

의정부지방법원 고양지원 2020. 1. 17 선고 2018가합70458 판결 [계약금등 반환 청구의 소]

전 문

원고A

소송대리인 법무법인(유한) 정률

담당변호사 이재원

피고주식회사 B

소송대리인 법무법인(유한) 지평

담당변호사 강민제, 김용길, 박성철

변론 종결 2019. 12. 13.

판결 선고 2020. 1. 17.

주 문

1. 피고는 원고에게 198,200,000원과 이에 대하여 2017. 6. 27.부터 2020. 1. 17.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 피고에 대한 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고는 원고에게 411,000,000원과 이에 대하여 2017. 6. 27.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는

연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라1) .

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

피고는 용인시 기흥구 C 근린생활시설(이하 '이 사건 상가'라 한다)을 신축 및 분양한 시행자이고, D 주식회사(변경 전 상호 : E 주식회사, 이하 'D'이라 한다)는 피고와 사이에 이 사건 상가에 관하여 관리형 토지신탁계약을 체결한 수탁자이다. 원고는 피고 및 D와 사이에 이 사건 상가 중 F호, G호 상가(이하 'F호, G호 상가'라 한다)에 대한 분양계약을 체결한 자이다.

나. 원고의 분양계약 체결 등

- 1) 원고의 부모는 원고 명의로 2017. 6. 14. 이 사건 상가 중 G호, H호, I호 상가에 대한 분양을 청약하면서 피고의 은행계좌에 청약금 합계 90,000,000원을 송금하였다.
- 2) 원고는 위 상가들의 청약에 당첨되지 않았고, 원고의 부모는 원고 명의로 2017. 6. 15. F호, G호 상가에 대한 분양을 청약하면서 피고의 은행계좌에 청약금 합계 20,000,000원을 추가로 송금하였다.
- 3) 원고의 부모는 F호, G호 상가의 청약에 당첨되자 원고 명의로 2017. 6. 26. 수탁자 겸 시행자로서 매도인인 D 및 위탁자 겸 시행자인 피고와 사이에 F호, G호 상가에 관하여 다음과 같은 내용의 근린생활시설(상가) 공급계약(이하 '이 사건 각 분양계약'이라 한다)을 체결하였다.

■ 재산의 표시

C블록[용인시 기흥구 J]

F호 상가	58.9000	18.0010	44.6770	121.5780	13.1170
G호 상가	58.9000	18.0010	44.6770	121.5780	13.1170

제1조[공급대금 및 납부방법]

D은 위 표시재산을 아래 방법으로 공급하고, 원고는 해당 금액을 D이 지정하는 본조 제3항의 은행 계좌로 납부하여야 한다.

① 공급금액

F호 상가	534,149,000	415,319,091	41,531,909	456,851,000	991,000,000
G호 상가	573,496,000	445,912,727	44,591,273	490,504,000	1,064,000,000

② 납부일정 및 납부금액

F호 상가	99,100,000	99,100,000	-	-	-	-	792,800,000
G호 상가	106,400,000	106,400,000	-	-	-	-	851,200,000

제2조[계약의 해제]

③ 원고는 D의 귀책사유로 인해 다음 각 호의 어느 하나의 사유가 발생한 경우에는 본 계약을 해제할 수 있다.

3. 분양광고 등을 통해 계약의 내용이 된 사항과 실제 시공건축물과의 차이가 현저하여 계약목적을 달성할 수 없는 정도에 이른 경우

제20조[유의사항]

④ 다음의 설계와 관련한 단지 여건사항에 대하여 숙지하시기 바라며, 추후 미확인에 따른 이의를 제기할 수 없습니다.

인허가	• 도서와 상이한 부분이 발생하거나 발생될 경우 분양 후 경미한 변경 등을 할 수 있습니다.
-----	---

제21조[관리형토지신탁 계약관련 특약사항]

본 사업은 위탁자인 피고, 수탁자인 D 그리고 시공자인 K 주식회사 간에 체결한 관리형

토지신탁계약을 근거로 시행 및 공급하는 사업입니다.

1. 본 사업에서 수탁자인 D은 분양물건에 대한 매도인의 지위를 가지는 자로서 신탁계약에 의거 신탁재산의 범위 내에서만 매도인으로서의 책임을 부담하고, 신탁재산으로 분양과 관련한 매도인으로서 일체의 의무(분양계약 해제/해지 시 분양대금 반환채무 이행, 입주지연 지체상금 등을 말하며 이에 한하지 아니함)는 위탁자인 피고가 부담하며 수탁자인 D은 소유권이전업무 외 일체의 책임이 없습니다.

4) 원고는 D에, 2017. 6. 26. F호 상가에 대한 계약금 99,100,000원에서 청약금으로 납부한 55,000,000원을 공제한 44,100,000원과 중도금 99,100,000원을 납부하였고, 같은 날 G호 상가에 대한 계약금 106,400,000원에서 청약금으로 납부한 55,000,000원을 공제한 51,400,000원과 중도금 106,400,000원을 납부하였다.

다. 이 사건 상가의 사용승인 등

이 사건 상가는 2017. 11. 29. 사용승인이 이루어졌고, 입주지정기간이 2017. 11. 30.부터 2018. 1. 28.까지로 지정되었다.

라. F호, G호 상가의 현황

1) F호 상가 외부에 우수관을 포함하여 기둥 마감재로 덮어 시공한 가로 2) 1.26m, 세로 1m 크기의 기둥(별지 감정도 표시 17, 18, 19, 20, 21, 22, 17의 각 점을 차례로 연결한 선내 마, 바 부분)이 있었는데, 피고가 2018. 초경 우수관을 노출시킴으로써 현재 가로 1m, 세로 1m의 크기의 기둥(별지 감정도 표시 18, 19, 20, 21, 18의 각 점을 순차로 연결한 선내 마 부분)이 존재한다. F호 상가 내부에는 가로 0.8m, 세로 0.8m 크기의 기둥(별지 감정도 표시 1, 2, 3, 4, 1의 각 점을 차례로 연결한 선내 가 부분)이 존재한다.

2) G호 상가 외부에는 우수관을 포함하여 기둥 마감재로 덮어 시공한 가로 1.26m, 세로 1m 크기의 기둥(별지 감정도 표시 13, 14, 15, 16, 13의 각 점을 차례로 연결한 선내 라 부분)이 존재하고, 내부에는 가로 1.28m, 세로 1.10m 크기의 기둥(별지 감정도 표시 5, 6, 7, 8, 5의 각 점을 차례로 연결한 선내 나 부분) 및 가로 1.07m, 세로 0.71m 크기의 기둥(별지 감정도 표시 9, 10, 11, 12, 9의 각 점을 차례로 연결한 선내 다 부분)이 존재한다.

3) 이 사건 상가 1층의 배치도 및 F호, G호 상가 사진은 다음과 같다.

--	--

마. 원고의 이 사건 각 분양계약에 대한 취소 또는 해제 통지

원고는 2018. 1. 22. D에 F호, G호 상가의 외부 및 내부기둥의 존재, 위치, 크기 등에 대하여 고지 또는 설명하지 않았다는 이유 등으로 이 사건 각 분양계약을 취소 또는 해제한다고 내용증명을 보냈고, 위 내용증명이 그 무렵 D에 도달하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 5호증, 을 제13, 16, 20호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재와 영상, 증인 L, M의 각 일부 증언, 이 법원의 검증 결과, 이 법원의 한국국토정보공사 용인서부지사 에 대한 측량감정촉탁 결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

1) F호, G호 상가에 각 외부기둥과 내부기둥이 존재하고 있는데, 외부기둥으로 인하여 상가로의 진출입이 불편하고 시야가 차단되고 있으며, 내부기둥으로 인하여 상가 내부의 가용공간이 실질적으로 분할되어 공간의 활용이나 동선에 불편이 야기되고 있다. 이는 이 사건 각 분양계약 제2조 제3항 제3호에서 정한 해제사유인 분양광고 등을 통해 계약의 내용이 된 사항과 실제 시공건축물과의 차이가 현저하여 계약목적 달성을 할 수 없는 정도에 이른 경우에 해당하므로, 원고는 이를 이유로 이 사건 각 분양계약을 해제한다.

2) 피고는 이 사건 각 분양계약 체결 당시 원고에게 F호, G호 상가의 외부 및 내부 기둥의 존재, 위치, 크기 등에 관하여 고지하지 않았다. 기둥의 존재, 위치, 크기 등은 분양계약의 체결 여부를 결정하는 데에 영향을 미치는 중요한 사항인바, 원고가 기둥의 존재 사실을 알았더라면 이 사건 각 분양계약을 체결하지 않았을 것이므로, 원고는 기망 또는 착오를 이유로 이 사건 각 분양계약을 취소한다.

3) 따라서 피고는 원고에게 이 사건 각 분양계약이 해제됨에 따른 원상회복의무의 이행 또는 기망·착오에 의하여 취소됨에 따른 부당이득반환의무의 이행으로 원고가 납부한 계약금, 중도금 합계

411,000,000원(= F호 상가 계약금 99,100,000원 + F호 상가 중도금 99,100,000원 + G호 상가 계약금 106,400,000원 + G호 상가 중도금 106,400,000원)과 이에 대한 법정이자 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4) 설령 F호, G호 상가에 외부 및 내부기둥이 존재하는 하자가 이 사건 각 분양계약의 목적을 달성할 수 없는 정도에 이르지 않는 등으로 원고가 이 사건 각 분양계약을 해제 또는 취소할 수 없다고 하더라도, 피고는 원고에게 분양계약의 내용이 된 사항과 실제 시공건축물과 사이에 상당한 차이가 존재함에 따른 불완전이행 또는 고지의무 위반으로 인한 손해배상으로 F호, G호 상가의 외부 및 내부기둥으로 인한 가치하락분 상당을 지급할 의무가 있다.

나. 피고의 주장

1) F호, G호 상가의 매도인으로 원고와 이 사건 각 분양계약을 체결한 것은 D이므로, 피고는 원고에 대하여 이 사건 각 분양계약의 해제 또는 취소로 인한 원상회복의무, 부당이득반환의무 등을 부담하지 않는다.

2) 설령 피고가 원고에 대하여 이 사건 각 분양계약의 해제 또는 취소로 인한 원상회복의무, 부당이득반환의무 등을 부담한다고 하더라도, 원고가 이 사건 각 분양계약 체결 당시에 교부받았던 광고유인물, 팸플릿과 분양홍보관 내에 게시 또는 전시되었던 상가배치도, 상가 모형물 등에 F호, G호 상가의 외부 및 내부기둥이 모두 표시되어 있었으므로, 이 사건 각 분양계약의 내용과 F호, G호 상가의 실제 시공건축물 사이에 차이가 없을 뿐만 아니라, 일부 차이가 있더라도 이 사건 각 분양계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당하지 않는다. 따라서 원고는 이 사건 각 분양계약 제2조 제3항 제3호에 의해 이를 해제할 수 없고, 피고는 원고에 대하여 불완전이행으로 인한 손해배상책임도 부담하지 않는다.

3) 위와 같이 피고가 이 사건 상가의 팸플릿, 분양홍보관 내에 게시 또는 전시하였던 상가배치도, 상가 모형물 등에 F호, G호 상가의 외부 및 내부기둥을 모두 표시함으로써 원고는 기둥의 존재, 위치 등을 알고 있었으므로, 이에 관하여 원고를 기망한 바 없고 착오를 일으킨 바도 없다. 원고 주장과 같이 기둥의 존재, 위치 등에 관하여 착오하였다고 하더라도, 이는 동기의 착오에 불과하거나 원고의 중대한 과실에 기인한 것이다. 따라서 원고는 기망 또는 착오를 이유로 이 사건 각 분양계약을 취소할

수 없고, 피고는 원고에 대하여 고지의무 위반을 이유로 한 손해배상책임도 부담하지 않는다.

3. 판단

가. 피고가 이 사건 각 분양계약의 해제 또는 취소에 따른 원상회복의무, 부당이득반환의무 등을 부담하는지 여부

위 인정사실에 의하면 이 사건 각 분양계약 제21조에서 '본 사업에서 수탁자인 D은 분양물건에 대한 매도인의 지위를 가지는 자로서 신탁계약에 의거 신탁재산의 범위 내에서만 매도인으로서의 책임을 부담하고, 신탁재산으로 분양과 관련한 매도인으로서 일체의 의무(분양계약 해제/해지 시 분양대금 반환채무 이행, 입주지연 지체상금 등을 말하며 이에 한하지 아니함)는 위탁자인 피고가 부담하며 수탁자인 D은 소유권이전업무 외 일체의 책임이 없다'라고 정하고 있고, 갑 제1호증의 1, 2의 각 기재에 의하면 이 사건 각 분양계약서에 피고가 기명·날인한 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 이 사건 각 분양계약 제21조에 따라 이 사건 각 분양계약이 해제 또는 취소될 경우 원고에게 원상회복의무, 부당이득반환의무 등을 부담한다고 봄이 상당하다.

나. F호 상가에 관한 판단

1) 관련 법리 부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이면 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, 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 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결 등 참조). 이러한 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하므로 분양계약을 체결한 상대방은 기망을 이유로 분양계약을 취소하고 분양대금의 반환을 구할 수 있다(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결 등 참조).

2) 판단 가) 앞서 든 증거들, 갑 제2, 7호증, 을 제1 내지 6, 22, 25호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고는 F호 상가에 대한 분양계약 체결시 원고에게 F호 상가 외부에 존재하는 기둥의 위치와 크기 등에 관하여 고지할 의무가 있음에도, 이를 정확하게 설명하거나 고지하지 아니함으로써 원고가 그에 대하여 제대로 알지 못하고 분양계약을 체결하였음을 인정할 수 있다.

① F호 상가의 출입문 앞에 상당한 크기(가로 1m, 세로 1m)³⁾의 외부기둥이 1개 있는데, 출입문이 닫혀 있을 때를 기준으로 출입문과 외부기둥까지의 거리는 1.03m이고, 출입문이 상가 밖으로 열려 있을 때를 기준으로 열린 출입문과 외부 기둥까지의 거리는 0.71m로 출입문에 바로 인접하여 외부기둥이 존재하고 있다. 이러한 외부기둥으로 인하여 F호 상가로의 진출입이 불편하고 고객의 동선에 상당한 제약이 있으며 시야가 상당 부분 차단되어 있다. 따라서 F호 상가에 존재하는 외부기둥의 위치 및 크기 등은 피고가 수분양자에게 고지하여야 할 중요한 사항에 해당한다.

② 피고가 분양 당시 수분양자들에게 제공한 것으로 보이는 광고유인물, 팸플릿 상의 도면과 분양홍보관 내에 게시되었던 상가배치도에는 기둥 위치에 "■" 표시가 되어 있고, 팸플릿 상의 도면 등이 실제 설계도면을 동일비율로 축소한 후 제작한 것으로서 실제 시공건축물과 사이에 차이가 없다고 하더라도, 광고유인물, 팸플릿 상의 도면과 상가배치도에 기둥의 가로, 세로 길이 등이 표시되어 있지 않아 "■" 표시만으로는 실제 기둥이 존재하는 위치, 크기 등을 제대로 파악하기 어렵다.

③ 원고의 부모는 처음에 이 사건 상가 중 G호, H호, I호 상가에 대한 분양을 청약하였는데 떨어졌고, 그 다음날 F호, G호 상가에 대한 분양을 청약하여 당첨됨에 따라, 원고 명의로 피고 및 D와 사이에 F호, G호 상가에 대한 분양계약을 체결하였다. 그런데 원고의 모친 L4)는 이 사건 상가를 청약하기 전 분양홍보관을 방문하여 분양대행사 직원들로부터 G호, H호, I호 상가에 대하여 중점적으로 설명을 듣고 상가 모형물 등을 통하여 위 상가들을 확인하였을 뿐, F호 상가에 대한 설명을 듣거나 상가 모형물 등을 통하여 F호 상가를 확인하지는 않은 것으로 보인다[원고의 모친이 분양대행사 직원들로부터 교부받은 광고유인물(갑 제2, 7호증)의 상가 1층 평면도에도 G호, H호, I호 상가 부분에만 동그라미 표시가 되어 있다].

④ 원고의 모친은 G호, H호, I호 상가에 대한 설명을 듣고 상가 모형물을 확인함으로써 G호 상가에 외부 및 내부기둥이 존재하는 것을 알고 있었고(H호, I호 상가에는 내부기둥만 존재하고 외부기둥은 존재하지 않는다), 따라서 G호 상가 옆에 위치해 있는 F호 상가에도 G호 상가와 같이 외부 및 내부기둥이 존재하는 것을 알았거나 알 수 있었던 것으로 보이기는 한다. 그러나 G호 상가의 외부기둥이 출입문에서 떨어진 모서리에 위치해 있는 것과 달리 F호 상가의 외부기둥은 출입문 바로 앞에 위치해 있어 외부기둥의 위치 등에 차이점이 존재하고, 이러한 F호, G호 상가 외부기둥의 차이점에 비추어 보면 F호 상가 외부기둥의 위치 등을 원고의 부모가 당연히 알고 있었을 것으로 보기 어렵다.

⑤ 원고의 부모는 분양홍보관 내에서 분양대행사 대표인 M과 만나 F호 상가에 대한 분양계약을 체결하였는데, 증인 M의 일부 증언에 의하더라도 M이 원고의 부모에게 F호 상가 외부기둥의 위치, 크기 등을 고지하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 원고의 부모가 F호 상가에 대한 분양계약 체결 전후에 상가 모형물 등을 통하여 F호 상가의 외부기둥의 위치, 크기 등을 확인하였다거나 분양대행사 직원들로부터 이를 고지받았다고 볼 만한 증거가 없다. 또한 피고가 원고의 부모에게 교부하였다고 주장하는 팸플릿 등만으로는 앞서 살펴본 바와 같이 F호 상가의 외부기둥이 존재하는 위치, 크기 등을 제대로 파악하기 어려웠을 것으로 보인다[나아가 원고의 모친이 분양대행사 직원들로부터 교부받은 광고유인물(갑 제2, 7호증)에는 상가 출입문이 표시되어 있지 아니하여 F호 상가의 외부기둥이 출입문에 인접해 있는지 여부를 알 수 없다].

⑥ F호 상가 외부기둥의 위치, 크기 등에 관한 내용이 분양계약을 체결함에 있어 피고의 고지의무 대상이 되는 이상, 설령 원고의 부모가 상가 모형물 등을 통하여 외부기둥의 위치 등을 확인하지 않은 과실이 있다고 하더라도 수분양자가 스스로 이를 확인할 의무가 인정된다고 보기 어려우므로, 그 점을 이유로 피고가 고지의무를 면하게 된다고 볼 수 없다. 또한 앞서 본 바와 같은 F호 상가 외부기둥의 위치, 크기 등으로 인하여 F호 상가의 사용·수익에 미치는 영향 등을 고려하면, 피고가 실제 설계도면을 동일비율로 축소하여 만든 상가 모형물을 분양홍보관에 전시하였다는 사정만으로 고지의무를 다하였다고 보기 어렵다.

⑦ F호 상가 옆에 위치해 있는 N호, O호 상가의 경우 F호 상가와 전용면적이 동일하나, N호 상가는

외부기둥이 모서리에 위치해 있고, O호 상가는 외부기둥이 존재하지 않음에도 F호 상가와 분양가격이 동일한바, 이러한 점에서도 수분양자들 입장에서는 외부기둥의 위치 등이 상가의 교환가치 내지 사용가치 등에 직접적인 영향을 미치지 않는다고 인식하였을 가능성이 존재한다.

나) 위와 같은 피고의 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하고, 원고가 2018. 1. 22. 매도인인 D5) 에 기망을 이유로 F호 상가에 대한 분양계약을 취소한다는 의사를 표시한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 F호 상가에 대한 분양계약은 그 무렵 적법하게 취소되었다고 할 것이다.

따라서 피고는 원고에게 부당이득반환으로 원고가 납부한 F호 상가의 계약금, 중도금 합계 198,200,000원(= 계약금 99,100,000원 + 중도금 99,100,000원)과 이에 대한 법정이자 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다(F호 상가에 관하여 원고가 선택적·예비적으로 구하고 있는 분양계약 해제에 따른 원상회복청구, 착오를 이유로 한 분양계약 취소에 따른 부당이득반환청구, 불완전이행 또는 고지의무 위반에 따른 손해배상청구에 의하더라도 위와 같이 인정된 금액을 초과하지 않는다고 판단되므로, 나머지 선택적 및 예비적 청구에 관하여는 판단하지 않는다).

다. G호 상가에 관한 판단

1) 분양계약 해제 주장에 관한 판단 G호 상가 외부에 가로 1.26m, 세로 1m 크기의 기둥이, 내부에 가로 1.28m, 세로 1.10m 크기의 기둥 및 가로 1.07m, 세로 0.71m 크기의 기둥이 존재하는 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제6호증의 1, 2의 각 기재에 의하면 이 사건 상가의 평면도면(실시설계도면)에는 G호 상가의 외부기둥이 가로 0.9m, 세로 0.9m로 설계되어 있는 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 G호 상가의 외부 및 내부에 기둥이 존재하지 않을 것이 분양계약의 내용으로 되었다거나, 분양계약의 내용과 실제 건축된 G호 상가의 차이가 현저하다고 보기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① G호 상가의 외부 및 내부기둥은 피고가 분양 당시 수분양자들에게 제공하였던 광고유인물, 팸플릿 상의 도면과 분양홍보관 내에 게시 또는 전시하였던 상가배치도, 상가 모형물에 각 표시되어 있고, 분양 당시의 설계도면상에도 외부 및 내부기둥이 존재하고 있으며, 이 사건 상가의 분양 이후

설계변경이 이루어지지 않았다.

② 비록 G호 상가 외부기둥의 가로 길이가 실시설계도면과 달리 0.9m에서 1.26m로 증가하기는 하였으나, 실시설계도면은 대외적으로 공시되는 것이 아니어서 별도의 약정이 없는 한 피고와 원고 사이에 실시설계도면을 기준으로 분양계약이 체결되었다고 보기 어렵다.

③ 이 사건 각 분양계약서 제20조 제4항에서 '도서와 상이한 부분이 발생하거나 발생할 경우 분양 후 경미한 변경을 할 수 있습니다.'라고 규정하고 있는바, G호 상가 외부기둥의 가로 길이가 다소 증가6) 하였더라도 외부기둥이 상가 외부에서 출입문을 바라보았을 때를 기준으로 좌측 모서리에 위치해 있고 출입구와 가까이 있지 않은 점에 비추어 보면, 이는 G호 상가의 경제적 교환가치, 건물의 용도나 사용상의 편의성 등에 실질적 영향을 주지 않는 정도로서 원고의 신뢰를 해치지 않는 경미한 변경이라 봄이 상당하다.

2) 기망·착오를 이유로 한 분양계약 취소 주장에 관한 판단 G호 상가에 외부기둥이 1개, 내부기둥이 2개 존재하는 사실은 앞서 본 바와 같으나, 앞서 든 증거들, 을 제23호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 피고가 G호 상가의 외부 및 내부기둥에 관하여 고지의무를 위반하였다거나 원고가 외부 및 내부기둥의 존재, 위치 등을 알지 못한 채 착오로 G호 상가에 대한 분양계약을 체결하였다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 이 사건 상가의 광고유인물, 팸플릿 상의 도면과 분양홍보관 내에 게시 또는 전시되었던 상가배치도, 상가 모형물 등에 G호 상가의 외부 및 내부기둥이 모두 표시되어 있다.

② G호 상가의 외부기둥은 상가 앞에 위치하고 있기는 하나 출입문 바로 앞이 아닌 모서리에 치우쳐 위치해 있고, 내부기둥 2개도 모두 모서리에 치우쳐 위치해 있는 점을 고려하면, G호 상가의 외부 및 내부기둥의 존재로 인하여 구조적으로 시야나 동선 등 상가의 운용에 상당한 지장이 초래된다고 보기 어렵다.

③ 원고의 모친은 G호 상가에 대한 분양계약을 체결하기 전에 분양홍보관을 방문하여 분양대행사 직원들로부터 G호 상가에 관하여 설명을 들었고, 광고유인물, 상가 모형물 등을 통하여 G호 상가를 확인하였다.

④ 분양대행사 대표 M은 입주 전 상가 수분양자들에게 상가 바닥에 타일을 시공할 것인지 여부를 문의하였는데, 원고 측은 2017. 12. 11. M에게 'G호 상가는 타일시공해 주시고요, F호는 내용증명 보내는 입장이니 결정 못한다고 하네요.'라는 문자메시지를 보냈는바, 원고의 부모는 2017. 12. 5.경 G호 상가를 방문하여 외부 및 내부기둥을 확인하고도 F호 상가와 달리 G호 상가에 대해서는 즉시 이의를 제기하지 않았던 것으로 보인다.

3) 불완전이행 또는 고지의무 위반을 이유로 한 손해배상청구에 관한 판단 앞서 살펴본 바와 같이 원고가 제출한 증거만으로는 G호 상가에 대한 분양계약의 내용과 실제 시공건축물과 사이에 상당한 차이가 존재한다거나(G호 상가 외부기둥의 가로 길이가 다소 증가하였다고 하더라도 이는 원고의 신뢰를 해치지 않는 경미한 변경이라 봄이 상당하다), 피고가 G호 상가에 대한 분양계약을 체결함에 있어 원고에 대한 고지의무를 위반하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고가 G호 상가에 대한 분양계약을 불이행하였다거나 고지의무를 위반하였음을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장 역시 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

라. 소결

결국 피고는 원고에게 부당이득반환으로 원고가 납부한 F호 상가의 계약금, 중도금 합계 198,200,000원과 이에 대하여 약의의 수익자로서 원고로부터 계약금 및 중도금을 지급받은 날 이후로 원고가 구하는 2017. 6. 27.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2020. 1. 17.까지는 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 법정이자 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김승정

판사박미선

판사김기홍

별지

추가신청을 하였고, 이 법원은 2018. 12. 28. 예비적 피고의 추가를 허가하는 결정을 하였다. 민사소송법 제70조 제1항에 있어서 '법률상 양립할 수 없다'는 것은 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하는데(대법원 2007. 6. 26.자 2007마515 결정 등 참조), 원고는 주위적으로 피고가 분양계약 제21조에 의하여 분양계약 해제 또는 취소로 인한 원상회복의무, 부당이득반환의무 등을 부담한다고 주장하고, 예비적으로 D 주식회사가 매도인으로서 분양계약 해제 또는 취소로 인한 원상회복의무, 부당이득반환의무 등을 부담한다는 것인바, 이는 주위적 피고와 예비적 피고에 대한 청구 중 어느 한쪽을 긍정하면 다른 한쪽을 부정해야 하는 등의 법률상 양립할 수 없는 관계에 있다고 보기 어렵다. 이러한 이유로 이 법원은 2020. 1. 16.자 결정으로 2018. 12. 28.에 한 예비적 공동소송인 추가신청에 대한 허가결정을 취소하고 그 신청을 기각하였다.

2) 이하 별지 감정도 표시와 달리 F호, G호 상가 전면에서 보았을 때를 기준으로 한 가로, 세로를 말한다.

3) 앞서 본 바와 같이 피고가 F호 상가의 외부기둥 옆 우수관을 노출시킴에 따라 현재 F호 상가 외부기둥의 가로 길이가 1m이므로 이를 기준으로 살펴본다.

4) 이 사건 상가에 대한 분양을 청약하기 전에는 원고의 모친만이 분양홍보관을 방문하였고, F호, G호 상가의 분양에 당첨된 후 원고의 부모가 분양홍보관을 방문하여 이 사건 각 분양계약을 체결하였다.

5) 원고가 F호 상가의 매도인인 D에 분양계약을 취소한다는 의사를 표시함으로써 F호 상가에 대한 분양계약은 적법하게 취소되었다고 할 것이다. 이와 달리 보더라도 원고는 이 사건 소장부분의 송달로써 피고에게 F호 상가에 대한 분양계약을 취소한다는 의사를 표시하였다.

6) 현재 G호 상가 외부기둥은 우수관을 포함하여 기둥 마감재로 시공하여 가로 길이가 1.26m이고,

F호 상가와 같이 우수관을 노출시키면 가로 길이가 1m로 될 것으로 보인다.