

서울고등법원 2017. 6. 16 선고 2016나2063942 판결 [계약금배액반환 등 청구의 소]

전 문

원고, 항소인 주식회사 A

피고, 피항소인 주식회사 하나은행

변 론 종결 2017. 4. 28.

판결 선고 2017. 6. 16.

제 1 심 판결 서울중앙지방법원 2016. 9. 2. 선고 2015가합580799 판결

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 주위적으로, 피고는 원고에게 40억 원 및 이에 대하여 2015. 10. 9.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 예비적으로, 피고는 원고에게 20억원 및 이에 대하여 2015. 7. 25.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 주식회사 B(변경전 상호 : G 주식회사, 이하 'B'라고만 한다)는 1991. 7. 20. 관광호텔업, 콘도업, 골프장영업, 수영장영업 등을 목적사항으로 하여 설립되어 제주시 H일대에 골프장(이하 '이 사건 골프장'이라 한다)을 건설하여 이를 운영하여 왔다.

나. 원고는 B가 운영하던 이 사건 골프장을 인수하기 위하여 설립한 회사이다. 피고는 B에 대한 대출채권 및 담보권을 보유하고 있는 은행이다.

다. 원고는 2015. 7. 24. 피고와 사이에 피고가 보유한 B에 대한 대출채권 및 담보권(구체적으로는 별지 '양도자산의 표시' 기재 자산을 말한다. 이하 '이 사건 양도자산'이라 한다)을 양수받기로 하는 내용의 자산양수도계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 계약의 구체적인 내용은 아래와 같다.

제1조 정의 및 해석

제1항 정의

'채무불이행 사유'라 함은 다음 각 항의 1에 해당하는 경우를 말한다.

- (4) 어느 당사자가 본 계약에 따른 자신의 의무를 본 계약에 정한 바에 따라 이행하지 않고,
(a) 그 시정이 가능한 경우에는 상대방 당사자가 서면 통지로서 시정을 요구한 때로부터 3영업일 이내에 시정되지 않은 경우 또는 (b) 그 시정이 불가능한 경우

제3조 매매대금, 거래종결, 채무불이행

제1항 계약금의 지급

- (1) 매수인은, 2015. 7. 24. 매도인에게 20억 원을 계약금으로 지급하도록 한다.

제2항 매매대금의 지급

- (1) 매매대금은 아래 1항 내지 6항까지의 합계 금액으로 한다.

1 B의 피고에 대한 대출원금 12,929,000,000원

2 위 1항의 원금에 대한 2015. 3. 3.부터 거래종결일까지 연 6.5%의 비율에 의한 이자

3 가지급금 917,902원

4 가지급금 기발생 이자 129,274원

5 위 3항의 가지급금에 대한 2015. 6. 16.부터 거래종결일까지 연 6%의 비율에 의한 이자

6 본 계약체결일 이후 거래종결일까지 발생한 대출채권보전에 필요한 합리적인 범위 내의 비용 및 이에 대한 이자

(2) 매수인은 거래종결일 오후 4시까지 본 조 제2항 (1)의 매매대금에서 계약금을 공제한 잔액을 매도인에게 일시에 지급하여야 한다.

제3항 거래종결과 거래종결일

(2) 원고와 피고는 2015. 10. 12.(이하 '거래종결일')까지 거래종결이 이루어져야 한다는 점에 합의 하되, 당사자간 별도 합의로 변경할 수 있다.

제6항 채무불이행 및 해제

(2) 본 조 제6항 (1)의 특별해제를 제외하고, 일방 당사자는 상대방 당사자('위반당사자')에게 채무 불이행사유가 발생한 경우, 상대방에 대한 서면 통지로서 즉시 본 계약을 해제할 수 있다.

(3) 제(2)항에 따라 본 계약이 해제되는 경우 위반당사자는 상대방 당사자에게 제7조 제3항 및 제4항에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상 의무를 부담한다. 다만, 본 계약의 해제가 거래종결 이전에 발생하는 경우 양 당사자의 손해배상금액은 다음 각 호에 정한 바와 같다.

1. 매도인이 위반당사자인 경우 : 매도인은 제3조 제1항에 따라 지급받은 계약금의 2배에 해당하는 금액을 매수인에게 반환

라. 원고는 이 사건 계약에 따라 2015. 7. 24. 피고에게 계약금 20억 원을 지급하였다.

마. 이 사건 대출금채무에 대한 연대보증인 C는 법률사무소 D에 '이 사건 양도자산중 별지 나.의 제3항 기재 (주)B 영업권 양도담보계약(이하 '이 사건 영업권 양도담보계약'이라 하고, 그 계약에 기한 권리를 '이 사건 영업권 양도담보권'이라 한다)이 유효한 것인지'에 관한 법률의견을 구하는 자문을 의뢰하였다.

바. 위 법률사무소는 2015. 9. 18.경 C에게 '이 사건 양도담보계약은 B가 소유하고 있는 영업권 전부를 피고에게 양도하기로 하는 계약으로서 상법 제374조 제1항 제1호의 회사의 중요한 영업의 일부 양도에 해당한다. 따라서 B의 주주총회 특별결의를 득하지 않은 상태에서 체결된 위 양도담보계약은 그 자체로 효력이 인정될 여지가 없다'는 취지로 법률의견을 보내주었다.

사. 원고는 2015. 9. 22. 피고에게 위 법률의견서를 제시하며 면담을 요구하였고, 같은 달 23. 피고로부터 이 사건 영업권 양도담보계약서 사본을 교부받았다.

아. 원고는 2015. 9. 24. 및 2015. 10. 5. 피고에게 공문을 보내어 '원고가 이 사건계약을 피고와 체결함으로써 달성하고자 한 목적은 이 사건 골프장 경영권 확보이고,이를 위하여 가장 중요한 것이 B의 영업권을 피고로부터 양수하는 것이었는데, 영업권양도계약에 법률적 하자가 있다는 법률사무소 자문의견이 있으므로 이 사건 계약 및 이 사건 영업권 양도담보계약의 효력에 관한 법률적 하자를 확인하여 줄 것'을 주장하면서 '영업권 자산가치 상실에 대한 대금 감액 40억 원 및 후속조치 등의 원만한 합의 를 위한 잔금납입기일 연장(연장요청일 11월 25일)'을 요청하였다.

자. 이에 대해 피고는 2015. 10. 6. 원고에게 '잔금납부기일 연장은 가능하나, 대금감액 요청은 받아들일 수 없다'는 취지로 답변하였다.

차. 원고는 2015. 10. 7. 피고에게 다시 공문을 보내어 '이 사건 계약 제1조 제1항의 채무불이행 사유 (4)항 및 제3조 제6항 (2)의 규정에 따라 이 사건 계약을 해제하고,이 사건 계약 제3조 제6항 (3)의 1호에 의하여 이미 지급한 계약금의 배액인 40억 원을 지급하여 줄 것'을 요청하였고, 위 공문은 다음날인 2015. 10. 8. 피고에게 도달하였다.

【인정 근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 10호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호를 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장 요지

가. 주위적 청구원인

1) 이 사건 영업권 양도담보계약은 상법 제374조 제1항 제1호의 '회사의 중요한 영업의 일부 양도'로서 B 주주총회의 특별결의가 있어야 하나 이를 거치지 아니하였으므로 무효이다.

2) 그렇다면 이 사건 계약에 따른 양도대상 자산 중 별지 나.의 3.항의 양도담보권은 원고가 이를 양도받더라도 행사할 수 없는 무효의 권리에 불과하다.

3) 원고가 이에 대한 시정을 위해 B 주주총회 특별결의를 취득하여 주거나, 이 사건 영업권 양도담보권 가액에 상응하는 매매대금 감액을 요청하였는데도 피고는 위영업권 양도담보권의 효력에 문제가 없다는 입장을 고수하면서 대금감액 요청을 거절하여 이에 대한 시정의사가 없음을 분명히 하였다. 이는 이 사건 계약 제1조 제1의 (4)항의 채무불이행사유인 '어느 당사자가 본 계약에 따른 자신의 의무를 본 계약에 정한 바에 따라 이행하지 않고 그 시정이 불가능한 경우'에 해당한다.

4) 따라서 이 사건 계약은 위와 같은 피고의 귀책사유를 원인으로 한 원고의 계약해제 의사표시가 피고에게 도달한 2015. 10. 8. 적법하게 해제되었으므로, 피고는 원고에게 계약금의 배액인 40억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 예비적 청구원인

1) 이 사건 계약에 따른 양도대상 자산 중 이 사건 영업권 양도담보권이야 말로 그 현재가치 및 장래가치를 놓고 볼 때 담보권 중 80% 이상의 비중을 가진 가장중요한 자산이고, 원고는 위 담보권이 적법·유효한 권리임을 전제로 양도대상 자산에 포함시킨 것이다.

2) 그러므로 이 사건 계약 체결에 있어 '이 사건 영업권 양도담보권의 적법·유효성'에 대한 원고의 착오는 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오에 해당한다. 이 사건 계약 체결 과정에서 피고는 개인정보보호 등을 들어 계약 체결 전까지 원고에게 이 사건 영업권 양도담보계약서 및 관련서류 등을 제공하지 않았으므로 원고로서는 이 사건 영업권 양도담보권이 적법·유효하다고 믿은 데에 중대한 과실이 있다고 보기 어렵다

3) 따라서 원고는 착오에 의한 의사표시를 이유로 이 사건 계약을 취소하고 이 사건 소장부분 송달로써 취소 의사표시의 통지에 갈음한다. 그렇다면 피고는 원고에게 부당이득 반환으로서 계약금 20억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 논의의 전제

원고는 이 사건 영업권 양도담보계약이 주주총회 특별결의 없이 체결되어 무효임을 전제로 피고의 채무불이행을 원인으로 한 이 사건 계약의 해제를 주장하고 있다.

그러므로 먼저 이 사건 영업권 양도담보계약 체결에 상법 제374조 제1항 제1호가 적용되어 주주총회 특별결의가 필요한 것인지에 관하여 본다.

나. 관련 법리

주주총회의 특별결의가 있어야 하는 상법 제374조 제1항 제1호 소정의 '영업의전부 또는 중요한 일부의 양도'라 함은 일정한 영업목적을 위하여 조직되고, 유기적 일체로 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것을 의미한다.이에는 양수회사에 의한 양도회사의 영업적 활동의 전부 또는 중요한 일부분의 승계가 수반되어야 하는 것이므로, 단순한 영업용 재산의 양도는 이에 해당하지 않는다. 다만영업용 재산의 처분으로 말미암아 회사 영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 폐지하는 것과 같은 결과를 가져오는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다(대법원 1997. 4.8. 선고 96다54249 판결 등 참조).

다. 판단

위 인정사실 및 앞서 든 각 증거, 갑 제3호증의 기재, 제1심 증인 E의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 영업권 양도담보계약이 '일정한 영업목적을 위하여 조직되고 유기적 일체로 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것'에 해당한다거나, '영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 폐지하는 것과 같은 결과를 가져오는 중요한 영업용 재산의 처분'에 해당된다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리이를 인정할 증거가 없다.

1) 이 사건 영업권 양도담보계약에 의하면, 양도담보권 설정대상인 '영업권'은'이 사건 골프장 시설의 관리 및 운영, 수익을 얻을 수 있는 권리, 골프장 시설을 매도할 수 있는 권리, 회원권 분양 및 분양대금 수령에 관한 권리' 등이다. 따라서 이 사건영업권 양도담보계약을 영업상의 물적, 인적 조직이 그 동일성을 유지하면서 양도인으로부터 양수인에게 일체로 포괄적으로 이전하는 계약이라고

보는 어렵다.

2) B는 골프장 영업을 주된 목적으로 하는 회사로서 가장 중요한 영업용 자산은 이 사건 골프장 부지 및 그 운영에 필요한 클럽하우스 건물 등 부대시설인데, 이와 같이 중요한 영업용 재산은 이 사건 영업권 양도담보계약의 목적이 아니다. B는 이 사건 영업권 양도담보계약 체결 이전에 위와 같이 중요한 영업용 재산에 관하여 별지나, 1항 기재와 같이 부동산 담보신탁의 목적물로 제공하였다.

3) 한편, 이 사건 영업권 양도담보계약에 의한 양도담보의 목적인 '영업권'은 그내용이 매우 추상적으로 규정되어 있을 뿐이어서 그 자체로 양도담보의 목적 권리를 구성하는 구체적·개별적 권리가 처분되는 효과가 발생한다고 보기 어렵다. 즉 '골프장시설의 관리 및 운영에 관한 권리나 수익을 얻는 권리'는 그 내용과 범위가 확정되지않아 처음부터 구체적 담보권이 성립한다고 보기 어렵다. '골프장 시설을 매도할 수 있는 권리' 역시 골프장 시설 자체에 대한 소유권 등 처분권을 확보하여야 행사가 가능하다. '회원권 분양 및 분양대금 수령에 관한 권리'도 개별 회원가입계약을 체결한 계약상 권리에 대해 별도로 담보권을 확보하지 않는 한 그 자체로 행사 가능한 구체적권리라고 할 수 없다.

4) 더구나 이 사건 영업권 양도담보계약은 '양도담보설정자는 대출약정에 따라기한의 이익을 상실하기 전까지 양도담보권자의 이익을 침해하지 않는 범위 내에서 본건 사업을 수행한다'고 규정하여, 영업권 양도담보권 설정에도 불구하고 계속하여 골프장 영업을 수행할 수 있도록 하고 있다(제5조 제1항). 실제로 B는 이 사건 영업권 양도담보계약 체결에 의해 영업상 권리를 포괄적으로 양도담보로 제공하고서도 이 사건골프장 영업을 계속하였다. 따라서 이 사건 영업권 양도담보계약의 체결로 인해 B의 영업을 폐지되거나 중단된다고 볼 수 없다.

5) 이 사건 영업권 양도담보계약 제5조는 양도담보설정자인 B가 기한의 이익을 상실하여 양도담보권자가 양도담보권의 실행을 통지할 경우, '본건 사업의 인적, 물적시설 일체와 본건 사업의 수행을 위해 필요한 모든 사항 일체를 양도담보권자가 지정하는 제3자에게 인계하고, 본건 사업의 인허가를 직접 승계하거나, 제3자로 하여금 승계하게 하며, 본건 사업을 위해 필요한 모든 사항을 양도담보권자가 지정하는 제3자가 승계받기 위해 필요한 협력과 조치를 취하여야 한다'고 규정하고 있기는 하다. 그러나 실제로 이 사건 골프장 영업의 이전을 위해서는 체육시설 설치·이용에 관한

법률 및 관련 법령이 정한 요건 및 절차를 갖추어 이 사건 골프장 영업 등록에 관한 권리·의무의 이전이 이루어져야 하고, 물적 시설인 이 사건 골프장 부지 및 그 지상 클럽하우스등 부대시설에 대한 소유권도 일체로 이전되어야 한다. 따라서 B가 기한의 이익을 상실하면 위 규정에 따라 이 사건 골프장 영업 일체가 양도담보권자 또는 양도담보권자가 지정하는 제3자에게 승계된다고 보기는 어렵다.

6) 결국 이 사건 영업권 양도담보계약은 B의 영업용 재산의 일부를 목적으로 하고 있을 뿐, B 존속의 기초가 되는 중요한 재산에 관한 양도행위로서 그 결과 영업의 폐지 또는 중단을 초래하게 하는 행위에 해당하지 않으므로, 상법 제374조 제1항제1호가 정한 '영업의 전부 또는 중요한 일부 양도'에 해당하지 않는다.

라. 소결론

따라서 이 사건 영업권 양도담보계약 체결에 상법 제374조 제1항 제1호가 적용되어 주주총회 특별결의를 거쳐야 한다고 보기는 어려우므로, 이를 전제로 한 원고의 주위적 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

가. 앞서 본 것과 같이 이 사건 영업권 양도담보계약이 영업양도 또는 B 존속의 기초가 되는 중요한 영업 재산의 양도를 내용으로 하는 것으로서 상법 제374조 제1항제1호의 규정을 적용하여 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다고 보기 어려우므로, 이 사건 계약 체결 당시 원고에게 이 사건 영업권 양도담보계약의 효력에 관하여 착오가 있었다고 보기는 어렵다.

나. 나아가 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

1) 이 사건 계약과 관련하여 원고 측에게 컨설팅을 제공하였던 증인 E은 원심법정에서 '이 사건 영업권에 관한 양도담보권이 담보 명세표에 들어있는 것을 2015. 7.24. 이 사건 계약 체결 당일 알게 되었다'고 증언하였다. 이에 의하면, 원고는 이 사건 계약 체결 이전까지 이 사건 영업권 양도담보계약의 존재를 알지 못하였던 것으로 보인다.

2) 또한, 위 증인 E은 '원고는 이 사건 영업권 양도담보권의 존재를 알기 이전부터 피고와 이 사건 계약의 양수금액에 관하여 논의하였고, 계약 체결 전에 이미 금액에 관한 합의가 되어 있었다', '원고가 양수금액을 피고의 B에 대한 채권 원리금과 비슷한 금액으로 정하고 할인하지 아니한 이유에 관하여 '(원고를 포함한 B의) 회원들이 B를 상대로 850억 원이라는 채권을 가지고 있기 때문에 그 채권을 손해를 보지 않기 위해서는 결국은 돈을 더 주고 확보하는 것이 좋다. 경영을 정상화시킬 수 있는 길이 있기 때문에 다소 금액을 비싸게 사더라도 가치는 있다고 판단을 하였기 때문'이라는 취지로 증언하였다. 이러한 증언 내용에 의하면, 원고는 이 사건 양도자산의 매매대금을 결정함에 있어서도 이 사건 영업권 양도담보권의 존재나 그 가치를 별도로 고려한 것으로 보이지 않는다.

3) 원고는 이 사건 계약 당일 별지 양도자산 목록을 통해 이 사건 영업권 양도담보계약이 양도대상 담보권에 포함되어 있다는 것을 알았는데도, 그 계약 내용이나 효력 유무 등에 관한 아무런 확인 없이 피고에게 계약금 20억 원을 지급하였다.

4) 원고가 이 사건 영업권에 관한 양도담보계약의 효력을 문제 삼기 시작한 것은 이 사건 계약상 거래종결일인 2015. 10. 14.에 가까운 2015년 9월 중순 무렵이다.

다. 위와 같은 여러 사정에 비추어보면, 원고가 주장하는 이 사건 영업권 양도담보계약의 효력에 관한 착오는 이 사건 계약 체결에 있어 동기의 착오에 불과하다. 그런데 원고가 피고와 사이에 이 사건 계약을 체결할 당시 이 사건 영업권 양도담보권이 유효하다는 점을 그 의사표시의 내용으로 삼았다고 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 원고가 이 사건 영업권 양도담보권의 효력을 알았더라면 이 사건 계약을 체결하지 않았을 정도로 이 사건 계약의 중요한 부분에 관하여 착오하였다고 보기도 어렵다. 따라서 원고가 착오를 이유로 이 사건 계약을 취소할 수 있음을 전제로 한 원고의 이 부분 주장 또한 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구 및 예비적 청구는 이유 없으므로 모두 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론이 같아 정당하므로, 원고의 항소를 기각한다.

재판장 판사 임성근, 판사 김구년, 판사 박효선

별지

양도자산의 표시

가. 대출채권명세서

- 차 주 : 주식회사
- 대출금액 : 기업시설자금대출 원금 12,929,000,000원 및 미수이자 전액
가계자금 원금 917,902원 및 미수이자 전액

나. 담보권 명세서

1. 부동산 담보신탁 우선수익권(우선수익권 금액 22,500,000,000원)
(부동산 소재지 : 제주도 의)
2. 근질권 설정계약 : (주 보통주 12,000주
(근질권 설정자 : (주)와이비홀딩스)
3. 양도담보계약
 - (주 영업권
 - (주 대여금(대여금 6,981,170,000원)
4. 연대보증인 : 주식회사 덕일(사업자등록번호 : 315-81-35526)
주식회사 스포츠서울(사업자등록번호 : 104-81-48945)
주식회사 와이비홀딩스(사업자등록번호 : 135-81-42343)
주식회사 제이제이(사업자등록번호 : 129-86-67121)
주식회사 신승건설(사업자등록번호 : 301-86-13983)
주식회사 HM산업(사업자등록번호 : 616-81-54732)