

서울고등법원 2017. 11. 1 선고 2017나2034514(본소), 2017나2034521(반소) 판결 [계약금  
반환 청구 · 기타(금전)]

---

## 재판경과

서울고등법원 2017. 11. 1 선고 2017나2034514(본소), 2017나2034521(반소) 판결  
서울중앙지방법원 2017. 6. 16 선고 2015가합561378 판결

## 전 문

원고(반소피고), 항소인A

피고(반소원고), 피항소인리얼케이프로젝트금융투자 주식회사

변론 종결 2017. 9. 27.

판결 선고 2017. 11. 1.

**제1심판결** 서울중앙지방법원 2017. 6. 16. 선고 2015가합561378(본소),  
2015가합579522(반소) 판결

## 주 문

1. 원고(반소피고)의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

#### 가. 본소

피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)에게 533,200,000원 및 그 중 128,300,000원에 대하여는 2014. 7. 1.부터, 109,300,000원에 대하여는 2014. 7. 25.부터, 295,600,000원에 대하여는 2014. 11. 6.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

#### 나. 반소

원고는 피고에게 84,978,081원 및 그 중 53,678,506원에 대하여는 2015. 5. 1.부터, 31,299,575원에 대하여는 2015. 7. 31.부터 각 이 사건 반소장 부분 송달일까지 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 2. 항소취지

제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 533,200,000원 및 그 중 128,300,000원에 대하여는 2014. 7. 1.부터, 109,300,000원에 대하여는 2014. 7. 25.부터, 295,600,000원에 대하여는 2014. 11. 6.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고의 원고에 대한 반소청구를 기각한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는, 제1심판결 제4쪽 3행 중 "B126호"를 삭제하고, 같은 쪽 7행 뒤에 "(원고가 체결하거나 I으로부터 승계한 분양계약을 이하 '이 사건 각 분양계약'이라 한다)"를

추가하는 이외에는 원고에 대한 제1심판결의 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 본소청구에 관한 판단

### 가. 원고의 주장 요지

1) F은 다음과 같이 원고를 기망하여 원고로 하여금 피고와 이 사건 각 분양계약을 체결하도록 하였다(B126호에 관하여는 1, 이하 같다.).

#### 가) 임대차계약 현황 기망

F은 원고에게, "B115호, B205호에는 이미 'K', 'L'라는 프랜차이즈 업체가 입점하기로 되어 있고, 설사 지금 예정된 업종이 들어오지 않더라도 30개 이상의 프랜차이즈가 대기 중이다.", "B126호에는 'M'이라는 프랜차이즈 업체와 이미 계약서가 작성되어 있다."라고 말하여, 원고가 매수하려는 각 점포에 대한 임대차계약이 확정된 것처럼 말하였다. 그러나 실제 임대차계약은 확정된 바가 없었다.

#### 나) 임대수익 기망

F은 원고에게, "위 각 점포의 월 임대수익이 약 450~1,400만 원에 이를 정도로 고수익이 보장된다."라고 말하였으나, 이 사건 상가 건물은 실제 그와 같이 높은 임대수익을 올릴 수 없다.

#### 다) 대출 가능 금액 기망

F은 원고에게, "대출은 분양가의 70%는 기본으로 가능하고 제2금융권까지 대출을 받으면 80%까지 가능하다."라고 말하였으나, 이 사건 상가 건물은 분양가의 50% 범위에서만 대출할 수 있다.

#### 라) 구조변경 범위 기망

F은, 원고가 B115호에 관하여 위치가 좋지 않다고 하자, "상가는 특수해서 건물 준공만 나면 바로 구조 변경이 가능하다. 건물 준공 후 엘리베이터에서 바로 접근할 수 있도록 벽을 허물어 줄 수 있고, 도면상 'PS'라고 적혀있는 공간도 준공만 나면 바로 없앨 수 있다."라고 말하여, 구조변경이 가능한 것처럼 말하였다. 그러나 이 사건 건물은 구조변경이 불가능하다.

2) 원고는 피고의 이행보조자인 F으로부터 기망당하여 이 사건 각 분양계약을 체결하였다. 설사 F이 피고의 이행보조자에 해당하지 않는다 하더라도, 피고는 F의 기망행위를 알았거나 알 수 있었으므로, 기망에 의한 의사표시를 이유로 이 사건 각 분양계약을 취소한다.

3) 또한, 피고의 피용자 지위에 있는 F은 피고의 분양업무와 관련하여 원고를 기망하였으므로, 피고는 F의 사용자로서 원고에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.

4) 따라서 피고는 원고에게 원상회복 내지 손해배상으로서 원고가 지급한 계약금 합계 533,200,000원(= B115호 계약금 128,300,000원 + B205호 계약금 109,300,000원 + B126호 계약금 295,600,000원)을 지급할 의무가 있다.

## 나. 판단

### 1) 원상회복 청구에 대한 판단 가) 기망행위의 인정 여부

상품의 선전 광고에서 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당할 것이나, 그 선전 광고에 다소의 과장이 수반되었다고 하더라도 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 것이라면 이를 기망행위라고 할 수 없다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다24327 판결 등 참조).  
을 제13, 14, 19, 22, 24, 32호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고가 제출하는 증거만으로 F의 행위가 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 과장 또는 유인의 정도를 넘어 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에 해당한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

#### (1) 임대차계약 체결 현황 및 임대수익 보장 부분

(가) F이 2014. 7. 10. 원고에게 "설사 지금 예정되어 있는 업종이 들어오지 않더라도 30개 이상의 프랜차이즈가 대기 중입니다. 염려 안 하셔도 됩니다."라는 내용의 문자메시지(갑 제10호증)를 보낸 점과 일부 도면(갑 제13호증의 2)에는 지하 1층, 지하 2층의 일부 점포 위에 각각 'K', 'L', 'N' 등 프랜차이즈 업체가 기재되어 있는 점은 인정된다.

그러나 이 사건 각 분양계약은 임대차계약의 체결을 전제로 하는 계약이 아닐 뿐만 아니라, 위와 같은 문자메시지와 도면의 내용도 임대차계약이 확정되었다는 의미로 보기 어렵다.

(나) 갑 제6호증의 1 내지 6(을 제26호증은 갑 제6호증의 6과 동일하다)의 기재에 의하면, 견적서 등 일부 문서에 월 임대료와 수익률이 기재되어 있기는 하다.

그러나 위 각 문서의 작성 주체가 명확하지 않고, 그 기재 내용에 의하더라도 일응의 예상 월 임대료와 수익률에 불과함을 충분히 알아볼 수 있으며, 견적서에는 "수익률은 향후 변동될 수 있습니다."라는 문구까지 기재되어 있다. 위 각 문서만으로 F이 임대수익을 보장하였다고 단정하기 어렵다.

(다) 별도의 약정이 없는 한 분양시행사 또는 분양대행사가 상가 점포를 분양함에 있어 그 상가 점포의 임차인 확보 의무나 임대수익률 보장 의무를 부담한다고 할 수 없다. 수분양자 입장에서 상가 점포를 분양받음에 있어서도 위와 같은 요소만이 분양계약 체결을 좌우하는 본질적인 내용이라고 할 수 없다.

(라) 이 사건 상가 건물 분양 당시 일부 프랜차이즈 업체가 입점의향서를 임대대행사에게 제출하기도 하였다.

(마) 원고는 이 사건 상가 건물 인근에서 공인중개업을 영위하여 온 사람으로서 E와 이 사건 상가 건물 내 점포의 중개업무를 담당하기로 업무협약을 맺기도 하였으므로, 이 사건 상가 건물의 임대 현황이나 임대수익, 임대료 등에 관한 정보를 일반인보다 더 잘 알 수 있는 위치에 있었던 것으로 보인다.

## (2) 대출 가능 금액 부분

F이 원고에게 분양가의 70% 내지 80%까지 대출이 가능하다는 취지로 기망하였음을 인정할 증거를 찾아보기 어렵다.

## (3) 구조변경 허용 범위 부분

원고는, F의 이 부분 기망행위를 뒷받침하는 증거로 갑 제12호증의 2(평면도), 갑 제24호증의 1(원고와 F의 통화내역 녹취록), 갑 제35호증(원고와 이 사건 상가 관리소장과의 대화 녹취록) 등을 들고 있다. 그러나 위 증거들이 구조변경에 대한 내용인지 여부 자체가 불명확하거나(평면도 부분), 원고의 대화 상대방에 대한 일방적인 진술 내용에 불과하여(각 녹취록 부분), 위 증거들만으로 원고의 주장을 인정하기에 부족하다.

## (4) 공통된 부분

(가) 원고가 분양받은 각 점포의 분양대금이 합계 50억 원을 넘는 데 반하여 원고는 일부 대출을 참작하더라도 위 각 점포의 분양대금을 모두 지급할 자력이 있었다고 보기 어렵다. 원고가 위 각 점포를 분양받은 주된 동기는 전매차익을 얻는 데 있었던 것으로 보인다[원고는, E를 상대로 한

채권가압류신청 사건(서울남부지방법원 2015카단70156)의 채권가압류 신청서(을 제14호증), F을 상대로 한 고소 사건(서울북부지방법원 2015형제56290)의 고소장(을 제24호증)에서 모두 전매차익을 목적으로 분양계약을 체결하였다는 취지로 주장하였다. 실제 원고가 2014. 11. 28. 분양받았던 B116호는 전매가 이루어졌다.].

(나) 위 채권가압류신청 사건(서울남부지방법원 2015카단70156)에서 원고가 기망행위라고 주장한 내용은, '원고가 분양계약을 체결해 놓으면, F이 2015. 2.까지 다른 사람에게 이를 되팔아서 계약금을 돌려받을 수 있도록 하고, 부가가치세를 미리 환급받을 수 있도록 하며, 분양가격의 3%에 해당하는 분양대행수수료와 전매차익을 지급하겠다.'라는 것이었다. 위 고소 사건(서울북부지방법원 2015형제56290)에서 원고가 F의 기망행위로 특정한 내용도 위 가압류신청 사건에서의 주장 내용과 대동소이하다. 원고가 신청사건 및 고소사건에서 주장한 기망내용은 일반적인 분양계약에서 설명되는 내용으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건에서 원고가 주장하는 기망의 내용과도 큰 차이가 있다.

#### 나) 취소권 행사의 가부

설령 원고가 주장하는 F의 기망행위가 일부 인정된다고 가정하더라도, 을 제11, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, F은 피고의 이행보조자라고 보기 어렵고, 달리 F의 행위를 이 사건 분양계약의 상대방인 피고의 행위로 보아야 할 근거도 부족하다. 나아가 피고가 F의 원고에 대한 행위를 알거나 알 수 있었다고 볼 증거도 부족하다.

(1) 피고와 E 사이에 체결된 분양대행 용역계약서에 의하면, E는 피고의 사전 서면동의 없이 용역의 일부 또는 전부를 제3자에게 하도급할 수 없도록 되어 있다. 그러나 E가 세한디앤씨에게 분양대행 용역업무를 하도급하면서 피고의 동의를 받았다는 점을 인정할 증거가 없다.

(2) F이 피고로부터 분양업무를 위임받았거나 피고의 의사 관여 아래 분양업무를 수행하였음을 인정할 증거도 없다.

(3) 한편, 민법 제391조에서 '채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다.'라고 규정한 것은, 이미 계약에 따른 채무를 부담하고 있는 채무자를 전제로 하여 비록 그 채무자 본인에게는 채무불이행에 대한 고의나 과실이 없다고 하더라도

이행보조자, 즉 채무자의 의사 관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람에게 고의나 과실이 있다면 채무자가 그로 인한 책임을 부담한다는 내용일 뿐, 아직 계약이 체결되기 전 그 계약 체결을 위하여 사무를 보조한 사람의 행위에 따른 책임을 계약 체결 후 채무자에게 부담하도록 하는 규정이 아님은 문언상 명백한데, 설령 F이 피고의 분양업무를 보조하였다 하더라도, 이 사건 각 분양계약에 관한 피고의 이행보조자로 볼 수 없다.

#### 다) 소결론

원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 손해배상 청구에 대한 판단 원고가 F의 행위에 대하여 피고에게 사용자책임을 묻기 위해서는 피고가 F의 사용자임이 증명되어야 하는데, 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

### 3. 반소청구에 관한 판단

이 법원이 이 부분에 적을 이유는, 원고에 대한 제1심판결의 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 4. 결론

그렇다면 원고의 본소 청구는 이유 없어 이를 기각하고, 피고의 반소청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사유상재**

**판사이정희**

**판사이민영**