

서울고등법원 2017. 7. 12 선고 2016나2087870(본소), 2016나2087887(반소) 판결 [계약금 반환 등 청구의 소 · 설계비 청구]

재판경과

서울고등법원 2017. 7. 12 선고 2016나2087870(본소), 2016나2087887(반소) 판결
서울중앙지방법원 2016. 11. 25 선고 2015가합559276 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인 겸 항소인1. A

2. B

피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인주식회사 C

변론 종결 2017. 6. 21.

판결 선고 2017. 7. 12.

제1심판결 서울중앙지방법원 2016. 11. 25. 선고 2015가합559276(본소),
2015가합564957(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결 중 예비적 본소에 관한 피고(반소원고) 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고(반소피고)들의 예비적 본소 청구를 모두 기각한다.
2. 제1심판결 중 반소에 관하여 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다.

원고(반소피고)들은 연대하여 피고(반소원고)에게 200,000,000원 및 그 중 50,000,000원에 대하여는 2015. 4. 30.부터, 150,000,000원에 대하여는 2015. 7. 16.부터 각 2017. 7. 12.까지 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 원고(반소피고)들의 항소와 피고(반소원고)의 나머지 항소를 모두 기각한다.

4. 소송 총비용은 본소, 반소를 통틀어 원고(반소피고)들이 부담한다.

5. 제2항의 금원 지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

청구취지

가. 본소

1) 주위적 청구(매매계약 해제에 따른 계약금 반환청구, 위약금 청구)

피고(반소원고, 이하 피고라고만 한다)는 원고(반소피고, 이하 원고라고만 한다)들에게 각 400,000,000원 및 이에 대하여 2014. 10. 13.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2) 예비적 청구(매매계약 취소에 따른 계약금 반환청구)

피고는 원고들에게 각 200,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소

원고들은 연대하여 피고에게 200,000,000원 및 그 중 50,000,000원에 대하여는 2015. 4. 30.부터, 150,000,000원에 대하여는 2015. 7. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

항소취지

가. 원고들

제1심판결 중 본소에 관한 주위적 청구 부분을 취소한다. 피고는 원고들에게 각 400,000,000원 및 이에 대하여 2014. 10. 13.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소한다. 그 취소 부분 중 본소 취소 부분에 해당하는 원고의 예비적 본소 청구를 기각한다. 원고들은 연대하여 피고에게 200,000,000원 및 그 중 50,000,000원에 대하여는 2015. 4. 30.부터, 150,000,000원에 대하여는 2015. 7. 16.부터 각 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 매매계약의 체결과 그 경위

1) D 주식회사에 근무하던 E은 2013. 11.경 피고의 대표자인 P으로부터 피고가 소유하던 인천 중구 F 임야 3,259m²(이하 '이 사건 제1토지'라 한다), G 대 1,852m²(이하 '이 사건 제2토지'라 하고, 이 사건 제1토지와 제2토지를 모두 가리킬 때는 '이 사건 각 토지'라 한다)에 관한 매매의 중개를 부탁받고, 이를 광고하였다. 이에 따라 같은 D에 근무하던 H가 2014. 10.경 평소 호텔신축에 필요한 부지를 찾던 원고들에게 이 사건 각 토지를 소개하였다.

2) 원고 A의 남편 I, 원고 B의 남편 J은 H로부터 위와 같이 이 사건 각 토지를 소개받고, 2014. 10. 11. H, E과 함께 이 사건 각 토지를 방문한 후 그 인근에 있던 K 건축사사무소를 방문하였다. 그 자리에서 K 건축사사무소의 부소장인 L으로부터 이 사건 각 토지에 관하여 지상 8층의 규모, 용적률1) (이하 '용적률'은 이 사건 각 토지 면적 합계인 5,111.00m² 대비 용적률을 의미한다) 100%를 기준으로 호텔 신축이 가능하다는 얘기를 들었다.

3) J, I은 원고들을 대리하여 2014. 10. 13. 피고로부터 이 사건 각 토지를 30억 원에 매수하기로 하고(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다), 같은 날 계약금으로 4억 원, 2015. 5. 13. 잔금으로 26억 원을 지급하기로 하였다. 이에 따라 원고들은 2014. 10. 13. 피고에게 계약금 명목으로 4억 원을 지급하였다.

4) J, I은 이 사건 매매계약 당시 피고의 대표자인 P에게 호텔을 신축하기 위하여 이 사건 각 토지를 매수하는 목적임을 알리고, 이를 명확하게 하기 위하여 아래와 같은 내용의 특약사항을 계약 내용으로 명시하였다.

제13조(특약사항)

③ 피고와 원고들은 본건 부동산을 원고들이 호텔로 신축하기 위하여 취득하는 것임을 확인하고, 그에 따라 피고는 책임지고 원고들이 호텔을 신축하는데 필요한 주무관청 등의 인허가 등을 2015. 4.

13.까지 원고들의 명의로 득하여 원고들에게 교부한다. 단 설계와 모든 감리비용은 연면적 2,000평은 평당 15만 원에 진행하고, 그 이상 증축시 추가되는 설계비와 모든 감리비용은 원고들과 설계사가 협의하기로 한다.

④ 피고는 본건 부동산에 매도처분에 대한 회의가 있었음이 틀림이 없음을 확약하며 그에 따른 회의록을 잔금시 제출하고, 원고들은 이를 확인하고 매수한다.

⑤ 피고가 본건 부동산을 원고들이 매수하여 호텔로 신축하는 것임을 인지하고 매도하는 것이므로, 만일 본건 부동산에 대하여 원고들 명의로 2015. 4. 13.까지 신축인허가 등을 받지 못하는 경우 본건 매매계약은 당연히 취소되고, 그에 따라 피고는 원고들로부터 기지급받은 계약금을 원고들에게 조건 없이 반환 지급하기로 한다. 단 피고의 과실로 인하여 위 기일까지 호텔 신축허가를 받지 못하는 경우에는 그러하지 아니하고, 피고는 원고들로부터 기지급받은 계약금과 계약금의 배액을 즉시 원고들에게 지급하기로 한다.

나. 이 사건 최초 설계안 작성과 교부

1) 피고는 이 사건 매매계약의 내용에 따라 K 건축사사무소를 운영하던 건축사 L에게 호텔의 설계를 의뢰하였다.

2) K 건축사사무소의 공동운영자인 건축사 M은 위 의뢰에 따라 아래 내용과 같은 설계안을 작성하여(이하 '이 사건 최초 설계안'이라 함), 2014. 12. 11. J에게 이를 이메일로 보냈다.

[1안]

건축면적	884.97㎡	지하 3층	관광호텔/기계전기실	664.90㎡ (5객실)
연면적	7,447.81㎡	지하 2층	관광호텔/관리실	776.70㎡ (15객실)
용적률산정	5,106.65㎡	지하 1층	관광호텔	899.56㎡ (11객실)
건폐율	17.31% (884.97㎡ / 5,111.00㎡ × 100)	소계	2341.16㎡ (31객실)	
용적률	99.91% (5106.65㎡ / 5,111.00㎡ × 100)	지상 1층	관광호텔	884.97㎡ (9객실)
비고	본 도면은 계획도면이므로 실시 설계시 면적변경사항이 있음	지상 2층	관광호텔	739.10㎡ (11객실)
지상 3층	관광호텔	739.10㎡ (11객실)		
지상 4층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 5층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 6층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 7층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 8층	관광호텔	495.72㎡ (3객실)		
소계	5,106.65㎡ (78객실)			

[2안]

건축면적	884.97㎡	지하 3층	관광호텔/기계전기실	808.40㎡ (9객실)
연면적	7,591.31㎡	지하 2층	관광호텔/관리실	776.70㎡ (15객실)
용적률산정	5,106.65㎡	지하 1층	관광호텔	899.56㎡ (11객실)
건폐율	17.31% (884.97㎡ / 5,111.00㎡ × 100)	소계	2341.16㎡ (35객실)	
용적률	99.91% (5106.65㎡ / 5,111.00㎡ × 100)	지상 1층	관광호텔	884.97㎡ (9객실)
비고	본 도면은 계획도면이므로 실시 설계시 면적변경사항이 있음	지상 2층	관광호텔	739.10㎡ (11객실)
지상 3층	관광호텔	739.10㎡ (11객실)		
지상 4층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 5층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		

건축면적	884.97㎡	지하 3층	관광호텔/기계전기실	808.40㎡ (9객실)
지상 6층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 7층	관광호텔	561.94㎡ (11객실)		
지상 8층	관광호텔	495.72㎡ (3객실)		
소계	5,106.65㎡ (78객실)			

다. 이 사건 최초 설계안의 변경

1) 이 사건 최초 설계안의 용적률 99.91%는 이 사건 각 토지의 면적 합계 5,111.00㎡ 중 이 사건 제1토지의 면적인 3259.00㎡가 과반을 초과하므로 건축법 제54조에 따라 이 사건 제2토지(보전녹지 지역)에 대해서도 이 사건 제1토지(자연녹지지역)의 용적률인 100%가 적용됨을 전제로 한 것이다. 그런데 실제로 이 사건 제2토지 지역(보전녹지 지역)은 호텔신축이 불가능하여 건축법 제54조에 따른 이 사건 제1토지의 용적률의 적용을 받을 수 없고, 결국 용적률 산정의 기초가 되는 대지면적은 이 사건 제1토지의 면적인 3,259.00㎡²뿐이었다.

2) M은 2015. 2.경 이 사건 호텔허가를 위한 인천광역시 중구청 건축과 담당 직원과의 협의 과정에서 위와 같은 사실을 알게 되어 이 사건 최초 설계안을 아래와 같이 변경하여 설계안을 작성하였다(이하 위와 같이 변경된 설계안을 '이 사건 변경 설계안'이라 한다).

건축면적	929.33㎡ ²	주1동
		지하 4층
연면적	7,840.00㎡	지하 3층
용적률산정	3,414.08㎡	지하 2층
건폐율	18.25%(929.33㎡ / 5,092.0㎡ × 100)	지하 1층
용적률	67.05%(3,414.08㎡ / 5,092.0㎡ × 100)	소계
비고		지상 1층
지상 2층	관광호텔	424.45㎡(12객실)
지상 3층	관광호텔	424.45㎡(12객실)
지상 4층	관광호텔	424.45㎡(12객실)
지상 5층	관광호텔	424.45㎡(12객실)
지상 6층	관광호텔	424.45㎡(12객실)

건축면적	929.33m ²	주1동
지상 7층	관광호텔	424.45㎡(12객실)
소계	3,126.08㎡(72객실)	
		주2동
		지상 1층

라. 이 사건 호텔에 관한 허가 진행과정

- 1) M은 피고를 대리하여 2015. 3. 18. 인천광역시 중구 도시계획위원회에 이 사건 변경 설계안에 따라 심의상정을 요청하였고, 2015. 4. 29. 위 도시계획위원회로부터 진입도로 폭 추가확보를 조건으로 위 심의가 통과되었다는 내용을 통보받았다.
- 2) 이에 피고는 2015. 5.경 이 사건 각 토지에 인접한 인천 중구 N 토지의 소유자인 O로부터 위 토지 중 3m²에 관한 사용승낙을 받는 것을 조건으로, O에게 이 사건 제2토지 중 19㎡에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었다.
- 3) 피고는 2015. 6. 30. 인천광역시 중구청장에게 이 사건 변경 설계안에 따른 관광숙박업 사업계획승인 신청을 하였고, 2015. 7. 15. 위 중구청장으로부터 사업계획승인을 통보받았다.

마. 이 사건 설계비용 지급약정의 체결

한편, J은 원고들을 대리하여 2015. 4. 2. K 건축사사무소에서 피고와 아래와 같은 내용의 설계비용 지급약정을 하였다(이하 '이 사건 설계비용 지급약정'이라 한다).

○ 결제방법

1. 도시계획심의 완료시(2,000평 기준)
 - 1/2 (설계비 : 5,000만 원)
2. 건축허가 완료시
 - 1/2 (설계비 : 1억 5,000만 원)
3. 건축허가 완료 후 60일 이내 토지 잔금 처리 및 등기이전

4. 6개월 이내 설계변경 1회에 한하여 가능 (단 건축설계 외 용역비는 건축주 부담)

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9호증, 을 제1, 4, 17호증의 각 기재, 증인 E, M, L의 각 증언, 증인 I, H의 각 일부 증언, 이 법원의 인천광역시 중구청에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 본소 청구에 관한 판단

가. 원고들의 주장 요지

1) 주위적 청구 피고는 아래와 같이 이 사건 매매계약상 채무를 불이행하였다.

① 이 사건 매매계약 당시 피고는 2015. 4. 13.까지 건축허가를 받아주기로 약정하였는데도(제13조 제5항 단서), 피고는 위 기한까지 건축허가를 받지 못하였다(이하 '기한 미준수 채무불이행 주장'이라 한다).

② 이 사건 매매계약 당시 피고는 용적률 100%를 기준으로 이 사건 호텔에 관한 건축허가를 받아주기로 약정하였는데, 실제 이 사건 제2토지는 호텔신축이 불가능하여 용적률 산정의 기초가 되는 대지면적에서 제외되므로, 위와 같은 내용으로 건축허가를 받는 것이 불가능하다(이하 '용적률 미준수 채무불이행 주장'이라 한다).

③ 피고는 임의로 이 사건 매매계약의 목적물인 이 사건 제2토지 중 18㎡를 O에게 처분하였다(이하 '면적 부족 채무불이행 주장'이라 한다).

이에 원고들은 이 사건 매매계약서 제9조에 따라 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 매매계약을 해제하고, 피고가 지급 받은 계약금 4억 원 중 각 2억 원과 이 사건 매매계약서 제9조, 제13조 제5항 단서에서 정한 위약금 각 2억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

2) 예비적 청구 가) 사기를 이유로 한 취소

피고는 이 사건 각 토지 위에 용적률 100% 규모의 호텔 신축이 불가능하다는 사실을 잘 알고 있었음에도 이 사건 각 토지 위에 용적률 100% 규모의 호텔 신축이 가능한 것처럼 원고들을 기망하여 이 사건 매매계약을 체결하도록 하였고, 원고들은 2016. 10. 6.자 준비서면의 송달로서 이 사건 매매계약을 취소하였으므로, 피고는 원고들에게 원상회복으로 계약금 4억 원을 반환할 의무가 있다.

나) 착오를 이유로 한 취소

지상 8층, 용적률 100% 규모의 호텔 신축은 이 사건 매매계약의 중요 부분인데, 원고들은 피고 및 피고가 지정한 K 건축사사무소 소속 Q 등의 지상 8층, 용적률 100% 규모의 호텔 신축이 가능하다는 적극적인 권유 때문에 위와 같은 규모의 호텔 신축이 가능할 것으로 생각하여 이 사건 매매계약을 체결하였고, 원고들은 2016. 10. 6.자 준비서면의 송달로서 착오를 이유로 이 사건 매매계약을 취소하였으므로, 피고는 원고들에게 계약금 4억 원을 반환할 의무가 있다.

나. 주위적 청구에 관한 판단

1) 기한 미준수 채무불이행 주장에 대하여 가) 앞에서 본 기초사실에 의하면, 이 사건 매매계약 제13조 제3항 본문이 "피고와 원고들은 본건 부동산을 매수인 원고들이 호텔로 신축하기 위하여 취득하는 것임을 확인하고, 그에 따라 매도인 피고는 책임지고 원고들이 호텔을 신축하는데 필요한 주무관청 등의 인허가등을 2015. 4. 13.까지 원고들 명의로 득하여 원고들에게 교부한다."라고, 같은 조 제5항은 "피고는 본 건 부동산을 원고들이 매수하여 호텔로 신축하는 것임을 인지하고 매도하는 것이므로, 만일 본건 부동산에 대하여 원고들 명의로 2015. 4. 13.까지 신축인허가 등을 받지 못하는 경우 본건 매매계약은 당연히 취소되고, 그에 따라 피고는 원고들로부터 기 지급받은 계약금을 원고에게 조건 없이 반환 지급하기로 한다."라고 정하고 있는 사실, 피고가 2015. 4. 13.까지 위와 같은 신축인허가를 받지 못한 사실이 인정된다.

나) 그러나 위 2015. 4. 13.로부터 불과 11일 전인 2015. 4. 2. 원고들과 피고 사이에 이 사건 각 토지 위에 신축될 호텔 등과 관련하여 '원고들이 피고에게 도시계획심의 완료 시 5,000만 원, 건축허가 완료 시 1억 5,000만 원을 지급하고, 건축 허가 완료 후 60일 이내에 원고들이 이 사건 매매계약상 잔금을 지급하고, 피고가 소유권이전등기절차를 이행하기로 한다'는 내용의 이 사건 설계비용 지급약정이 체결된 사실 또한 인정할 수 있다.

여기에 을 제10, 11호증의 각 기재 및 증인 E, M, L의 각 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 매매계약상 원고들의 잔금 지급일은 2015. 5. 13.이었는데, 이 사건 설계비용 지급약정으로 잔금 지급일이 "건축허가 완료 후 60일 이내"로 변경된 점, ② 이 사건 설계비용 지급약정 당시 원고와 피고들이 불과 11일 만에 도시계획심의가 완료되고, 건축허가를 받을

수 있을 것이라고 예상하면서 위와 같은 약정을 체결하였다고 보기는 어려운 점, ③ 피고가 2015. 4. 13.까지 건축허가 등을 받지 못하였음에도, 원고들이 2015. 9. 14.경 이전에 피고가 2015. 4. 13.까지 건축허가 등을 받지 못하였음을 이유로 이의를 제기하였다는 사정을 찾아볼 수 없고, 오히려 원고들을 대리한 J은 이 사건 매매계약에 따른 잔금 마련을 위하여 은행대출을 알아보던 중 보다 용이하게 대출을 받기 위하여 2015. 9. 3.경 M에게 연면적을 800평으로 한 관광호텔 숙박시설 변경계획안을 작성하여 줄 것을 요청하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 원고들과 피고는 이 사건 설계비용 지급약정을 통하여 피고가 2015. 4. 13. 이후에라도 이 사건 호텔 신축에 관한 인허가를 받아내기로 하면서, 피고가 인허가를 받는 시점을 설계비 및 매매대금 잔금의 지급시기와 결부시키기로 하였다고 봄이 타당하므로, 이 사건 설계비용 지급약정에 따라 이 사건 매매계약에서 피고가 인허가를 받기로 한 기한(2015. 4. 13.)은 불확정기한으로 변경되었다.

다) 따라서 앞에서 인정한 사실만으로 이 사건 매매계약이 당연히 해제되었다거나 피고가 채무를 불이행한 것으로 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 용적률 미준수 채무불이행 주장에 관한 판단 가) 쟁점

원고들은 이 사건 매매계약 당시 피고가 용적률 100%를 기준으로 호텔신축에 필요한 인허가를 받아주기로 약정하였다고 주장하는 데 반해, 피고는 그와 같은 약정을 한 사실이 없다고 부인하므로, 아래에서는 먼저 피고가 용적률 100%를 기준으로 호텔 신축에 필요한 인허가를 받는 것이 이 사건 매매계약의 내용에 포함되는지 살펴본다.

나) 관련 법리

계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하며, 문언의 객관적인 의미와 달리 해석함으로써 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하게 되는 경우에는 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2012다64253 판결 등 참조).

다) 판단

(1) 앞에서 본 기초사실에 의하면, 처분문서인 이 사건 매매계약서에 원고들이 호텔을 신축하기 위하여 이 사건 매매계약을 체결한다는 사실, 피고가 원고들의 호텔 신축을 위한 인허가를 받아주기로 한 사실, 이 사건 매매계약 체결 이후인 2014. 12. 11. 피고의 의뢰를 받은 K 건축사사무소의 건축사 M이 원고들에게 용적률을 99.91%로 한 이 사건 최초 설계안을 이메일로 보낸 사실 등이 인정된다.

(2) 그러나 앞에서 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고가 용적률 100%를 기준으로 호텔 신축에 필요한 인허가를 받는 것이 이 사건 매매계약의 내용이 되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

① 원고들의 주장과 같이 원고들이 용적률을 100%로 한 호텔의 신축을 이 사건 매매계약의 내용으로 삼고자 하였고, 피고 역시 이에 동의하였다면 이 사건 매매계약서에 용적률 100%와 관련한 내용이 포함되는 것이 거래관행에 부합한다고 할 것인데, 이 사건 매매계약서에서는 그러한 기재를 찾아볼 수 없다(이 사건 매매계약서에는 연면적 2,000평을 기준으로 설계 및 감리비용을 정하는 내용만이 기재되어 있을 뿐이다).

② 호텔을 신축하는 경우 법이 허용하는 범위 내에서 용적률을 최대한 높이는 설계를 하려고 하는 것이 일반적이므로, 이 사건 최초 설계안이 용적률을 99.91%로 하여 작성되었다는 사정만으로는 이 사건 매매계약 당시 피고가 용적률 100%를 기준으로 이 사건 호텔에 관한 건축허가를 받아주기로 약정하였고 단정하기 어렵다.

③ 이 사건 최초 설계안도 기본 설계안에 불과할 뿐만 아니라 비고란에 실시 설계시 면적변경사항이 있다는 취지로 기재되어 있다.

④ 건축허가 등에 관한 원고들과 피고 사이의 추가적인 약정인 이 사건 설계비용 지급약정서에도 2,000평을 기준으로 도시계획심의를 받는다는 취지의 내용이 기재되어 있을 뿐, 용적률 100%에 관한 내용은 기재되어 있지 않다.

(3) 따라서 피고가 용적률 100%를 기준으로 호텔 신축에 필요한 인허가를 받는 것이 이 사건 매매계약의 내용임을 전제로 하는 원고들의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3) 면적 부족 채무불이행 주장에 관한 판단 가) 앞에서 본 기초사실에 의하면, 피고가 이 사건 매매계약의 목적물 중 일부인 이 사건 제2토지 중 19㎡를 O에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 그

부분이 이행불능된 점은 인정되고, 이처럼 계약 일부의 이행이 불능인 경우에는 이행이 가능한 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달할 수 없을 경우에만 계약 전부의 해제가 가능하다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다57817 판결 등).

나) 그러나 을 제3, 4, 5, 6호증의 각 기재 및 증인 M, L의 각 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고가 0에게 위와 같은 토지를 처분한 것은 호텔의 사업계획승인을 받기 위한 불가피한 조치였던 점, ② 피고는 그 처분의 대가로 0가 소유한 땅 일부에 대해 사용승낙을 받았고, 그 땅은 앞으로 이 사건 각 토지에 호텔이 신축될 경우 호텔의 진입로로 사용될 수 있으므로 위와 같은 처분이 반드시 원고들에게 불리하다고 단정할 수 없는 점, ③ 피고가 0에게 처분한 토지의 면적은 이 사건 각 토지의 전체 면적 대비 약 0.37%(19m²/5,111m²)에 불과한 점, ④ 피고가 0에게 처분한 토지는 호텔의 허가를 위해 필수 불가결한 부분은 아닌 점 등에 비추어, 앞에서 본 인정사실과 원고들이 제출하는 증거만으로 이 사건 제2토지 중 19m² 부분을 제외한 나머지 이 사건 각 토지 부분만으로 원고들이 호텔을 신축할 수 없다고 인정하기 부족하고, 결국 이행이 가능한 나머지 부분만의 이행으로 원고들이 이 사건 매매계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.

다) 따라서 원고들의 위 주장도 이유 없다.

다. 예비적 청구에 관한 판단

1) 사기를 이유로 한 취소 여부 피고의 대표자인 P이 이 사건 매매계약 당시 원고들에게 이 사건 각 토지 위에 용적률 100% 규모의 호텔을 지을 수 있다고 말하였다는 주장에 부합하는 증거로는 증인 I, H의 일부 증언이 있다.

그러나 증인 I의 일부 증언은 증인 I이 원고 A의 남편인 점에 비추어 원고들에게 유리한 증언을 할 여지가 많은 데다가 갑 제10호증(녹취서)의 기재2) 나 증인 E의 증언과도 배치되어 이를 그대로 믿기 어렵고, 증인 H의 일부 증언은 그 진술 내용이 막연할 뿐만 아니라 피고(엄밀하게는 피고의 대표자 P)한테서 직접 들었는지 여부에 대하여는 명확하게 진술하지 아니하는 점에 비추어 그대로 믿기 어려우며, 달리 원고들의 주장을 인정할 만한 증거도 없다.

무엇보다도 피고의 기망을 인정하기 위해서는 피고가 이 사건 매매계약 당시 이 사건 각 토지 위에

용적률 100% 규모의 호텔 신축이 불가능하였음을 알고 있었어야 하는데, 이를 인정할 만한 증거는 없다.

결국 원고들의 이 부분 주장을 인정할 만한 증거가 없으므로, 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2) 착오를 이유로 한 취소 여부 가) 관련 법리

동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요 부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 그 동기가 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되어야 함이 원칙이다(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결 참조).

다만 그 동기가 상대방에 의하여 유발되었거나, 상대방 측으로부터 제공된 경우라면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하지 않았어도 표의자는 동기의 착오를 이유로 법률행위를 취소할 수 있다고 보아야 한다(대법원 1978. 7. 11. 선고 78다719 판결 등 참조).

나) 취소권의 발생 여부

앞에서 본 바와 같이, 원고들은 이 사건 각 토지에 용적률 100%를 기준으로 호텔신축이 가능하다고 착각하여 이 사건 매매계약을 체결하였는데, 이는 이 사건 매매계약의 전제 또는 기초가 되는 사항을 착오한 것이므로 동기의 착오에 해당한다고 할 것이다.

그런데 앞에서 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고들이 이를 상대방인 피고에게 표시하여 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되었다거나 그 동기가 피고측으로부터 유발 내지 제공되었다고 인정하기에 부족하므로, 원고들은 동기의 착오를 이유로 이 사건 매매계약을 취소할 수 없다고 할 것이다.

① 원고들을 대리한 I, J은 피고의 대표자인 P에게 이 사건 각 토지 위에 호텔 신축을 위하여 토지를 매수한다는 이야기를 하였을 뿐, 용적률 100%의 호텔 신축은 원고들과 피고 사이에 논의되거나 계약의 조건으로 삼은 적이 없다.

이 사건 매매계약서에도 연면적 2,000평을 기준으로 설계 및 감리비용을 정하는 내용만이 기재되어 있고, 건축허가 등에 관한 원고들과 피고 사이의 추가적인 약정인 이 사건 설계비용 지급약정서에도 2,000평을 기준으로 도시계획심의를 받는다는 취지의 내용이 기재되어 있다.

원고들은 피고가 직접 이를 보장 내지 확인하였다고 주장하고, 그에 부합하는 증거로 증인 I, H의 일부 증언이 있으나, 이 부분 증언은 앞에서 본 바와 같이 믿기 어렵다.

② 용적률 100%의 호텔 신축 이야기는 원고들이 호텔 신축의 가능성 여부를 문의하기 위하여 방문한 K 건축사사무소에서 나온 이야기로 보이는데, 피고의 대표자인 P의 소개로 원고들이 K 건축사사무소를 방문하기는 하였지만, 당시 K 건축사사무소 소속 건축사들이 피고로부터 대리권 등 특정한 권한을 위임받아 위와 같이 말을 하였다고 보기도 어렵다.

더구나 이 자리에서 논의된 내용도 I, J이 K 건축사사무소 직원에게 호텔 신축의 가능 여부를 확인하는 과정에서 용적률 100%의 호텔 신축이 가능할 것 같다는 정도의 이야기였을 뿐, 확정적이거나 보장적인 내용은 아니었던 것으로 보인다.

③ 이 사건 매매계약 체결 당시 주된 관심은 이 사건 각 토지 위에서의 호텔 신축이 가능한지 여부였고, 그 규모나 건물 형태 등은 거의 논의되지 아니하였으며, 그에 따라 이 사건 매매계약에서도 구체적인 면적이나 건물 형태에 대한 확정 없이 일정 규모 이상의 호텔신축을 위한 인허가만을 피고의 채무로 명시하였다.

④ 원고들 또한 위와 같은 계약 체결 과정에 비추어 설계변경의 가능성은 어느 정도 예상하였을 것으로 보인다.

다) 추인 여부

이 사건 매매계약의 목적과 체결경위, 거래 관행상 용적률이 가지는 의미 등에 비추어 볼 때 일반인의 입장에서 이 사건 각 토지에 용적률 (원고들이 착오한 100%가 아닌) 약 67%를 기준으로 호텔신축이 가능하다는 점을 알았더라면, 이 사건 매매계약과 같은 조건으로 계약을 체결하지 않았을 것이 인정되고, 원고들이 위와 같이 착오를 하게 된 것이 피고가 알려준 K 건축사사무소에서 근무하는 L 등으로 인한 것이므로 피고측으로부터 제공되었거나 유발된 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 다음과 같이 취소할 수 있는 법률행위에 대한 추인이 있다고 할 것이어서, 원고들은 이 점에서도 이 사건 매매계약을 취소할 수 없다.

(1) 관련 법리

추인은 취소권의 포기를 내용으로 하는 의사표시이고(대법원 1988. 11. 27. 선고 98다7421 판결

참조), 취소권을 가지는 자가 취소원인이 종료한 후에 취소할 수 있는 행위임을 알고서 추인의 의사표시를 하거나 법정추인사유에 해당하는 행위를 행할 때에만 유효로 확정시키는 효력이 발생한다(대법원 1997. 5. 30. 선고 97다2986 판결 등 참조).

이러한 추인의 의사표시는 반드시 명시적일 필요는 없으며, 묵시적으로도 할 수 있다.

(2) 인정사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제10호증, 을 제3, 8, 9, 10, 12호증의 각 기재, 증인 I, M, H, E, L의 각 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

① M은 피고를 대리하여 2015. 3. 18. 인천광역시 중구 도시계획위원회에 이 사건 변경 설계안에 따라 심의상정을 요청하였고, 원고들을 대리한 J, I은 2015. 4. 2. 피고의 대표이사 P을 만난 자리에서 이 사건 변경 설계안에 따라(용적률 약 67% 기준) 도시계획위원회에 심의 상정 요청이 된 사실을 알게 되었다.

② M은 2015. 4. 29. 위 도시계획위원회로부터 진입도로 폭 추가확보를 조건으로 위 심의가 통과되었다는 내용을 통보받은 후 그 결과를 원고 측에 알렸다.

③ M은 2015. 6. 30. 인천광역시 중구청장에게 이 사건 변경 설계안에 따른 관광숙박업 사업계획승인 신청을 하였고, 2015. 7. 14. 위 중구청장으로부터 사업계획승인을, 2015. 7. 15. 이 사건 설계 변경안에 대한 건축허가를 각각 통보받은 후 역시 이를 모두 원고 측에 알렸다.

④ 원고들은 2015. 9. 3.경 M에게 대출받는 데 필요하다며 이 사건 변경 설계안을 기초로 연면적을 800평으로 한 관광호텔 숙박시설 변경계획안을 작성하여 달라고 요청하였고, 그 다음날 M으로부터 변경계획안을 받은 뒤 고맙다는 내용의 문자메시지를 보냈다.

⑤ 원고들은 새로운 매수인을 구하면 그 매수인 앞으로(단독 매수인인 경우) 또는 매수인을 추가하여(원고들과 공동 매수인인 경우) 매매계약서를 다시 작성하자는 제안을 피고에게 하였고, 피고로부터 동의를 받았다.

⑥ 피고는 그 과정에서 E이나 H를 통하여 원고들에게 매매잔대금의 지급날짜를 여러 차례 확인하였고, 매매대금의 지급을 앞당겨달라고 요구까지 하였으나, 원고들은 이에 대하여 잔금을 마련하고 있다는 말을 할 뿐 허가된 용적률이나 건축설계에 대하여는 아무런 이의를 제기하지 않았다.

⑦ 원고들은 이 사건 설계비용 지급약정에서 정한 잔금지급일을 4일 정도 앞두고 중개인인 H를 통하여 피고에게 계약을 해제하겠다는 통지를 하였고, 2015. 9. 14.경 피고가 당초 약정한 기한까지 건축허가를 득하지 못하고 제시한 8층 규모의 호텔신축도 이루어지지 않았다는 이유를 들어 계약을 해제한다는 통지를 문서로 하였다.

(3) 판단

위 인정사실에 의하면, 원고들은, 늦어도 피고의 대표자 P, 중개인 H, E, K 건축사사무소 소속 M, L을 만난 2015. 4. 2.경에는 원고들이 원하는 지상 8층, 용적률 100%의 호텔 신축이 어렵다는 것을 알았다고 보임에도 이 사건 변경 설계안에 따른 호텔 신축을 승인하고 그에 따른 관광숙박업 사업계획승인과 건축허가 내용을 2015. 7. 15.경 송달받고도 이 사건 매매계약의 해제를 주장하기 전인 2015. 9. 14.경까지는 아무런 이의를 제기하지 않았는바, 호텔신축을 위한 주무관청의 인허가 취득은 이 사건 매매계약상 피고의 채무이고, 민법 제145조 제1호의 법정추인 사유인 '일부의 이행'은 취소권자가 상대방에게 취소할 수 있는 법률행위로부터 생긴 채무를 일부 이행한 경우뿐 아니라, 상대방으로부터 위 행위로부터 생긴 채무의 이행을 수령한 경우도 포함하므로, 원고들이 위와 같이 피고의 관광숙박업 사업계획승인과 건축허가를 득한 내용을 전달받고도 아무런 이의를 제기하지 않은 경우 민법 제145조 제1호에서 말하는 법정추인 사유인 '일부의 이행'에 해당한다고 할 것이다.

설령 위와 같은 사유가 법정추인 사유에 해당하지 않는다고 하더라도, 위 인정사실에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고들은 착오에 의한 취소원인이 종료한 이후에 묵시적인 의사표시에 의하여 추인하였다고 할 것이다. 따라서 원고들은 민법 제143조 제1항에 의하여 이 사건 매매계약을 취소할 수 없다.

① 원고들은 2015. 4. 2.경 M이 위와 같이 이 사건 변경 설계안에 따라 사업계획승인 신청을 하였고, 그에 따라 2015. 7. 14.경 사업계획승인이 이루어진 사실을 알고 있었음에도, 2015. 9. 14.경까지 이를 지적하며 피고에게 이의를 제기한 사실이 없을 뿐만 아니라, J은 이 사건 매매계약에 따른 잔금 마련을 위하여 은행대출을 알아보던 중 보다 용이하게 대출을 받기 위하여 2015. 9. 3.경 M에게 이 사건 변경 설계안을 기초로 연면적을 800평으로 한 관광호텔 숙박시설 변경계획안을 작성하여

달라고 요청하기까지 하였다.

② 이 사건 설계비용 지급약정서는 2015. 4. 2. K 건축사사무소에서 작성되었고, 당일 원고들의 대리인 J, I은 이 사건 최초 설계안이 아닌 이 사건 변경 설계안으로 건축심의를 신청하였음과 설계를 변경하는 것이 불가피하다는 설명을 듣고 심하게 항의하였으며, 이 사건 매매계약서 제13조 제5항 등에 의하면 원고들은 위와 같은 사유만으로도 이 사건 매매계약을 해제할 수 있었다.

그런데도 원고들은 이 사건 설계비용 지급약정서를 회수하거나 이 사건 매매계약을 해제하려는 조치를 전혀 취하지 않고, 오히려 피고의 건축인허가에 맞춰 원고들의 채무를 이행하기 위한 노력을 하였던 점, 원고들은 필요에 의하여 피고와의 대화 내용을 녹음하였는데, 위 녹음 내용에는 원고들의 대리인 J과 피고의 대표자 P이 용적률 문제 등으로 언성을 높이는 부분만이 있을 뿐 이후 건축인허가 등에 대하여 어떻게 하기로 하였는지에 대한 부분은 녹음되어 있지 않은 점, 원고들을 대리한 J이 P과 용적률 등에 대하여 합의를 하지 않았다면 그 이후 피고가 일방적으로 인허가 사업을 추진하지는 못하였을 것으로 보이고, 원고들 역시 사업계획승인이나 건축허가 내용에 대하여 곧바로 이의를 제기하는 것이 경험칙에 부합한다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 2015. 4. 2. K 건축사사무소에서 원고들의 대리인 J, I과 피고의 대표자 P이 만난 자리에서, 원고들과 피고 사이에 어떠한 내용의 합의가 있었을 것으로 보이고, 그 합의 내용은 원고들 역시 현 상태에서는 이 사건 최초 설계안으로 사업추진이 어렵다는 것을 용인하는 내용일 수밖에 없다(2015. 4. 2. K 건축사사무소에 동석한 증인 I, H는 J과 P 사이에 언쟁이 있었음에도 그 이후 어떻게 하기로 하였는지는 듣지 못하였다고 진술하고 있는바, 경험칙상 그 진술을 그대로 받아들이기 어렵고, 원고들의 주장에도 부합하지 않는다).

③ 원고들은 이 사건 변경 설계안에 대한 설계비 지급약정인 이 사건 설계비용 지급약정을 체결하였을 뿐만 아니라, 이 사건 변경 설계안에 따라 관광숙박업 사업계획승인이 나고 건축허가를 받았음에도 이에 대한 이의를 제기하지 않고 이 사건 매매계약에 따른 잔금을 지급하기 위하여 대출을 추진하거나 새로운 매수인을 영입하고자 하였다(원고들은 원만하게 문제를 해결하고자 위와 같이 노력한 것이라고 주장하나, 경험칙상 수긍하기 어렵다).

라) 소결론

결국 원고들의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

3. 반소 청구에 관한 판단

가. 피고의 주장

이 사건 설계비용 지급약정은 설계업무의 위임을 내용으로 하는 일종의 위임계약으로서 이 사건 매매계약과는 별개의 약정이고, 피고는 이 사건 설계비용 지급약정에 따라 설계업무를 완성하여 건축허가까지 받았으므로, 원고들은 상사채무자로서 연대하여 피고에게 이 사건 설계비용 지급약정에서 정한 설계비를 지급할 의무가 있다.

설령 이 사건 설계비용 지급약정이 이 사건 매매계약을 전제로 설계비용의 지급시기를 정한 것에 불과하여 이 사건 매매계약이 해제되면 당연히 이 사건 설계비용 지급약정도 같이 해제된다고 하더라도, 이 사건 매매계약은 원고들의 채무불이행을 이유로 해제되었으므로, 원고들은 이 사건 설계비용 지급약정 해제에 따른 손해를 배상할 의무가 있고, 그 손해액은 이 사건 설계비용 지급약정이 유효할 경우 피고가 취득하였을 설계비 상당액이다.

나. 판단

1) 갑 제2호증, 을 제1, 10호증의 각 기재 및 증인 L의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 이 사건 매매계약 당시 설계비용 3억 원(연면적 2,000평 기준)은 원고들이 부담하기로 정한 사실, 그 이후 이 사건 설계비용 지급약정이 작성되었는데, 위 약정에서는 설계비용 2억 원 중 5,000만 원은 도시계획심의가 완료된 때, 1억 5,000만 원은 건축허가가 완료된 때 각각 지급하기로 정한 사실, 2015. 4. 29. 이 사건 변경 설계안에 따라 도시계획심의가 완료된 사실, 같은 내용으로 2015. 7. 14. 사업계획승인, 2015. 7. 15. 건축허가가 각 완료된 사실, 피고는 2016. 7. 27.까지 K 건축사사무소에 설계비용 명목으로 3억 2,500만 원을 지급한 사실을 인정할 수 있다.

2) 이 사건 설계비용 지급약정과 이 사건 매매계약의 관계에 대하여 살피건대, ① 원고들은 이 사건 각 토지 위에 호텔을 신축하여 호텔영업을 하고자 이 사건 매매계약을 체결하였고, 호텔을 신축하는 일은 원고들의 업무라고 할 것인데, 다만 이 사건 매매계약이 호텔 신축이 가능함을 전제로 체결되었기 때문에 호텔 신축을 위한 사업계획승인과 건축허가를 피고가 취득하되, 그 중 설계 비용 2억 원은 원고들이 부담하기로 하여 이 사건 설계비용 지급약정이 체결된 것으로 보이는 점, ② 위 2억 원은 피고에게 최종적으로 귀속될 금원이 아니라 해당 건축설계를 담당한 건축사에게 지급될 금원인 점, ③ 설계계약은 일종의 도급계약으로서 그 채무의 이행이 건축사와 같은 해당 전문가에 의하여 이루어지므로 그 이행 주체나 채무의 내용이 부동산 매매계약의 채무내용과 일치하지 않는 점, ④

피고 역시 설계 용역을 K 건축사사무소에 위임한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 설계비용 지급약정은 이 사건 매매계약과는 별개의 약정이라 할 것이고, 이 사건 설계비용 지급약정에 고유한 해제나 취소 사유가 없다면 그 효력을 부정할 수 없다.

그리고 원고들은 호텔 영업을 위하여 위와 같은 계약을 체결하였고, 이는 상행위가 되는 행위로 인한 채무라고 할 것이므로, 상법 제57조 제1항에 의하여 연대하여 피고에게 2억 원 및 그 중 5,000만 원에 대하여는 이 사건 설계비용 지급약정에 따라 도시계획심의가 완료된 다음날인 2015. 4.

30.부터, 1억 5,000만 원에 대하여는 건축허가가 완료된 다음날인 2015. 7. 16.부터 각 원고들이 이행의무의 존재 여부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결선고일인 2017. 7. 12.까지 상법이 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3) 이에 대하여 원고들은 이 사건 매매계약이 해제 또는 취소되었으므로 이 사건 설계비용 지급약정 역시 그 효력을 상실하였다고 주장하나, 이 사건 매매계약이 해제 또는 취소되었다고 볼 수 없음은 앞에서 본 바와 같으므로, 원고들의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다(원고들의 주장과 같이 이 사건 설계비용 지급약정이 이 사건 매매계약의 유효함을 전제로 한다고 하더라도 위와 같이 이 사건 매매계약이 해제되었거나 취소되었음을 인정할 수 없으므로, 이 점에서도 이 사건 설계비용 지급약정에 기한 청구를 거부할 사유가 되지 아니한다).

4. 결론

그렇다면, 원고들의 주위적 본소 청구 및 예비적 본소 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 피고의 반소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하며, 나머지 반소 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 제1심판결 중 예비적 본소에 관한 피고 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 예비적 본소 청구를 모두 기각하며, 위에서 지급을 명한 반소에 관한 피고 패소 부분을 취소하여 원고들에게 위 금액의 지급을 명하고, 원고들의 주위적 본소 청구에 관한 항소와 피고의 반소에 관한 나머지 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박형남

판사이정희

판사이민영

1) 대지 내 건축물의 건축 바닥 면적을 모두 합한 면적(연면적, 다만 지하층·지상 주차장으로 사용하는 면적은 제외함)의 대지 면적에 대한 백분율을 의미한다.

2) 원고들이 P과의 2015. 4. 2. 대화를 녹음하여 녹취한 내용에 의하더라도, P은 2015. 4. 2.

J으로부터 이야기를 듣기 전까지는 용적률 100%를 기준으로 호텔 신축을 하여야 한다는 점에 대하여 모르고 있었던 것으로 보인다.