

대구고등법원 2018. 10. 12 선고 2017나25445 판결 [계약금반환등 청구]

재판경과

대법원 2019. 3. 28 선고 2018다287188 판결

대구고등법원 2018. 10. 12 선고 2017나25445 판결

대구지방법원 2017. 10. 27 선고 2016가합202408 판결

전문

원고, 항소인주식회사 A

소송대리인 변호사 황영목

피고, 피항소인B 주식회사

소송대리인 변호사 양희묵, 김의환, 강주혁

변론 종결2018. 8. 31.

판결 선고2018. 10. 12.

제1심판결대구지방법원 2017. 10. 27. 선고 2016가합202408 판결

주문

- 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.
피고는 원고에게 20억 원 및 이에 대하여 2016. 4. 26.부터 2018. 10. 12.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 원고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 소송총비용은 각자 부담한다.

4. 제1항 중 금전지급부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 45억 원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 부분에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 30억 원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2014. 7. 18. 피고와 사이에, 원고가 피고로부터 아래와 같은 내용으로 별지 부동산목록 기재 각 부동산(이하 통틀어 '이 사건 부동산'이라고 하고, 별지 부동산목록 기재 부동산 중 순번 1 내지 24 기재 부동산을 가리켜 '1~24부동산'이라고 하고, 나머지 순번 25 내지 35 기재 부동산을 가리켜 '25~35부동산'이라고 한다)을 매수하는 계약을 체결하였다(갑 제1호증, 이하 '제1계약'이라고 한다).

부동산 매매계약서

제1조 [부동산의 표시]

이 사건 부동산

제2조 [매매대금 총액]

위 목적물의 매매대금은 일금 이백이십억원정(₩22,000,000,000)으로 한다.

제3조 [소유권이전]

계약금	일금 일억원정(₩100,000,000)	2014. 7. 18. 지급	제7조 참조
중도금	일금 사억원정(₩400,000,000)	2014. 7. 31.까지	
잔금	본계약시 협의	본계약시 협의	
명도완료시까지 유보 잔금	본계약시 협의	본계약시 협의	

제7조 [소유권의 이전 및 명도]

4. 피고의 명도기간은 본계약시 협의한다.

제9조 [계약파기 불가 및 손해배상]

1. 원고는 별지 첨부 부동산 목록에 의한 사업부지 전체를 매수하는 것을 전제로 한 것이므로 부지 계약 단 1건이라도 미계약 발생 시 피고와 계약한 부동산 매매계약은 무효로 한다. 피고는 수령한 계약금은 1주일 이내에 원고에게 반환한다.

나. 원고는 피고에게 제1계약에 따른 계약금 및 중도금으로 2014. 7. 21. 1억 원, 2014. 7. 31. 4억 원을 지급하였다.

다. 원고는 2014. 9.경 피고와 사이에, 원고가 기지급한 5억 원을 1차 계약금으로 하여 제1계약을 아래와 같이 변경하는 내용의 계약을 체결하였다(갑 제2호증, 이하 '제2계약'이라고 한다). 원고는 2015. 1. 2. 피고에게 2차 계약금 10억 원을 추가로 지급하였다.

부동산 매매계약서

제1조 [부동산의 표시]

부동산의 소재지: 대구 수성구 C, D

제1목록	E 외 23필지	피고	17,440	5,275.6	15,000	22,000	권리를 제한하는 물건(건물, 공장물 등)은 권리를 증명하는 서류를 첨부한다.
------	----------	----	--------	---------	--------	--------	--

제1목록	E 외 23필지	피고	17,440	5,275.6	15,000	22,000	권리를 제한하는 물건(건물, 공장물 등)은 권리를 증명하는 서류를 첨부한다.
제2목록	F 외 5필지	G	5,261	1,591.45			
제3목록	H 외 4필지	I	2,779	846.7			
계	35필지		25,500	7,713.75			

* 위 토지상의 지상물 일체가 포함됨

제2조 [매매대금 총액]

목적물의 매매대금은 다음의 구분에 따라 이백이십억원정(₩22,000,000,000)으로 한다.

1~24부동산(피고 소유 E 외 23필지): 일백오십억원정

25~35부동산(G, I 소유 F 외 10필지): 칠십억원정

제3조 [매매대금 지급시기]

1차 계약금	5억 원	2014. 7. 31.	2015. 1. 1.부터 원고가 대출이자 부담
2차 계약금	10억 원	2014. 12. 31.까지	
중도금	67억 원 (추정)	원고가 현재 진행 중인 경매절차에서 매수하여 소유권취득(원고 경락금액을 중도금으로 한다)	- 원고가 25~35부동산의 경락대금으로 지급하는 금원-일응 추정금액으로 하되 실제 지급하는 경락대금이 다를 경우에는 실 지급금액으로 함
잔금	138억 원 (추정)	2015. 6. 30.까지	사업 인허가 승인 후 잔금지급

2. 매매대금 지급 세부내용

1) 원고는 2014. 12. 31.까지 2차 계약금 10억 원을 피고에게 지급한다. 원고가 기 지급한 1차 계약금 5억 원과 2차 계약금 10억 원은 1~24부동산의 매매대금 150억 원 중의 일부로 충당한다.

2) 원고는 I, G 소유인 25~35부동산 11필지는 원고가 자기의 자금으로 경락받아서 그 소유권을 취득하기로 한다.

3) 원고가 25~35부동산의 소유권을 취득하기 위해 지급한 돈(경락대금 등)이 이 계약에 의한 해당 토지의 매매대금 70억 원에 미달될 경우에는 그 차액을 최종잔금 지급 시에 원고가 피고에게 정산지급하고 70억 원을 초과할 경우에는 그 초과금액은 이 계약에 의한 매매대금으로 지급한 것으로 본다. 만약 원고의 경매 투찰가보다 높은 가격으로 제3자가 경락을 받아 70억 원을 상회할 경우 그 상회하는 차액은 원고가 지급하여야 할 1~24부동산 토지잔금에서 차감지급하기로 한다.

7) 1~24부동산의 매매대금 150억 원 중에서 이 계약에 의하여 지급한 1차 계약금 5억 원과 2차 계약금 10억 원 및 나머지 잔금 135억 원과 25~35부동산에 대한 경매절차에서 원고가 지급한 매수대금과 이 계약에 의한 25~35부동산의 매매대금 70억 원의 차액(과부족액)을 정산한 금액은 2015. 6. 30.까지 원고가 피고에게 지급한다.

제5조 [관련 인허가 취득 협조]

1. 피고는 토지의 매매계약 체결 후 원고에게 사업승인 신청에 관련된 각종 인허가 사항에 필요한 서류와 정보(토지사용승낙서, 인감증명서 및 기타 인허가 서류 일체 등)를 제공하여 원고가 적시에 제반 인.허가를 취득할 수 있도록 적극 협조하기로 하되, 만약 원고가 피고가 받은 제반 인허가를 승계하고자 할 경우에는 이를 수락하고 이행이 되도록 적극 협조한다(다만, 사업권이 원활히 인계되지 못하여 진입로 매수청구조치가 지연되는 등 원고에게 책임없는 사유로 사업부지에 불가피하게 포함되어야 할 진입로 부지의 소유권확보가 지연되거나 불가할 경우에는 그 지연기간 동안 원고의 잔금지급기한을 연장한다).

제6조 [소유권 이외의 제3자 권리 및 처분제한 말소]

1. 피고는 원고 소유의 1~24부동산에 설정된 유치권, 저당권 등 소유권 이외의 제3자 권리와 가압류 기타 처분 제한을 잔금 수령과 동시에 해지 완료하여, 본 건 부동산의 개발 행위에 지장 없도록 하여야 한다.

2. 피고는 본 건 매매계약 체결 이후 매매부동산에 대하여 추가로 근저당권 설정 및 기타의 처분행위를 하여서는 아니 되며, 매매 부동산에 관하여 등기된 제3자의 권리 중 원고가 승계하는 것 이외의 것은 모두 말소하되 이를 말소하지 못할 경우에는 원고가 이를 매매대금 중에서 지출하여 말소할 수 있다.

제7조 [소유권의 이전 및 명도]

1. 피고는 본 건 매매 부동산의 지상 건축물을 포함한 공작물, 경작물 등 지상물에 대하여 공사착공 전까지 철거 등 정리하고 공부상 관리대장의 멸실 신고를 필하여 공사착공에 지장이 없도록 하여야 한다. 착공기일 이후에도 정리 및 명도가 완료되지 않을 때에는 원고가 절차에 의해 강제집행하고 그 강제집행비 등 명도 비용과 원고의 손실비용을 잔금에서 차감하고 잔액을 지급한다.
3. 피고는 본 매매계약 이후, 잔금기한 전에는 타인과 본 계약의 목적물인 부동산에 대한 매매 또는 기타 약정, 근저당권 및 질권의 설정 등의 처분행위를 하여서는 아니 되며, 만일 이를 위배할 경우 원고가 입은 손해를 배상하여야 한다.

제8조 [금융비용 및 제세공과금의 납부의무]

2. 2015. 1. 1.부터 소유권 이전 시점까지 1~24부동산에 관련된 금융기관의 대출금 87억원에 대한 이자를 원고가 부담하기로 한다.

제9조 [계약해제 및 손해배상]

1. 쌍방의 책임 없는 사유로 관할관청의 사업승인 등 인허가가 불가능하거나 불가항력적인 사유로 사업이 불가능할 경우에는 본 계약은 무효로 하고, 피고는 기 수령한 계약금을 원고에게 반환기로 한다.
2. 피고와 원고는 상대방의 책임 있는 사유로 본 계약상 제반 의무를 위반한 경우 서면 고지를 통하여 계약해지/해제 통지를 할 수 있고, 해제통지는 계약서에 기재된 쌍방의 주소지로 발송하면 효력이 생긴다.
3. 본 계약에 대해 상대방의 책임 있는 사유로 계약 이행을 위배할 시에는 제3조의 계약금 배액을 배상하기로 한다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 제3호증의 2, 제10호증의 1 내지 15, 제14호증의 2, 3의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고가 한 계약해제의 적법 여부(긍정)

가. 제2계약의 성질

위 기초사실에서 본 바와 같이 ① 제2계약은 제1 계약과 비교할 때, 계약목적인 부동산 및 대금의

액수는 동일하고 대금의 지급시기, 대금지급의 상대방은 다르고(원고는 법원경매 중인 25~35부동산을 경매에서 취득할 경우 그 대금을 피고에게 지급하지 않기로 함), ② 제2계약에 의하면, 제2계약이 체결되기 전인 2014. 7. 31.까지 제1계약에 따라 지급된 계약금 및 중도금 5억 원을 제2계약에 의한 제1차 계약금으로 보는 점(제3조), ③ 원고와 피고가 제2계약상의 의무를 이행할 경우 제1계약이 정한 대금지급 또는 부동산소유권이전 의무를 이행하는 것은 불가능한 점 등을 종합하면, 제2계약은 제1계약을 변경한 것이고, 제2계약에는, 제1계약상의 채권채무를 대신하여 새로운 채권채무를 성립시키고 제1계약상의 채권채무를 소멸시키기로 하는 합의 즉 경계계약이 포함되어 있다고 할 것이다.

나. L의 공유지분 관련 계약불이행을 사유로 한 해제의 적법 여부(부정)

1) 원고의 주장 피고와 L는 제1, 2계약 체결 당시 별지 부동산목록 순번 1 기재 부동산을 공유(피고 7/8 지분, L 1/8 지분)하고 있었다. 원고가 이 사건 부동산에 단지형 타운하우스를 조성하기 위해서는 L의 공유지분을 취득할 필요가 있었고, 피고는 원고에게 공유물분할소송을 통하여 L의 공유지분을 정리해 주기로 약정하였다. 그럼에도 피고는 공유물분할 소송절차를 지연시키는 등 그 의무를 이행하지 않았으므로, 원고는 피고에게 2016. 3. 25.자 내용증명(갑 제11호증)으로 제1, 2계약을 해제하였다.

2) 판단 갑 제4호증, 제6호증의 1, 제19호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 2014. 11. 20. 피고에게 L의 공유지분을 정리 해 줄 것을 요청하자 피고는 2014. 11. 26. 원고에게 L를 상대로 공유물분할소송을 진행하고 있다고 답변한 사실, 피고의 대표이사 AV는 2014. 12. 30. L를 상대로 공유물분할청구의 소(대구지방법원 2014가단58822호)를 제기하였다가 2015. 2. 26. 소를 취하하고, 다시 피고가 2015. 5. 13. L를 상대로 공유물분할청구의 소(대구지방법원 2015가단18494호)를 제기한 사실, 위 법원은 피고가 2015. 5. 29.자 및 2015. 9. 3.자 주소보정명령에 불응하자 2015. 9. 17. 소장각하명령을 한 사실은 인정된다.

살피건대, 갑 제1, 2호증, 을 제4호증의 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정 즉 ① 제2계약서에 매매목적물을 표시하기 위하여 첨부된 'D/C 토지현황조서'에는 피고의 공유지분 7/8만이 기재되어 있을 뿐, L의 공유지분이 표시되어 있지 않은 점, ② 제2계약 제6조

제1항은 '피고는 원고 소유의 1~24부동산에 설정된 유치권, 저당권 등 소유권 이외의 제3자 권리와 가압류 기타 처분 제한을 잔금 수령과 동시에 해지 완료하여, 본 건 부동산의 개발 행위에 지장 없도록 하여야 한다'고 규정하였을 뿐이고 피고에게 L 공유지분을 취득할 의무를 부과한 것이 아닌 점, ③ 피고는 2015. 4. 16. 원고에게, '원고가 직접 L의 공유지분을 매수하거나 협의를 통해 공유물을 분할하여야 하고, 피고가 L의 공유지분을 정리하여 줄 의무는 없다'는 취지를 통지한 점, ④ 원고는 피고가 제기한 공유물분할소송에 보조참가하여 타운하우스 사업목적에 맞는 공유물분할을 주장할 수도 있었던 점 등에 비추어 보면, 위 인정사실 및 제1심 증인 AW, 당심 증인 AX의 각 증언만으로는 피고가 L의 공유지분에 관하여 원고 주장과 같은 의무를 부담하기로 약정하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 주장은 이유 없다.

다. 25~35부동산 관련 계약불이행으로 인한 해제의 적법 및 무효 여부(부정)

1) 원고의 주장 피고는 제2계약의 잔금 지급일인 2015. 6. 30.까지 원고가 25~35부동산을 경매절차에서 매수할 수 있도록 협조할 의무가 있다. 그럼에도 피고는 경매법원의 주소보정명령을 제대로 이행하지 않는 등 고의로 경매절차를 지연시켜 원고가 25~35부동산을 취득할 수 없게 되었다. 따라서 제1, 2계약은 제1계약 제9조 제1항에 따라 무효이고, 원고는 피고에게 2016. 3. 25.자 내용증명(갑 제11호증)으로 제1, 2계약을 해제하였다.

2) 계약의 무효 여부(부정) 제1계약 제9조 제1항은 '부지 계약 단 1건이라도 미계약 발생 시 피고와 계약한 부동산 매매계약은 무효로 한다'라고 규정하고 있다.

살피건대, 위 인정사실에 제1심 증인 M의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정 즉

① 제1계약 후에 제1계약을 변경하는 제2계약이 체결되었는데, 제2계약에는 제1계약 제9조 제1항과 같은 내용이 없는 점, ② 제2계약은, 피고가 원고에게 25~35부동산의 소유권을 이전한다고 정하지 않고, 원고가 스스로 자기의 자금으로 경매절차에서 25~35부동산을 경락받아 소유권을 취득하기로 정한 점, ③ 제2계약은, 원고가 경매절차에서 25~35부동산을 매수하지 못하면 잔금을 차감하여 지급한다고 정하고 있는 점 등을 종합하면, 설령 원고가 경매절차에 참가하여 25~35부동산을 매수하지 못하더라도 제2계약이 효력을 상실하는 것은 아니라고 봄이 타당하므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

3) 계약해제의 적법 여부(부정) 갑 제2호증, 을 제1호증의 1의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 제1, 2계약 당시 25~35부동산에 관하여 AV를 채권자로 하는 부동산임의경매절차(대구지방법원 AY)가 진행 중인 사실, 원·피고는 2015. 6. 30.까지 위 경매절차가 종료될 것이라고 예상하고 제2계약을 체결하였으나, 그 시점까지 경매절차가 종료되지 않았고 2016. 3. 21. 소외인이 25~35부동산의 낙찰대금을 완납하여 소유권을 취득함으로써 원고가 그 소유권을 취득하는 것이 불가능하게 된 사실이 인정된다.

살피건대, 을 제1호증의 4, 5, 7 내지 12, 14, 16 내지 18, 을 제2호증의 1 내지 제3호증의 6의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사실에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 피고가 고의로 25~35부동산의 경매절차를 지연시켰다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 주장은 이유 없다.

① 경매법원은 2014. 6. 26. 및 2014. 8. 4. AV에게 25~35부동산의 소유자 중 I의 주소를 보정하라고 명령하였고, AV는 2014. 10. 10. I의 사망을 이유로 자녀 G의 주소를 송달장소로 보정하였다.

② 경매법원은 2014. 10. 15. AV에게 I가 경매개시신청 전에 사망하였으므로, 대위에 의한 상속등기를 마치고 소유자 표시를 정정하라고 보정명령을 하였다.

③ I의 상속인 중 직계비속 전부는 2013. 10.경부터 2014. 11.경까지 대구가정법원에 상속포기신고를 하여 그 신고를 수리하는 심판을 받았다(대구가정법원 2013느단2623호, 2647호, 2746호, 2014느단2524호, 2583호, 2689호).

④ 이에 AV는 2015. 1. 21. 대구가정법원에 I의 상속재산관리인 선임신청을 하였으나(대구가정법원 2015느단201호), 위 법원은 I의 4촌 이내의 방계혈족도 상속포기를 하여야 한다고 보정명령을 하였다.

⑤ 경매법원이 2015. 3. 19. AV에게 대위에 의한 상속등기를 마치고 소유자 표시를 정정하라고 보정명령을 하자, AV는 2015. 6. 8. I의 자녀 AZ을 소유자로 정정하는 내용의 보정서를 제출하였다.

⑥ 경매법원은 2015. 6. 24. AV에게 AZ이 상속포기를 하였으므로 다른 적절한 조치를 취하라고 보정명령을 하였다. 이에 AV는 G의 법정단순승인을 원인으로 2015. 9. 10. 상속경정등기를 마쳤고,

경매법원은 2015. 9. 21. 소유자를 I에서 G로 경정하는 결정을 하였다.

라. 사업인허가 관련 이행거절로 인한 해제의 적법 여부 (긍정)

1) 법리 채무불이행에 의한 계약해제에 있어서 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우로서, 이른바 '이행거절'로 인한 계약해제의 경우 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여 이행지체시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 매우 완화되어 있으므로, 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 이외에 계약 당시나 계약 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정함에 있어서는 이행거절의사가 명백하고 종국적으로 표시되어야 한다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다22971 판결 등 참조).

2) 인정사실 위 인용증거, 갑 제6호증의 1, 2, 4, 5, 제11호증, 을 제4호증의 1, 3, 제27호증의 각 기재, 제1심의 주식회사 BA 건축연구소장에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음 사실이 인정된다.

① 피고는 1~24부동산에 BB병원 신축을 위한 건축허가를 받고 공사를 하다가 중단한 상태에서 제1, 2계약을 체결하였으므로, 제1, 2계약 당시 위 부동산에 지하 1층의 골조공사를 마친 지하구조물이 남아 있었다.

② 제2계약 제3조에 의하면, '사업 인허가 승인 후'라는 요건과 '2015. 6. 30.까지'라는 요건을 모두 충족한 경우에 잔금의 이행기가 도래하므로, 원고에 대한 건축사업 인허가가 승인되지 않았을 경우 잔금 지급기일은 도래하지 아니한다.

③ 제2계약에 의하면, ⑦ 피고는 원고에게 사업승인 신청에 관련된 각종 인허가 사항에 필요한 서류와 정보(토지사용승낙서, 인감증명서 및 기타 인허가 서류 일체 등)를 제공하여 원고가 적시에 제반 인·허가를 취득할 수 있도록 적극 협조하되, 만약 원고가 피고가 받은 제반 인허가를 승계하고자 할 경우에는 이를 수락하고 이행이 되도록 적극 협조할 의무가 있고, 다만 사업권이 원활히 인계되지 못하여 진입로 매수청구조치가 지연되는 등 원고에게 책임없는 사유로 사업부지에 불가피하게 포함되어야 할 진입로 부지의 소유권확보가 지연되거나 불가할 경우에는 그 지연기간 동안 원고의 잔금지급기한을 연장하여야 하고(제5조 제1항), ④ 피고는 이 사건 부동산의 지상 건축물을 포함한 공작물, 경작물 등 지상물에 대하여 공사착공 전까지 철거 등 정리하고 공부상 관리대장의 멸실

신고를 필하여 공사착공에 지장이 없도록 할 의무가 있고, 만일 착공기일 이후에도 정리 및 명도를 완료하지 않을 때에는 원고는 강제집행하고 그 강제집행비 등 명도 비용과 원고의 손실비용을 잔금에서 차감하고 잔액을 지급할 수 있다(제7조 제1항).

④ 원고는 2014. 11. 20. 피고에게 타운하우스 조성을 위한 건축허가를 신청하기 위하여 기존 BB병원의 건축허가신청 취소신청을 요구하였다. 피고는 2014. 11. 26. 원고에게 제2계약 당시 원고가 지하구조물을 철거하기로 약정하였다고 주장하면서 우선 위 구조물을 철거할 것을 요구하였다.

원고가 2014. 12. 5. 피고에게 통지한 내용은, 제2계약 제5조 제1항, 제7조 제1항에 따라 건축허가 취소 및 원상복구는 피고의 의무이고, 2014. 12. 공사착공 전까지 철거의무를 이행하라는 것인데, 피고는 위 통지 후에도 아무런 조치를 취하지 아니하였다.

이에 원고는 2014. 12. 18. 주식회사 BC와 사이에 1~24부동산 지하구조물 철거공사에 대한 도급계약을 체결하고 일부 철거공사를 시행하였다. 원고는 2015. 5. 8. 및 2015. 5. 28. 피고에게 재차 건축허가 취소 및 원상복구를 요구하였으나, 피고는 2015. 6. 17. 원고에게 건축허가 취소 및 원상복구는 원고의 책임이라는 이유로 이를 거절하였다.

⑤ 원고는 2016. 3. 25. 피고에게 위와 같은 피고의 건축허가 취소 및 원상복구의무 불이행을 이유로 제2계약을 해제한다고 통지하였다(갑 제11호증).

3) 판단 위 인정사실 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉 건축허가는 대물허가이므로 특별한 사정이 없는 한 어떤 건축부지 위에 건물을 건축하는 허가가 난 경우, 비록 건축공사가 중단된 상태이더라도 기존의 수허가자가 건축허가신청을 취하하거나 관할관청이 직권으로 기존의 건축허가를 취소하기 전에는, 다른 자가 동일한 건축부지 위에 다른 건물을 신축하는 내용의 건축허가를 신청하더라도 관할관청에 의하여 거부될 것인 점, ④ 제2계약 제7조 제1항은, 피고가 공사착공 전까지 지상물을 철거하지 않으면 원고는 강제집행에 의하여 이를 철거할 수 있다고 정하고 있는데, 이는 원고의 철거요구에 응할 의무가 피고에게 있음을 당연한 전제로 하는 점, ④ 원고는 피고에 대하여 철거이행을 촉구하였으나 거절당하였고, 원고 나름대로 지하구조물을 일부 철거하고, 관할 구청과 협의하는 등 건축허가를 받기 위하여 노력하였으나, 피고가 기존의

건축허가신청을 취하지 않는 바람에 신규건축허가를 신청하지 못하였고, 건축사업에 필요한 은행 대출도 받지 못한 점 등을 종합하면, 피고는 제2계약에 따라 1~24부동산의 기존 BB병원 건축허가신청을 취하고 지하구조물을 철거할 의무가 있었는데, 위 의무의 이행을 거절하였다고 봄이 타당하므로, 원고가 위 의무 이행거절을 사유로 하여 2016. 3. 25. 제2계약을 해제한 것은 적법하다.

마. 소유권이전담보 이행불능으로 인한 계약해제의 적법 여부(긍정)

1) 원고의 주장 피고는 2015. 9. 18. 주식회사 J(이하 'J'라고 한다)에 매매예약을 원인으로 하는 가등기를 마쳐주었고, 2016. 9. 9. 주식회사 K(이하 'K'라고 한다)에 소유권이전등기를 마쳐주었다. 피고의 소유권이전담보의무는 위 가등기 시 또는 소유권이전담보 시에 이행불능이 되었으므로, 2016. 3. 25.자 내용증명, 2016. 4. 18.자 이 사건 소장 또는 2017. 2. 16.자 준비서면에 의하여 이 사건 매매계약은 해제되었다.

2) 법리 소유권이전담보의무자가 그 부동산상에 제3자 명의로 가등기를 마쳐 주었다 하여도 가등기는 본담보의 순위보전의 효력을 가지는 것에 불과하고, 또한 그 소유권이전담보의무자의 처분권한이 상실되는 것도 아니므로 그 가등기만으로는 소유권이전담보의무가 이행불능이 된다고 할 수 없다(대법원 1993. 9. 14. 선고 93다12268 판결 참조).

부동산소유권이전담보 의무자가 그 부동산에 관하여 제3자 앞으로 소유권이전담보를 경료한 경우 특단의 사정이 없는 한 그 소유권이전담보의무는 이행불능이 된다(대법원 1991. 7. 26. 선고 91다8104 판결 등 참조).

3) 판단 앞서 본 바와 같이 원고는, 피고가 기존 BB병원 건축허가신청을 취소하고 지하구조물을 철거할 의무의 이행을 거절하였음을 사유로 하여 2016. 3. 25. 제2계약을 적법하게 해제하였으므로, 제2계약은 효력을 상실하였다.

원고는 위 2016. 3. 25.자 해제가 부적법할 경우를 대비하여 다시 제2계약을 해제하였으므로, 이하 위 2016. 3. 25.자 해제가 부적법할 경우를 가정하여, 원고의 주장을 판단하기로 한다.

갑 제10호증의 1 내지 15, 제11호증, 제14호증의 1의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 피고는 2015. 9. 18. J에 1~24부동산에 관하여 2015. 9. 18.자 매매예약을 원인으로

소유권이전청구권가등기를 마쳐 주었는데, J는 2016. 9. 2. K 앞으로 소유권이전청구권의 이전등기를 마친 사실, ② 원고는 2016. 3. 25.자 내용증명 및 2016. 4. 18.자 이 사건 소장에서 제2계약을 해제한다는 의사표시를 하였는데, 그 해제사유는 1~24부동산에 관하여 제3자 앞으로 가등기가 경료됨으로 인하여 피고가 원고에게 1~24부동산의 소유권을 이전하는 것이 불가능하게 되었다는 것인 사실, ③ 피고는 2016. 9. 9. 가등기권자인 K 앞으로 2016. 9. 2.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마친 사실이 인정된다.

살피건대, 가등기가 경료된 것만으로는 피고가 제2계약에 의하여 원고에 대하여 부담하고 있던 1~24부동산 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 것으로 볼 수는 없으므로, 가등기를 해제사유로 한 원고의 2016. 3. 25.자 및 2016. 4. 18.자 각 해제는 부적법하다.

그러나 피고가 2016. 9. 9. K 앞으로 1~24부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤을 때 피고의 소유권이전등기의무는 사회통념상 이행불능이 되었으므로, 제2계약은 2017. 2. 16.자 준비서면이 송달된 2017. 2. 16. 적법하게 해제되었다고 할 것이다.

3. 피고가 한 계약해제의 적법 여부(부정)

가. 대출금 이자 관련 계약불이행을 사유로 한 해제의 적법 여부(부정)

1) 피고의 주장 원고는 2015. 1. 1.부터 소유권이전등기절차를 마칠 때까지 1~24부동산의 대출금 이자를 부담하기로 약정하였는데, 2015년 1월, 5월, 6월분 이자를 지급하지 않았다. 이에 피고는 원고에게 2015. 7. 6.자 내용증명의 송달로써 제2계약을 해제하였다.

2) 법리 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없으며, 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결 등 참조).

3) 판단 위 인정사실 및 갑 제3호증의 1, 2, 제6호증의 7, 을 제4호증의 3의 각 기재에 의하면, ① 원고는 제2계약에 의하여 2015. 1. 1.부터 1~24부동산에 관한 소유권이전등기절차를 마칠 때까지 1~24부동산의 대출금 87억 원에 대한 이자를 부담할 의무가 있는 사실, ② 원고는 피고에게 1~24부동산 대출금 이자 중 2015. 3. 6. 31,367,670원, 2015. 3. 31. 34,728,493원, 2015. 5. 1. 32,321,091원을 지급한 사실, ③ 피고는 2015. 6. 17.에야 비로소 원고가 미지급한 2015년 1월 및 5월분 이자 지급을 요구한 사실, ④ 피고는 2015. 7. 6.자 해제통지서에 원고의 이자 미지급을 해제사유로 기재하지 않은 사실이 인정된다.

살피건대, 원고가 대출금 이자를 대납하기로 한 기간, 제2계약의 매매대금 중 이자액이 차지하는 비율, 매매목적부동산은 피고가 점유하고 있었으므로 원고가 그 사용이익을 얻을 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 대출금 이자납부 의무를 불이행한 정도가 제2계약상의 주된 채무에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이를 사유로 한 피고의 계약해제는 부적법하다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 없다.

나. 잔금지급 이행지체를 사유로 한 해제의 적법 여부(부정)

1) 피고의 주장 원고는 피고의 잔금지급 최고 및 이행제공에도 불구하고 잔금지급기일인 2015. 6. 30.까지 잔금을 지급하지 않았다. 이에 피고는 원고에게 2015. 7. 6.자 내용증명의 송달로써 제2계약을 해제하였다.

2) 법리 근저당권설정등기가 되어 있는 부동산을 매매하는 경우 매수인이 근저당권의 피담보채무를 인수하여 그 채무금 상당을 매매잔대금에서 공제하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인의 근저당권말소 및 소유권이전등기의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있고(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다23103 판결 참조), 근저당권설정등기의 말소의무에 관한 이행제공은 그 근저당채무가 변제되었다는 것만으로는 부족하고 근저당권설정등기의 말소에 필요한 서류까지도 준비함이 필요하다(대법원 1979. 11. 13. 선고 79다1562 판결 참조).

3) 판단 제2계약 제3조에 의하면, '사업 인허가 승인 후'라는 요건과 '2015. 6. 30.까지'라는 요건을 모두 충족한 경우에 잔금의 이행기가 도래하므로, 원고에 대한 건축사업 인허가가 승인되지 않았을 경우 잔금 지급기일은 도래하지 아니한다. 이와 달리 2015. 6. 30. 잔금 지급기일이 도래하여 원고의

잔금 지급의무가 이행지체에 빠졌음을 전제로 하는 피고의 주장의 이유 없다.

또한 위 인정사실, 갑 제10호증의 1 내지 15의 각 기재에 의하면, ① 제2계약 전인 2014. 4. 18.에 1~24부동산에 관하여 채권최고액 각 34억 8,000만 원, 채무자 피고, 근저당권자 BD농업협동조합, BE농업협동조합, BF농업협동조합으로 하는 공동근저당권설정등기가 마쳐진 사실, ② 피고는 제2계약 제6조 제1항에 의하여 1~24부동산에 설정된 저당권을 잔금 수령과 동시에 해지할 의무가 있는 사실이 인정되므로, 피고의 근저당권설정등기 말소의무와 원고의 잔금지급의무는 동시이행관계에 있다고 할 것이다.

살피건대, 피고가 2015. 7. 6.자 해제 당시 원고에게 근저당권설정등기의 말소등기 신청에 필요한 서류(말소등기신청권자인 근저당권자의 위임장, 인감증명서 등)를 제공하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고가 반대채무의 이행제공이 없이 한 2015. 7. 6.자 해제는 부적법하다고 할 것이니, 피고의 주장은 이유 없다.

피고의 주장은, 피고가 근저당권을 말소하지 못할 경우에는 원고가 이를 매매대금 중에서 지출하여 말소할 수 있고(제2계약 제6조 제2항), 원고가 1~24부동산의 대출금 이자를 부담하기로 약정하였으므로(제2계약 제8조 제2항), 피고는 원고에게 근저당권 말소에 필요한 서류를 제공할 필요가 없다는 것이다.

살피건대 ① 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기관리자와 등기의무자가 공동으로 신청하는 점(부동산등기법 제23조 제1항), ② 근저당권설정등기의 말소등기는 등기의무자인 근저당권자와 등기관리자인 부동산소유자가 공동으로 신청하여야 하는 점, ③ 원고로서는 근저당권자로부터 말소등기신청에 관한 대리권을 수여받아야만 단독으로 근저당권말소등기를 신청할 수 있는 점을 종합하면, 피고는 근저당권자가 작성한 위임장(근저당권설정등기의 말소등기신청에 관한 대리권을 원고에게 수여한다는 취지) 및 인감증명서를 원고에게 제공할 의무가 있다고 할 것이니, 이와 다른 전제에 선 피고의 주장은 이유 없다.

다. 이행거절을 사유로 한 계약해제의 적법 여부(부정)

1) 피고의 주장 원고는 2014. 11. 20.경부터 피고에게 L의 공유지분 확보, 1~24부동산 지하구조물의 철거 등을 요구하였고, 피고가 25~35부동산의 경매절차를 고의로 지연시켰다고

주장하면서 잔금을 지급하지 않겠다고 하였다. 피고는 L의 공유지분 확보, 1~24부동산 지하구조물의 철거 등을 이행할 의무가 없고, 피고가 25~35부동산의 경매절차를 고의로 지연시키지 않았으므로, 원고는 잔금지급의무를 거절하는 의사를 명백히 표시한 것이고, 피고는 이를 사유로 하여 원고에게 2015. 7. 6.자 내용증명의 송달로써 제2계약을 해제하였다.

2) 법리 일반적으로 쌍무계약에 있어서 당사자의 일방이 미리 자기 채무를 이행하지 아니할 의사를 표명한 때에는 상대방은 이행의 최고나 자기 채무의 이행의 제공이 없이 계약을 해제할 수 있으나, 이러한 의사의 표명 여부는 계약의 이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 하는 것이고(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다8374 판결 참조), 채무자가 채무의 이행기가 도래되지 아니하였다고 믿을 만한 상당한 근거가 있어 이를 이유로 그 이행을 거절하였다면, 후에 법원의 판결에 의하여 채무의 이행기가 도래한 것으로 최종 판명되었다고 하더라도, 그것만으로는 채무자가 자기 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1996. 7. 30. 선고 96다17738 판결 참조).

3) 판단 갑 제6호증의 6의 기재에 의하면, 원고가 2015. 6. 29. 피고에게 보낸 내용증명의 취지는, 25~35부동산의 경매절차가 지연되어 잔금지급기일이 도래하지 않았을 뿐만 아니라, 원고가 지급하여야 할 잔금액도 불명확하며 원고의 L 공유지분 취득, 기존 건축허가 취소 및 원상복구의무가 먼저 이행되어야 잔금을 지급할 수 있다는 것인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 인용증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정에 비추어 보면, 피고가 주장하는 사정만으로는 원고가 제2계약에 따른 잔금지급 의무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다고 볼 수 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 피고는 제2계약에 따라 1~24부동산의 기존 BB병원 건축허가 신청을 취소하고 지하구조물을 철거할 의무가 있으므로, 원고가 2015. 6. 29.자 내용증명에서 기존 건축허가 취소 및 지하구조물 철거를 요구한 것은 정당하다.

② 원·피고는 2015. 6. 30.까지 25~35부동산에 관한 경매절차가 종료될 것이라고 예상하고 25~35부동산의 매수대금에 따라 잔금을 정산하기로 하는 내용의 제2계약을 체결하였다. 피고의 해제일(2015. 7. 6.) 당시에는 위 경매절차가 종료되지 않았으므로, 원고가 피고에게 지급할

잔금액이 얼마인지 확정할 수가 없다.

③ 제2계약 제3조에 의하면, '사업 인허가 승인 후'라는 요건과 '2015. 6. 30.까지'라는 요건을 모두 충족한 경우에 잔금의 이행기가 도래한다. 피고의 해제일(2015. 7. 6.) 당시에는 원고에 대한 건축사업 인허가가 승인되지 않았으므로, 잔금지급기일이 도래하지 않았다.

4. 계약해제로 인한 원상회복 및 위약금 청구 부분

가. 원상회복의무(긍정)

경계계약은 신채권을 성립시키고 구채권을 소멸시키는 처분행위로서 신채권이 성립되면 그 효과는 완결되고 경계계약 자체의 이행의 문제는 발생할 여지가 없으므로 경계에 의하여 성립된 신채무의 불이행을 이유로 경계계약을 해제할 수는 없다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다62333 판결 등 참조). 앞서 본 바와 같이 제2계약에는 제1계약상의 채권채무를 대신하여 새로운 채권채무를 성립시키고 제1계약상의 채권채무를 소멸시키는 처분행위가 포함되어 있는데, 원고가 피고의 채무불이행을 이유로 제2계약을 일방적으로 해제하더라도 경계계약 자체가 해제되는 것은 아니므로, 제1계약상의 채권채무가 부활하는 것은 아니다.

원고는 제2계약이 정한 계약금 15억 원을 피고에게 지급한 후 2016. 3. 25. 제2계약을 적법하게 해제하였으므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 계약해제로 인한 원상회복으로 계약금 15억 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 위약금 지급의무(일부 긍정)

위 기초사실에서 본 제2계약에 의하면, 피고는 자신의 책임 있는 사유로 계약이행을 위배할 때에는 계약금 배액을 배상할 의무가 있는데(제9조 제3항), 이는 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 봄이 타당하다.

손해배상 예정액이 부당하게 과다한 경우 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 이를 감액할 수 있고, 여기서 '부당히 과다한 경우'라고 함은 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행과 경제상태 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻하는

것으로 보아야 하며(대법원 2013. 10. 24. 선고 2010다22415 판결 등 참조), 위 규정의 적용에 따라 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지의 여부 내지 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단할 경우에는, 법원이 구체적으로 그 판단을 하는 때 즉, 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다73582 판결 참조).

살피건대, 위 인정사실 및 을 제6호증, 제8호증의2, 제22호증, 제23호증의 1 내지 3, 제24호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음 사정을 종합하면, 제2계약이 예정한 손해배상액 30억 원은 부당하게 과다하여 이를 5억 원으로 감액함이 상당하므로, 피고는 원고에게 손해배상금으로 5억 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

- ① 통상적인 부동산 매매계약은 위약금을 총 매매대금의 10%로 약정함이 일반적인데 반하여, 제2계약이 정한 위약금은 총 매매대금의 20%에 이른다.
- ② 피고는 제2계약 잔금지급일(2015. 6. 30.)경부터 K에 1~24부동산에 관한 소유권이전등기절차를 마칠 무렵(2016. 9.경)까지 1~24부동산의 대출이자로 492,659,246원을 지출하였는데, 제2계약에 의하면 원고가 2015. 1. 1.부터 발생하는 위 대출이자를 피고 대신 지출할 의무가 있다.
- ③ 원고는 AV가 중도금 10억 원을 받고도 1~24부동산을 제3자에게 처분하고(배임죄), 위 돈을 편취하였다고(사기) 고소하였으나, AV는 2016. 3. 17. 배임죄에 대하여, 2016. 10. 20. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄에 대하여 불기소처분을 받았다.
- ④ K가 잔금 및 대출금 이자를 지급하지 않아 1~24부동산의 수탁자인 주식회사 BG이 공매절차를 진행하였고, 이에 피고가 2017. 6. 27. 주식회사 BG으로부터 1~24부동산을 18,371,000,000원에 매수하였으나, 원고가 2017. 5. 26. 1~24부동산에 관하여, 채권자취소권 행사에 따른 원상회복청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분결정(대구지방법원 2017카단2061호)을 받음에 따라 위 매수잔금을 마련하지 못하여 제3자에게 매수인 지위를 이전하였다.
- ⑤ 제2계약은 원고와 피고의 의무가 무엇인지, 이행시기가 언제인지 등에 관하여 구체적으로 명확하게 규정하지 않았으므로 분쟁의 원인이 되는데, 이러한 원인은 계약서를 작성한 주체인 원고와 피고 모두에게 있다.

다. 소결론

따라서 피고는 원고에게 20억 원(= 계약금 15억 원 + 손해배상액 5억 원) 및 이에 대하여 그 지급의무 발생일 이후로서 원고가 구하는 이 사건 소장 송달 다음날인 2016. 4. 26.부터 피고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2018. 10. 12.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법'이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 원고의 예비적 청구 부분

가. 청구원인

1) 제1 예비적 청구원인 제2계약은 원·피고 모두 책임없는 사유로 원고의 사업인허가가 이루어지지 않았는데, 이는 제2계약 제9조 제1항이 정한 사유 즉 '쌍방의 책임 없는 사유로 관할관청의 사업승인 등 인허가가 불가능하거나 불가항력적인 사유로 사업이 불가능할 경우'에 해당하므로, 피고는 제2계약 제9조 제1항에 따라 원고에게 기수령 계약금 15억 원 및 이에 대한 지연손해금을 반환할 의무가 있다.

2) 제2 예비적 청구원인 설령 피고가 한 계약해제가 적법하다고 하더라도 제2계약상 손해배상액의 예정은 부당히 과다하여 감액하여야 한다. 따라서 피고는 원고에게 감액하고 남은 나머지 12억 원을 원상회복 내지 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

나. 판단

앞서 본 바와 같이 이 법원은 원고의 주위적 청구 중 계약금반환청구 부분을 전부 인용하므로, 위 청구 부분이 기각될 경우를 대비한 예비적 청구에 대하여는 판단하지 아니한다.

6. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결 중 위 인정금액에 해당하는 원고 패소 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 피고에게 위 인정금액의 지급을 명하고, 제1심판결 중 나머지 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사진성철

판사권민오

판사나원식

별지