

서울고등법원 2021. 7. 8 선고 2020나2034859 판결 [계약금 반환 등 청구의 소]

전 문

원고, 피항소인 A 주식회사

피고, 항소인 B

소송대리인 법무법인 율정

담당변호사 남대원, 강현우

변 론 종 결 2021. 6. 17.

판 결 선 고 2021. 7. 8.

제1 심판결 서울서부지방법원 2020. 9. 16. 선고 2019가합35575 판결

주 문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고에게, 1) 173,869,000원 및 이에 대하여 2009. 12. 2.부터 2019. 7. 16.까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, 2) 44,124,694원 및 이에 대하여 2020. 9. 18.부터 2021. 7. 8.까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용 중 40%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

3. 제1의 가.항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주문 제1의 가. 1)항 및 피고는 원고에게 171,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

피고는 원고에게 121,000,000원 및 이에 대하여 2009. 12. 2.부터 이 사건 소장 부분송달일까지 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실 및 당사자 주장

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 추가하거나 고쳐 쓰는 외에는 제1심 판결 이유 해당 부분 기재와 같다. 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

〈추가하거나 고치는 부분〉

○ 제1심 판결 제2면 제12행부터 제15행까지를 아래와 고친다.

『가. 원고, C 등 3인(이하 매수인인 원고 등 3인을 ‘원고 측’이라 한다)은 2008. 7. 15. 피고로부터, 원주시 D 임야 45,818㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 중 1/3 피고 공유지분에 관하여(이하 ‘이 사건 피고 지분’이)』

제1심 판결 제3면 첫 번째 표 아래에 아래 내용을 추가한다.

『원고 측은 이 사건 제1차 계약 체결 직후 피고에게 계약금 5천만 원을 송금하였다. 피고는 2008. 7. 17. 원고 측에 이 사건 제1차 계약 제7항에 따라 피고의 채무불이행에 따른 손해배상액을 담보하기 위하여 이 사건 피고 지분에 관하여 채권최고액 1억 원, 근저당권자 C으로 된 근저당권(이하 ‘이 사건

근저당권'이라 한다)을 설정해 주었다.』

○ 제1심 판결 제3면 '나.항' 중 '중도금'을 '중도금'으로 고친다.

제1심 판결 제4, 5면 중 '라.'항 부분을 아래와 같이 고친다.

『라. 원고는 2009. 6. 17. 피고로부터 이 사건 피고 지분을 2억 8,300만 원에 매수할 것을 예약하는 내용의 계약을 체결하면서, 매매예약대금 중 계약 증거금 1억 원은 기존 C의 계약금을 인수하는 방법으로 피고에게 지급하기로 하였다. 이후 피고는 2009. 6. 30. 원고에게 이 사건 피고 지분에 관하여 2009. 6. 17.자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳐 주었다. 한편 원고와 피고는 위 매매예약 당일, 이 사건 피고 지분을 공동으로 개발하여 그 전부 또는 일부를 매매하기로 하는 내용의 부동산 개발투자 계약(이하 '이 사건 투자 계약'이라 한다)도 체결하였다. 이 사건 투자 계약의 주요 내용은 다음과 같다. 원고는 2009. 6. 18. 피고에게 3,000,000원을 지급하였다.』

1. 원고와 피고는 이 사건 피고 지분을 공동으로 개발하여 그 전부 또는 일부를 매매하여 피고는 총 2억 8,300만 원(계약금 1억 원, 중도금 3천만 원, 잔금 1억 5,300만 원)을 우선적으로 회수하며 이후 잔여 금액 및 잔여 토지에 대한 권리를 원고에게 양도한다.

2. 원고는 투자금 중 1억 원을 본 거래의 계약금조로 기존 C 계약금을 인수하는 방법으로 피고에게 지급한다.

3. 원고는 중도금 3천만 원 중 3백만 원을 본 계약 체결 익일까지 지급하고 1,700만 원을 본 계약 체결 10일 이내에 추가로 지급하며 잔액 1천만 원은 E와의 지분분할에 대한 협의(가분할도)가 진행된 후 지급한다.

6. 이 사건 피고 지분은 지분소유이므로 다른 공유자인 E와의 분할은 피고가 책임을 지고 첨부 개략도 기준으로 진행하여야 하며, 세부 측량을 통한 분할경계 확정은 원고의 동의를 얻어야 한다.

7. 피고는 본 계약 체결일 후 조속한 시일 이내에 책임지고 상기 토지에 건축인허가를 득하여야 하며 건축인허가 관련 소요 비용(측량비, 설계비, 전용부담금, 공사비)은 원

고가 부담한다. 본 대상 토지까지의 진입로 개설 등의 인허가 및 각종 비용은 원고가 부담하지 않는다. 본 대상 토지상의 도로 개설 비용(인허가 비용, 공사비)은 원고가 부담한다.

8. 피고는 최종 잔금 수령 전 또는 수령함과 동시에 아래 사항을 이행하여야 한다.

가. 동 부지에 설정되어 있는 모든 권리제한사항 제거(법무사 입회)

나. 진입로 사용 관련 제반 동의사항 및 권리사항, 건축 관련 인허가사항 명의를 원고 또는 원고가 지정하는 제3자에게 이전

다. 동 부지에 대한 분할 및 소유권이전을 원고 또는 원고가 지정하는 제3자에게 완료

10. 원고와 피고는 상기 제반 사항을 성실히 준수하여야 하며 특히 피고가 제4~8항을 이행하지 못할 시 손해배상금으로 원고에게 계약금 및 중도금 지급액의 배액을 배상하여야 하며 원고가 본 계약과 관련한 원고의 의무를 위반할 시 계약금 및 중도금을 포기한다.

제1심 판결 제8면 제5행, 제6행을 아래와 같이 고친다.

『차. 이후 이 사건 토지 전체에 관하여 공유물 분할을 위한 경매절차(춘천지방법원 원주지원 K, 이하 ‘이 사건 경매절차’라 한다)가 개시되었다. L가 이 사건 경매절차에서 이 사건 토지를 301,100,000원에 매수하여 대금을 완납하고 2020. 8. 19. 소유권이전등기를 마쳤다. 위 경매로 이 사건 피고 지분에 마쳐진 이 사건 근저당권과 가등기는 모두 말소되었다.

[인정 근거] 일부 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 14, 17, 19, 21호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제5호증의 각 기재, 변론 전체 취지』

2. 판 단

가. 피고의 채무불이행으로 인한 계약 해제 여부

1) 피고의 채무불이행

가) 피고가 이 사건 투자 계약 및 제3차 계약(이하 이 두 계약을 통칭할 때에는 ‘이 사건 계약’이라 한다)에 따라 ① 이 사건 토지의 분할절차를 이행하고, ② 건축인허가를 취득하며, ③ 이 사건

토지까지의 진입로를 확보할 의무를 부담한다는 사실에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없다. 그런데 제출된 증거만으로는 피고가 위와 같은 의무를 이행하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다[이 사건 토지에 산지전용 허가가 있었다가 현재는 사용승인 허가가 취소된 상태이고(을 제8 내지 10호증), 피고는 진입로 확보의무 중 배수로 박스 공사를 하지 못하였다(을 제11호증). 한편 피고는 이 사건 계약상 피고가 부담하는 토지 분할절차 이행의무는 피고가 원고로부터 잔금을 수령하는 동시에 완료하면 되고, 그 전까지는 이 사건 토지의 다른 공유자와 협의만 거치면 충분하다고 주장한다. 그러나 이 사건 계약과 2009. 9. 29.자 각서 내용을 종합하여 볼 때, 피고의 이 사건 토지 분할절차 이행의무는 피고가 원고로부터 잔금을 수령하기 전에 이 사건 토지의 다른 공유자와 협의를 거쳐 이 사건 토지를 각 공유지분에 상응하는 독립한 필지로 분할하고, 그에 따른 분필등기를 마쳐야 하는 선이행 의무로 봄이 타당하다. 그런데 피고는 공유자인 E로부터 토지사용승낙서와 인감증명서를 교부받았을 뿐이고(을 제3 내지 7호증), 토지 분할분필 절차를 마치지 못하였다].

나) 이에 대하여 피고는, 원고 주장의 피고 의무 중 ② 건축인허가 취득, ③ 진입로 확보 의무를 피고가 이행하지 못한 것은 원고가 해당 소요비용[건축인허가 관련 소요 비용(측량비, 설계비, 전용부담금, 공사비) 및 진입로 개설 비용(구거점용허가에 따른 점용료, 배수로 박스 공사비)] 부담의무를 선이행하여야 하는데 이를 이행하지 않았기 때문이므로, 피고에게 채무불이행에 대한 귀책사유가 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정을 고려하면, 제출된 증거만으로는 피고가 자신의 채무를 이행하지 않은 것이 원고가 비용부담의무를 선이행하지 않았기 때문이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 이 부분 피고의 주장은 받아들이기 어렵다.

① 원고가 채무불이행을 주장하며 문제 삼고 있는 피고의 채무는 이 사건 토지까지의 진입로 확보 의무이다. 그런데 이 사건 투자 계약 제7조에 따르면 원고는 이 사건 토지상의 도로 개설 비용만을 부담할 뿐 이 사건 토지까지 연결되는 진입로 개설에 드는 비용은 원고가 부담하지 아니함을 알 수 있다.

② 원고와 피고가 이 사건 계약을 통하여 예정한 토지개발 진행 계획 내용과 당시 이 사건 토지의 소유 현황 등을 고려하면, 이 사건 피고 지분에 관한 건축인허가는 이 사건 토지 분할 절차가 완료되어 분필등기가 마쳐진 후에야 가능하다. 그런데 피고는 이 사건 토지 분할분필 절차를 마치지 못하였다.

2) 이 사건 계약 해제

가) 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하려면 해당 채무가 매매계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 매매계약의 목적이 달성되지 아니하여 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 한다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결 참조).

앞서 든 증거와 변론 전체 취지에 의하여 알 수 있는 이 사건 계약의 체결 경위, 이 사건 피고 지분의 매매대금, 이 사건 계약 당시 이 사건 토지의 소유 현황 등을 위 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 토지의 분할 절차 이행이 되지 않거나 피고의 건축인허가 취득 의무나 진입로 확보 의무가 이행되지 않을 경우에는 이 사건 계약의 목적을 달성할 수 없어 원고가 이 사건 피고 지분만을 상당한 매매대금으로 정하여 매수하는 이 사건 계약 체결에 이르지 않았을 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 원고는 피고가

① 이 사건 토지의 분할절차 이행의무, ② 건축인허가 취득의무, ③ 이 사건 토지까지의 진입로 확보 의무 불이행을 이유로 이 사건 계약을 해제할 수 있다.

나) 한편 원고는 2016. 11. 7. 및 2016. 11. 16. 피고에게 이 사건 계약상 피고의 의무 이행을 촉구하는 내용의 통지를 보낸 사실, 통지 수령 이후에도 피고가 그 채무를 이행하지 아니하여 원고가 2016. 12. 5.자, 2016. 12. 20.자, 2017. 2. 10.자 및 2017. 2. 21.자 ‘부동산 매매계약 해제 통보’를 내용증명으로 거듭 발송한 사실은 앞서 본 것과 같다. 이와 같이 원고는 신의칙상 요구되는 상당한 시간 간격을 두고 피고에게 채무 이행을 최고하였음에도 피고는 원고에게 이 사건 계약상 의무를 이행하지 않았다. 따라서 이 사건 계약은 피고의 이행지체 또는 이행거절을 원인으로 한 원고의 해제 의사표시에 의하여 적법하게 해제되었다.

나. 계약 해제에 따른 원상회복 범위

1) 앞서 본 다음 사실이나 사정을 종합하면 이 사건 계약 해제로 피고가 원고에게 원상회복으로 지급할 금액은 173,869,000원 및 이에 대한 최종 지급일 이후로서 원고가 구하는 법정이자 또는 지연손해금이다.

① 피고가 2009. 3. 2. 이 사건 제2차 계약을 체결하면서 C에게 “상기 금액(1억 원)을 이 사건 토지 매매계약금으로 정히 영수합니다.”라는 내용의 영수증을 작성하여 교부하였다. 또한 이 사건 투자 계약에서 “원고는 투자금 중 1억 원을 본 거래의 계약금조로 기존 C 계약금을 인수하는 방법으로 피고에게 지급한다.”라고 정하였다. 한편 이 사건 투자 계약 체결 이후 피고는 2009. 9. 29. 원고에게 “토지매매대금으로 합계 1억 7,100만 원(계약금 1억 원, 중도금 합계 7,100만 원)을 수취하였다.”고 기재된 각서를 교부하였다.

② 원고는 2009. 11. 5. 피고에게 피고가 부담할 국유재산 목적 외 사용 승인 구조물 설치로 인한 복구비용 예치금 명목으로 669,000원을 지급하였다. 또한 원고는 2009. 12. 2. I에게 피고가 부담할 비용 220만 원을 대신 지급하였다. 이 사건 제3차 계약 제4조는 원고가 추가로 지급한 금액을 매매대금 산정 시 정산하도록 하였다. 피고도 이들 비용 합계 2,869,000원이 이 사건 계약 해제에 따른 원상회복 대상에 포함된다는 점에 다툼이 없다.

2) 이에 대하여 피고는 계약금으로 실제 지급받은 돈은 5천만 원뿐이라고 주장하며 원상회복 범위에 관하여 다툰다. 설령 피고가 계약금으로 실제 받은 돈이 5천만 원일지라도 피고가 이 사건 제2차 계약 이후 이 사건 제3차 계약의 계약금을 1억 원으로 받았다는 취지의 계약서, 각서 등을 거듭 작성하였고, 이들 처분문서의 내용이 허위로 작성되었다고 볼 증거가 없는 이상 이 사건 계약 해제 시의 원상회복으로 반환할 대금 중 계약금은 1억 원으로 봄이 타당하다(이 사건 제2차 계약 당시 이 사건 제1차 계약에 따라 지급된 계약금 5천만 원과 피고가 이 사건 제1차 계약을 이행하지 못한 데에 따른 손해배상으로 5천만 원을 합하여 이 사건 제2차 계약의 계약금을 1억 원으로 정하게 된 것이라는 원고의 주장은 피고가 1억 원을 계약금으로 받았다는 내용으로 거듭 작성한 위 처분문서 내용에 부합한다). 따라서 피고의 이 부분 주장을 받아들이기 어렵다.

다. 손해배상 범위

1) 손해배상예정액

가) 이 사건 투자 계약은 제1조에서 계약금을 1억 원, 중도금을 3천만 원으로 정하는 한편 제10조에서 “피고가 제반 의무를 이행하지 못할 시 피고는 손해배상금으로 원고에게 계약금 및 중도금 지급액의 배액을 배상하여야 한다.”고 정하였다. 이는 피고의 채무불이행 시 계약금과 중도금의 합계액을 기준으로 손해배상하기로 약정한 것이므로 이는 특별한 사정이 없는 한 손해배상액 예정의 성질을 갖는다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001다31189 판결 등 참조).

나) 이 사건 계약이 피고의 채무불이행으로 해제되었으므로 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 투자 계약 제1조, 제10조에 따라 계약상 계약금과 중도금을 기준으로 산정한 손해배상예정액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고는 피고에게 실제 지급한 계약금과 중도금 합계액 1억 7,100만 원과 이에 대한 지연손해금을 손해배상예정액으로 구한다. 그러나 원고가 실제 지급한 액수를 기준으로 손해배상액을 산정한다면, 당초 손해배상액 예정을 약정할 당시와는 달리 원고가 피고에게 중도금 명목으로 추가적인 돈을 지급할 때마다 손해배상액이 증액하는 결과가 되어 불합리하고, 이는 손해액에 대한 증명 곤란을 덜기 위한 손해배상액 예정 취지에도 반한다. 따라서 실제 지급한 계약금과 중도금을 기준으로 손해배상예정액을 산정해야 한다는 원고의 주장은 이유 없다).

2) 손해배상예정액의 감액

가) 민법 제398조 제2항은 "손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원이 이를 적당히 감액할 수 있다."고 규정하고 있다. 여기에서 ‘부당히 과다한 경우’란 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 거래관행과 경제상태 등 모든 사정을 고려하여 일반 사회 관념에 비추어 예정액 지급이 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻한다. 위 규정에 따라 손해배상예정액이 부당하게 과다한지와 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단하는 데에는 법원이 구체적으로 판단을 하는 때, 즉 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다209347 판결 등 참조).

나) 앞서 든 사실과 증거 및 갑 제20, 22, 23호증의 각 기재에 변론 전체 취지를 종합하여 인정할 수

있는 다음 사실이나 사정을 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 투자 계약 제10조로 정한 손해배상예정액을 그대로 인정하는 것은 부당히 과다하므로 이를 9,000만 원으로 감액함이 타당하다.

① 손해배상예정액의 기준이 되는 계약상 계약금과 중도금 합계는 1억 3천만 원(=계약금 1억 원 + 중도금 3천만 원)이다. 매매대금의 10% 정도가 계약금으로 통상 정해지는 것에 비해 이 사건 제3차 계약의 경우 계약금 1억 원은 매매대금 2억 8,300만 원의 약 35%에 해당한다. 한편 이 사건에서 손해배상예정액의 기준이 되는 계약금과 중도금 합계액 1억 3천만 원은 매매대금 대비 약 46%에 해당한다.

② 이 사건 계약금과 중도금 합계 1억 3천만 원은 피고 지분에 대한 공시지가[2009. 1. 1. 기준 공시지가는 15,425,393원(=45,818㎡ × 피고 지분 1/3 × 1㎡당 공시지가 1,010원, 원 미만 버림, 이하 같음)이고, 2020. 1. 1. 기준 공시지가는 28,407,160원(=45,818㎡ × 피고 지분 1/3 × 1㎡당 공시지가 1,860원)이다] 뿐만 아니라 피고 지분의 시가 상당액 약 1억 원[≒ (경매절차 감정가 300,107,900원 또는 실제 매각대금 301,100,000원) × 피고 지분 1/3]을 훨씬 상회한다.

③ 피고가 원상회복으로 반환할 계약금 1억 원은 실제 지급액 5천만 원과 이 사건 제1차 계약 불이행에 따른 손해배상금 5천만 원이 합산되어 계산된 것이다. 한편 이 사건 제2차 계약까지는 중도금을 제외한 계약금을 기준으로 손해배상액 예정 합의를 하였다.

④ 원고와 피고가 이 사건 피고 지분의 매매대금을 앞서 본 시가보다 높게 정하고, 중도금까지 포함하여 손해배상액 예정 합의를 한 것은 피고 지분을 독립한 필지로 분할하여 주택 부지 등으로 개발 후 판매할 것을 전제하고 있었기 때문으로 보인다. 한편 십여 년 넘게 피고의 분할의무 불이행 등으로 원고의 개발 사업이 무산되어 유무형의 손해가 발생하였다. 원고는 이 사건 피고 지분 토지를 개발 후 판매하는 사업을 통해 약 3억 7천만 원의 이익을 기대하였다. 이러한 사유는 원고에게 유리한 사정으로 참작하되 원고의 위 기대이익은 개발 사업 수행에 따른 것으로 피고가 이 사건 계약상 채무불이행에 따른 손해 자체로 보기 어렵다는 점을 고려한다.

3) 일부 변제

가) 당사자의 주장

피고는 이 사건 토지에 대한 경매절차에서 이 사건 근저당권에 기초하여 배당된 51,152,018원을 공제하여야 한다고 주장한다. 이에 대하여 원고는 이 사건 계약은 기존 이 사건 제1, 2차 계약을 인수한 것이 아니므로 위 배당금을 공제할 수 없다는 취지로 다룬다.

나) 일부 변제 가부에 관한 판단

(1) 을 제12호증의 기재에 의하면, 이 사건 경매절차에서 2020. 9. 17. 이 사건 근저당권에 기초하여 그 근저당권 명의자인 C에게 51,152,018원이 배당된 사실을 인정할 수 있다.

(2) 한편 앞서 본 사실관계 및 증거에 의하여 인정되는 다음 사실이나 사정에 나타난 이 사건 근저당권 설정 및 이 사건 계약 체결 경과 등을 종합하면, 위 배당액을 피고가 지급할 의무가 있는 손해배상채무에 변제 충당함이 타당하다.

① 이 사건 제2차 계약상 당사자는 원고 측과 피고였다가 이 사건 제3차 계약으로 원고 단독 명의로 매수인이 변경되는 한편 피고의 채무 이행기한이 연장되었을 뿐 그 매매 목적물과 매매대금 등 계약의 주요 내용이 같다. 한편 이 사건 제1차 계약 매매대금이 2억 3,300만 원이었다가 이 사건 제2차 계약 이후 매매대금이 2억 8,300만 원으로 5,000만 원이 증액됐으나 이는 이 사건 제1차 계약 불이행으로 말미암은 손해배상금 5,000만 원을 이 사건 제2차 계약의 계약금으로 지급된 것으로 간주된 것에 따른 것이다. 또한 이 사건 계약의 투자금 또는 계약금 1억 원은 이 사건 1, 2차 계약에서 원고 측이 지급하거나 지급간주된 1억 원을 인수하는 방법으로 지급되었다. 이처럼 이 사건 제3차 계약은 그 실질이 이 사건 제1, 2차 계약과 같고, 다만 원고 주장처럼 위 1, 2차 계약상 매수인이 원고를 포함한 3인인 된 관계로 이 사건 계약에 이르기까지의 진행 경과상 원고 측 내부의 이해관계를 정리하기 위하여 원고 단독 명의로 체결된 것으로 보인다.

② 이 사건 근저당권은 이 사건 제1차 계약 제7조에 따라 피고의 채무불이행에 따른 손해배상채무를 담보하기 위하여 원고 측이 비용을 부담하여 설정된 것이다. 위 계약 제7조에 따르면 근저당권자는 원고 측 3인이거나 실제로는 3인의 매수인 중 1인인 C 단독 명의로 근저당권이 마쳐졌다. 이는 근저당권 실행에 따른 경매절차에서 피담보채권 회수를 간이하게 하려는 원고 측 내부 이해관계에 따른 것으로 보인다. 이 사건 근저당권은 이 사건 제2차 계약 체결 전후에도 그대로 유지되었다.

③ 한편 이 사건 피고 지분에 관하여 2006. 6. 20. 채권최고액 4천만 원, 근저당권자 H의 근저당권이

설정되어 있었다. 원고는 이 사건 제3차 계약 후인 2009. 9. 23. 피고에 대한 중도금 지급을 갈음하여 위 근저당권자에게 4천만 원을 송금하고, 위 근저당권을 말소시켰음에도 이 사건 근저당권은 그대로 유지되었다. 원고는 2016년 11월경 두 차례에 걸쳐 피고에게 내용증명으로 이 사건 계약 이행을 촉구하였는데, 거기에는 이 사건 근저당권 말소를 요청한 내용은 없다.

④ 비록 이 사건 토지에 관한 경매절차에서 C에게 51,152,018원이 배당됐으나 이 사건 근저당권이 원고 측 매수인의 1인인 C 명의로 마쳐진 경위를 고려하면, 피고는 이 사건 계약 채무불이행에 따른 손해배상채무를 물적 담보 실행으로 변제하였다고 볼 수 있다. 원고가 실제 위 배당금을 수령하지 않았더라도 원고 측이 C 명의로 이 사건 근저당권을 설정 받은 이상 원고 측 내부관계에서 정산함이 타당하다.

다) 법정충당 후 남은 손해배상액

(1) 특별한 사정이 없는 한 이 사건 근저당권에 기초한 배당금 51,152,018원은 피고가 원고에게 지급할 책임이 있는 손해배상채무에 법정충당 순서에 따라 지연이자, 원본 순서로 충당된다고 봄이 타당하다.

(2) 위 배당금 51,152,018원은 피고의 손해배상채무 원금 90,000,000원에 대한 지체책임이 발생하는 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2019. 7. 17.부터 이 사건 경매절차 배당일인 2020. 9. 17.까지 1년 63일 동안 발생한 지연이자 5,276,712원[= 손해배상채무 90,000,000원 × 민사법정이율 연 5% × (1년 + 63/365일)]에 먼저 충당되고, 나머지 45,875,306원이 손해배상채무 원금 90,000,000원에 충당된다. 따라서 피고의 최종 손해배상금은 44,124,694원(= 90,000,000원 - 45,875,306원) 및 이에 대한 2020. 9. 18. 이후의 지연손해금이다.

라. 소 결

피고는 원고에게 원상회복금 173,869,000원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 최종 지급일인 2009. 12. 2.부터 이 사건 소장 부분 송달일인 2019. 7. 16.까지 민법이 정한 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 법정이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 또한 피고는 원고에게 손해배상금 44,124,694원 및 이에

대하여 변제충당일 다음 날인 2020. 9. 18.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 사건 항소심 판결 선고일인 2021. 7. 8.까지 민법이 정한 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 법정이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하다. 따라서 피고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 남성민, 판사 원종찬, 판사 이혜란