 나머지 부분을 권원 없이 점유·사용함으로써 인하여 얻은 차임 상당의 부당이득금을 지급할 의무가 있다(망 D의 분묘를 설치할 권능이 없는 이상, 이 부분에 관한 부당이득도 반환할 의무가 있다).

나아가 부당이득의 액수에 관하여 살펴건대, 통상의 경우 부동산의 점유 사용으로 인한 이득액은 그 부동산의 차임 상당액이라고 할 것인바, 제1심 감정인 장원창의 일료감정결과에 의하면, ① 2011. 10. 13.부터 2011. 12. 31.까지의 이 사건 나머지 부분

- 9 -

에 대한 차임은 33,602원(=이 사건 (가) 부분 54,609원(=20,900원 × (2 + 19/31), 원 미만 버림, 이하 같다) - 이 사건 (ㄴ) 부분 21,007원(=8,040원¹⁾ × (2 + 19/31)), ② 2012. 1. 1.부터 이 사건 나머지 부분의 인도완료일까지의 월 차임은 14,760원(=이 사건 (가) 부분 24,000원 - 이 사건 (ㄴ) 부분 9,240원(=72㎡ × 단가 77,000원 × 기대이율 0.02 / 12개월))인 사실을 인정할 수 있으므로, 피고 측은 각자 원고에게 33,602원 및 2012. 1. 1.부터 이 사건 나머지 부분의 인도완료일까지 월 14,760원의 비율로 계산한 돈을 부당이득으로 지급할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 당심에서 변경된 청구를 포함하여 제1심 판결을 주문과 같이 변경한다.

재판장 판사 문춘언

 판사 민희진

 판사 이상욱

1) 2011. 10. 13.부터 2011. 12. 31.까지의 이 사건 (ㄴ) 부분의 월 차임은 8,040원(=72㎡ × 단가 67,000원 × 기대이율 0.02 / 12개월)이다.