

서울고등법원 2016. 6. 9 선고 2015나2020924(본소), 2015나2020931(반소) 판결

[약정금 · 계약금 반환청구의 소]

전 문

원고(반소피고), 항소인

A

피고(반소원고), 피항소인

B

변 론 종결 2016. 5. 12.

판결 선고 2016. 6. 9.

제 1 심 판결 의정부지방법원 고양지원 2015. 4. 3. 선고 2014가합6268(본소),
2014가합55093(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결의 반소에 대한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금원을 초과하는 원고(반소피고) 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소청구를 기각한다. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 284,000,000원 및 이에 대하여 2014. 1. 6.부터 2016. 6. 9.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고(반소피고)의 본소에 관한 항소와 반소에 관한 나머지 항소를 각 기각한다.
3. 소송총비용 중 본소에 대한 항소비용은 원고(반소피고)가 부담하고, 반소에 대한 소송비용은 제1, 2심을 통틀어 이를 20분하여 그중 19는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)각 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 700,000,000원 및 이에 대하여 2014. 1. 7.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%

의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.1)

나. 반소: 원고는 피고에게 300,000,000원 및 이에 대하여 2014. 1. 6.부터 이 사건반소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소하고, 본소 청구취지 기재와 같은 판결 및 피고의 반소 청구 기각을 구한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결의 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장

피고가 이 사건 계약 체결과 동시에 10억 원을 출자하기로 약정하고도 3억 원만을 출자하고 나머지 투자금 지급의무를 이행하지 않아 원고로서는 이 사건 레스토랑에 대한 시설투자를 다하지 못하고 차임도 제대로 지급하지 못하게 되었는데, 피고는 위와 같은 출자의무 불이행으로 입은 원고의 손해 29억 6,483만 3,108원[1 영업을 위해원고가 출자한 출자금 4억 7,730만 원(주식회사 M 명의로

지급한 임대차보증금 1억8,300만 원 + 임대료 및 관리비 2억 9,430만 원) + 인테리어 공사대금 5억 원 + 시설비용 3억 원 + 시공감리회사에 지급한 1억 원 + 이 사건 건물 1층 및 지하 1층에 지급한 권리금 2억 1,000만 원 + 이 사건 계약에서 정한 피고와의 동업 기간 10년 동안 원고가 얻을 수 있었던 수익 중 원고의 지분 70%에 해당하는 13억 7,753만 3,108원] 중 7억 원을 지급할 의무가 있다(일부 청구).

나. 피고의 주장

원고가, ① 이 사건 계약에서 이 사건 레스토랑의 대표이사 직함으로 업무를 수행하기로 하였음에도 법인 대표를 타인 명의로 등기하는 등 위 계약을 위반하였고, 2) 피고의 출자금을 이 사건 레스토랑을 위한 공사대금으로 사용하기로 하였음에도 임의로 자신이 운영하고 있던 D, E의 미납 임대료 지급에 사용하였을 뿐만 아니라, ③ 이 사건 레스토랑에 대한 임대료를 지급하지 못해 임대인으로부터 건물인도 소송을 제기당하여 건물이 명도될 위기에 처하였고 체납된 세금도 23억여 원에 이르는 등 이 사건 레스토랑 운영에 관한 이 사건 계약의 정상적인 이행이 불가능하거나 불투명한 상황이므로 이 사건 계약을 해제하거나 기망을 이유로 위 계약을 취소하였는바, 피고는 원고의 본소 청구에 응할 수 없고 오히려 반소로 투자금 3억 원의 반환을 구한다.

3. 판단

가. 쟁점의 정리

1) 원고는 이 사건 본소로 이 사건 계약에 따른 피고의 출자의무 불이행을 이유로 한 손해배상을 구하고 있는바, 피고가 이 사건 계약에 따른 7억 원의 투자금을 미지급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 일응 원고의 본소 청구는 이유 있다고 볼 여지가 있다.

2) 그런데 피고는 앞서 '당사자의 주장'에서 본 바와 같이 원고의 의무 불이행 및 기망 등을 이유로 이 사건 계약이 해제되거나 취소되었으므로 이 사건 계약에 따른 7억원의 투자금 지급 의무가 존재하지 아니하고 오히려 반소로 이미 지급한 투자금의 반환을 구하고 있으므로, 이 사건의 쟁점은 피고가 주장하는 바와 같은 원고의 의무 불이행 및 기망의 사정이 인정되는지와 그로 인해 이 사건 계약이

해제 또는 취소되었는지에 있다 할 것이므로, 이하에서는 피고가 주장하는 이 사건 계약의 해제 또는 취소 사유를 살핍으로써 본소와 반소를 함께 판단하기로 한다.

나. 원고가 이 사건 레스토랑의 대표이사 직함으로 업무를 수행할 의무가 있는지 여부¹⁾ 앞서 본

인정사실 및 갑 제2호증의 기재에 의하면, 이 사건 계약 제6조에서 '원고는 대표이사의 직함 및 업무를 수행하며 신의에 따라 성실히 업무수행을 하여야 한다'고 규정하고 있는 사실은 인정된다.

2) 그러나 다른 한편으로 갑 제1, 2호증의 각 기재, 제1심 증인 1의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 원고가 이 사건 레스토랑외에 D과 E의 실질적인

운영자이면서도 위 각 레스토랑의 운영주체인 주식회사 M의 대표이사나 임원으로는 등재되어 있지

않았고, 이 같은 사실을 피고가 이 사건 계약을 체결하면서 알았다고 보이는 점, ② 원고와 피고

사이에 이 사건 계약에 의하여 이 사건 레스토랑 운영을 위한 법인의 신설을 합의하였다고 봄이

상당한바,²⁾ 이 사건 계약을 중개한 1은 원고와 피고의 합의에 따라 이 사건 레스토랑의 운영을 위한

주식회사 K를 설립하고 도 원고를 위 회사의 대표이사로 등재하지는 않았던 점, ③ 또한 이 사건 계약

제3조에서 는 원고로 하여금 '기존의 경영하던 회사'에 대한 지속적 경영 의무를 규정하고, 제6조에

서는 '대표이사의 직함 및 업무 수행' 의무를 규정하고 있기는 하나, 앞서 본 바와 같이 당시 원고가

주식회사 M의 대표이사로도 등재되어 있지 않았음에도 주식회사 M(원고의주장과 같이 새로운 법인

설립을 의도하지 않았다면 위 규정상의 '대표이사 직함'은 주식회사 M의 대표이사 등재를

의미한다)이나 새로 설립될 법인의 대표이사 등재시기를 별도로 규정하고 있지 아니한 점에 비추어

보면, 이 사건 계약 제6조에서 말하는 '대표이사직함'이란 D 또는 E의 운영과 같이 이 사건

레스토랑에 대한 원고의 계속적 경영 참가를 의미할 뿐, 실제 등기부상 대표이사로의 등재를 의미하는

것은 아니라 봄이 상당한 점,⁴ 나아가 이 사건 계약 제10조 제2항은 계약상의 규정 위반에 대하여

30일 이상의 시정기간을 두고 시정을 최고하도록 규정하고 있음에도 피고가 위와 같은 원고의

대표이사등재를 최고하였다는 점을 인정할 증거가 부족한 점 등을 종합하면, 원고가 이 사건

계약제6조에서 정한 대표이사 직함으로 업무를 수행할 의무가 있다거나 이와 같은 의무를

위반하였다고 단정할 것은 아니다. 따라서 위와 같은 원고의 의무 불이행을 이유로 한 피고의 해제

또는 취소 주장은 이유 없다.

다. 피고의 출자금을 이 사건 레스토랑의 공사대금으로 사용하지 않은 것이 원고의 의무 불이행 또는 기망행위인지 및 피고의 이행거절 가능성 여부

1) 거래관계에서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 그 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 구체적 사정을 고지하였다면 상대방이 그 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것이م 경험칙상 명백한 경우 그 계약 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다59247 판결 참조).

또한, 쌍무계약의 당사자 일방이 계약상 선이행의무를 부담하고 있는데, 그와 대가 관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다2423 판결 참조).

2) 앞서 본 인정사실, 앞서 든 증거들 및 갑 제3, 5, 9, 11호증, 갑 제12호증의 1, 2, 갑 제13호증의 1, 갑 제15, 19, 20호증, 갑 제25호증의 1 내지 4, 갑 제31, 36호증, 을제4호증의 각 기재, 제1심 증인 I의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 사실 및 사정들 즉, ① 이 사건 계약 체결 전인 2013. 11. 20. 이 사건 레스토랑이 소재한 이 사건 건물에 관하여 임대인인 J은 주식회사 M(1, 2, 3층 및 커피숍) 및 원고(지하층)를 상대로 이 사건 건물에 관한 임대차계약이 임료 연체를 이유로 2013. 10.경 해지되었음을 이유로 한 건물인도 등을 구하는 소를

제기하였는데(서울서부지방법원 2013가 단45993호3), 원고가 피고에게 이 사건 레스토랑이 소재한 이 사건 건물에 관한 임대료의 연체 및 건물인도 소송이 제기되었다는 사실을 고지하였다는 점에 부합하는 듯한 갑제26호증, 갑 제33호증의 1, 2, 3의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 그 무렵까지의 연체 임료가 1억 8천만 원에 이르렀던 점, 2이 사건 레스토랑에 대한 공사가 2011. 3.경부터 시작되었음에도 공사를 마무리하지 못하여 레스토랑의 영업을 하지 못하고 있었으므로, 원고와 피고로서는 이 사건 계약을 통한 피고의 투자금으로 이 사건 레스토랑에 대한 공사를 마무리하여 단기간 내에 영업을 개시할 의사였다고 봄이 상당한 점, ③ 피고가 이 사건 계약에서 정한 투자금 중 3억 원을 I 을 통하여 원고에게 지급하였고, 위 금원을

보관하고 있던 I가 2014. 1. 24. 이 사건 레스토랑의 임대인인 J에게 이 사건 레스토랑의 임대료로 1억 원을 송금하였으며, 원고가 2014. 1. 16. 피고의 위 투자금을 이용하여 자신이 운영하던 N의 임대료 112,800,000원을 지급하였는바, I은 제1심에서 피고의 투자금은 이 사건 레스토랑을 위한 공사대금으로 사용되어져야 함을 원고에게 고지하였으나, 원고가 위 투자금을 이 사건 레스토랑의 임대료나 다른 레스토랑의 임대료로 사용됨을 피고에게 고지한 적은 없다는 취지로 증언한 점, ④ 원고는 N과 D의 매출로 이 사건 레스토랑의 임료를 지급한 적이 있으므로 이 사건 레스토랑에 대한 투자금으로 N에 대한 임료를 지급하더라도 아무런 문제가 없다는 취지로 주장하나, 원고가 N과 D의 매출로 이 사건 레스토랑의 임료를 지급하였다는 시기는 이 사건 계약 체결 전이고(갑 제24호증의 1 내지 9의 각 기재 참조), 이 사건 계약이 피고로 하여금 N과 D을 운영하는 주식회사 M의 지분을 취득하도록 함이 목적이 아닌 사실은 앞서 본 바와 같으므로 원고가 주장하는 사정만으로 피고의 투자금이 유용될 수 있음을 피고가 승낙하였다고 볼 수 없는 점, ⑤ 원고는 이 사건 건물의 임대인인 J로부터 연체된 임료 및 변호사 선임료 지급을 조건으로 위 소송의 취하를 약속받았는바, 이 같은 사실에 비추어 피고의 투자금을 연체된 임료에 사용한다는 것을 피고도 알았다는 취지로 주장하나, 원고가 J의 소송 취하 약속에도 불구하고 소송 취하 없이 금원만 편취하였다고 고소한 사건으로 J에 대한 공소가 제기되었는데(서울서부지방법원 2016고정216호), 위공소사실에 의하면, 원고가 J로부터 위와 같은 금원 지급 대가로 소송 취하에 관한 약속을 받았다는 시점은 피고가 투자금을 지급한 이후인 2014. 1. 21.이라는 것이므로 원고가 주장하는 위 사정만으로 피고가 투자금을 연체임료로 유용한 사실을 사전에 알았다고 볼수 없고, 오히려 원고는 J의 소송 제기 후 J로부터 위와 같은 소송 취하 약속을 받아낼 목적으로 이 사건 투자금을 이용한 연체임료 지급을 사전에 의도하고 있었다고 의심할 수있는 점, ⑥ 나아가 피고의 투자금 지급 이후에도 이 사건 레스토랑에 대한 공사가 마무리되지 못하고 영업도 개시되지 못한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 원고가 피고에게 이 사건 레스토랑의 정상적 운영이 어려울 수도 있는 임료 연체로 인한 건물인도 소송이 제기 중인 사실을 고지함이 없이 피고로부터 투자금을 지급받아 이를 그 사용목적으로 지정된 공사대금이 아닌 연체임료에 사용하였으므로 원고는 피고에게 거래상 신의칙에 의하여 고지하여야 할 중요한 사항을 고지하지 않은 잘못이 있고, 피고는 이 사건 계약에 따른 투자금 10억 원의 지급의무에도 불구하고

원고가 우선 지급받은 투자금으로 이 사건 레스토랑의 공사대금을 지급하지 않음으로써 이 사건 레스토랑의 영업이 지연되고 있고 우선 지급된 위 투자금이 사용목적대로 사용되지 않았음을 알게 된 이상, 이 사건 레스토랑의 운영이 불투명하거나 불가능해질 우려가 있음을 들어 나머지 투자금 7억 원의 지급 이행을 거절할 수 있다 할 것이어서, 피고의 나머지 7억 원의 투자금지급 의무 불이 행에도 불구하고 위와 같은 이유로 이 사건 계약을 취소한다는 피고의 의사가 담긴 2015. 1. 7.자 준비서면이 원고에게 그 무렵 송달됨으로써 이 사건 계약은 그 무렵 적법하게 취소되었다고 할 것이다.

3) 이에 대하여 원고는, 이 사건 계약은 민법상 조합계약에 해당하고 조합계약의 경우 민법상 해제나 해지 규정이 적용되지 아니하며 조합관계에서 탈퇴하면서 손익분배비율에 따른 잔여재산 분배 또는 청산만이 가능하므로 피고의 원상회복을 원인으로 한반소 청구에 응할 수 없다는 취지로 다투나, 피고는 이 사건 계약의 해제를 주장하는 것이 아니라 원고의 기망에 따른 취소를 주장하고 있고, 위 취소 주장이 이유 있음은 앞서본 바와 같으므로 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

라. 소결론

1) 원고는 이 사건 본소로 이 사건 계약에 따른 피고의 출자의무 불이행을 이유로 한 손해배상을 구하고 있으나, 앞서 본 바와 같이 피고는 이 사건 계약에 따른 투자금 10억 원의 지급의무에도 불구하고 이 사건 레스토랑의 운영이 불투명하거나 불가능해질 우려가 있음을 들어 나머지 투자금 7억 원의 지급 이행을 거절하고 있는 상태에서 이 사건 계약을 원고의 기망을 이유로 취소하였으므로, 피고로서는 이 사건 계약에 따른 출자의무를 불이행하였다고 할 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 본소 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

2) 한편 이 사건 계약이 원고의 기망을 이유로 한 피고의 취소 의사표시에 의하여 취소된 이상, 원고는 피고에게 특별한 사정이 없는 한, 피고가 지급한 투자금 3억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

한편 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 1에게 3억 원을 지급하였다가 1,600만 원을 자신의 조카를 통해 돌려받은 사실이 인정되므로 결국 원고가 이 사건 계약의 취소로 피고에게

반환할 투자원금은 2억 8,400만 원(3억 원 - 1,600만원)이 된다(이에 대하여 원고는 2억 6,200만 원만을 1 을 통해 피고로부터 투자받았을 뿐이라고 주장하나, 앞서 든 증거들에 의하면 피고가 1 에게 지급한 투자금은 3억 원이었고, 위 금원 중 일부가 이 사건 계약을 통해 새로 설립하기로 한 법인설립비용 등에 사용되었으며, 나머지 일부가 피고의 조카에게 반환되고 그 나머지 금원이 모두 원고에게 지급되었음이 인정될 뿐, 위 투자금 중 일부가 추가로 피고에게 반환되었다는 등의 사실을 인정할 증거가 없다).

따라서 원고는 피고에게 284,000,000원 및 이에 대하여 원고가 투자금을 지급받은 날인 2014. 1. 6.부터 원고가 그 이행 의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당심 판결 선고일인 2016. 6. 9.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 본소 청구는 이유 없어 이를 기각하고, 피고의 반소 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 반소 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심판결 중 본소 청구에 관한 부분은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 이에 대한 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하고, 반소 청구에 관한 부분은 위 인정 금원을 초과하여 지급을 명한 원고 패소 부분이 부당하므로 이를 취소하며 그 취소 부분에 해당하는 피고의 반소 청구를 기각하고, 반소 청구에 관한 원고의 나머지 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이창형, 판사 김민기, 판사 이한일

1) 원고는 제1심에서 선택적으로 이 사건 계약에 따른 피고의 출자의무 미이행분 7억 원의 청구 또는 피고의 채무불이행에 의한 손해배상 청구를 구하다가, 당심에 이르러 출자의무 미이행분 청구 부분을 취하하였다(2015. 10. 22.자 준비서면 참조).

2) 이 사건 계약상 이 사건 레스토랑에 대한 운영주체로서 새로운 법인의 설립을 약정하였다고 볼 근거가 불명확하고, 이 사건계약에서 '원고는 기존의 경영하던 회사에 대한 경영을 연속적으로

행하도록 한다'거나(제3조 제1항), '원고는 이 사건 계약체결 이전에 피고에게 제출한 회사의 부채 등 제반 채권 채무관계 서류가 일체의 허위가 없음을 보증한다'(제4조)고 규정하였는바, 위 각 규정상 '기존의 경영하던 회사' 및 '피고에게 제출한 회사의 부채'에서 말하는 '회사'는 원고가 이 사건 계약 당시에 운영하던 주식회사 M을 의미한다고 볼 여지가 많기는 하다.

그러나 다른 한편으로, 앞서 본 바와 같이 주식회사 M은 이 사건 레스토랑과 별개의 영업체인 D과 E를 운영하고 있었는데, 이 사건 계약이 피고의 이 사건 레스토랑에 대한 투자를 위한 것임은 분명하므로 피고의 이 사건 레스토랑에 대한 투자로 이 사건 레스토랑과 별개의 영업체를 운영하고 있는 주식회사 M의 지분까지 피고로 하여금 취득하도록 하는 것을 목적으로 하는 것이라고 보기는 어렵다 할 것이므로, 앞서 본 규정에도 불구하고 이 사건 계약으로 이 사건 레스토랑 운영을 위한 법인의 신설을 합의하였다고 봄이 상당하다.

3) 위 법원은 2014. 11. 26. J의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였고(계산상 일부 중복된 기간 부분의 임료 상당 부당이득부분만 기각), 항소심 법원은 2015. 5. 15. 항소기각 판결(위 법원 2014나6927호)을, 상고심인 대법원은 2015. 9. 1 상고이유서부제출을 이유로 상고기각 판결(위 법원 2015다36822호)을 선고하였다.