

서울고등법원 2022. 2. 24 선고 2020나2037780 판결 [소유권이전등기말소 등]

재판경과

대법원 2023. 4. 13 선고 2022다226999 판결

서울고등법원 2022. 2. 24 선고 2020나2037780 판결

서울중앙지방법원 2020. 9. 24 선고 2019가합526809 판결

전문

원고, 항소인주식회사 A

소송대리인 법무법인 문장

담당변호사 차민철, 조성환

피고, 피항소인1. B

2. C

3. D 주식회사

4. 주식회사 E

피고들 소송대리인 법무법인 세하

담당변호사 권성민

변론 종결2022. 1. 11.

판결 선고2022. 2. 24.

제1심판결서울중앙지방법원 2020. 9. 24. 선고 2019가합526809 판결

주 문

1. 이 법원에서 추가된 예비적 청구에 따라,
피고 B, C는 원고에게 각 4,770,909,735원 및 이에 대한 2021. 11. 30.부터 2022. 2. 24.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 피고들에 대한 항소를 각 기각한다.
3. 원고의 피고 B, C에 대한 나머지 예비적 청구를 각 기각한다.
4. 소송총비용 중 원고와 피고 B, C 사이에 생긴 부분은 그중 50%는 원고가, 나머지는 위 피고들이 각 부담하고, 원고와 피고 D 주식회사, 주식회사 E 사이에 생긴 항소비용은 원고가 부담한다.
5. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

청구취지

1. 주위적 청구취지

제1심판결 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여,

가. 피고 B, C에게,

1) 피고 D 주식회사(이하 '피고 D'라 한다)는 서울중앙지방법원 2019. 2. 21. 접수 제24714호로 마친 소유권이전등기의,

2) 피고 주식회사 E(이하 '피고 E'이라 한다)은 같은 법원 2019. 2. 21. 접수 제24716호로 마친 소유권이전등기의

각 말소등기절차를 이행하고,

나. 피고 B, C는 원고에게 2018. 3. 23. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

2. 예비적 청구취지

피고 B, C는 연대하여 원고에게 9,541,819,470원 및 이에 대한 2019. 2. 22.부터 2021. 11. 24.자

이 사건 청구취지 및 청구원인변경신청서부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 피고 B, C에 대한 예비적 청구를 추가하였다).

항소취지

제1심판결을 취소한다. 주위적 청구취지와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 제1심판결의 해당 부분(제3면 2행 내지 제8면 5행) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

2. 피고 B, C에 대한 청구에 관한 판단

가. 주위적 청구(소유권이전등기청구)에 관한 판단

1) 청구원인에 관한 판단 위 인정사실에 의하면, 피고 B, C는 특별한 사정이 없는 한, 원고에게 M구역 중 각 1/2 지분에 관하여 2018. 3. 23. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 해제항변에 관한 판단 가) 이행지체에 따른 해제

(1) 피고 B, C의 주장

원고는 이 사건 매매계약상 잔금을 지급하지 아니하였는바, 이는 이행지체에 해당하고, 피고 B, C는 원고에게 '잔금을 2018. 11. 9.까지 지급하지 않으면 이 사건 매매계약을 해제한다'는 내용증명을 발송하였으므로, 이 사건 매매계약은 원고의 잔금 지급의무 지체로 해제되었다.

(2) 인정사실

을 제8 내지 10호증의 각 기재에 의하면, ① 피고 B, C는 2018. 10. 26. 원고에게 '2018. 11.

9.까지, ㉠ 1차 잔금 40억 원 및 2차 잔금 11억 5,000만 원, 합계 51억 5,000만 원을 지급하고, ㉡ K, L, Y, AK 명의의 동의서를 제출할 것을 최고하면서, 잔금 합계 51억 5,000만 원의 지급과 동시이행의 관계에 있는 M구역에 관한 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비해 놓았으므로, 2018.

11. 9.까지 잔금 51억 5,000만 원의 지급과 위 동의서 제출을 이행하지 않을 경우 이 사건 매매계약을 해제하겠다'는 내용의 내용증명을 보낸 사실, ㉢ 피고 B, C는 2018. 10. 31. 원고에게 '원고가 2018. 11. 9.까지 잔금 51억 5,000만 원을 지급하면 서울중앙지방법원 2018카합21086 가처분취소 결정에서 정한 공탁금 10억 원을 공탁하고, 같은 법원 2018카합20311 부동산처분금지가처분 집행을 해제하겠다'는 내용의 내용증명을 보낸 사실, ㉣ 피고 B, C는 2018. 11. 22. 원고에게 '원고의 잔금 51억 5,000만 원의 미지급 및 위 동의서 미제출을 이유로 이 사건 매매계약을 해제한다'는 내용의 내용증명을 보낸 사실을 인정할 수 있다.

(3) 원고의 채무 및 이행기 도래 여부

(가) 1차 잔금 40억 원 부분

위 인정사실에 의하면, 원고와 피고 B, C는 이 사건 매매계약을 체결하면서 1차 잔금 40억 원의 지급시기를 'M구역 또는 M구역 수익권에 대한 소유권이전 완료 시'로 정하였는바(제2조 제1항), 이는 양 채무가 서로 동시이행의 관계에 있음을 규정한 것에 지나지 아니하므로, '채무에 이행기의 정함이 없는 경우'에 해당하고, 이러한 경우 채무자는 그 이행의 청구를 받은 다음 날부터 이행지체의 책임을 지므로(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다29557 판결 등 참조, 민법 제387조 제2항), 이행지체와 관련한 원고의 1차 잔금 40억 원의 이행기는 피고 B, C가 이행을 청구한 날 이후로서 내용증명에서 구체적으로 지정한 2018. 11. 9. 도래하였다.

(나) 2차 잔금 11억 5,000만 원 부분

위 인정사실에 의하면, 원고와 피고 B, C는 이 사건 매매계약을 체결하면서 2차 잔금 11억 5,000만 원의 지급시기를 '본건 대출약정에 따른 원리금 상환 이후 분양수익으로 잔금지급이 가능한 시점'으로 정하였는바(제2조 제1항), 이는 불확정기한을 이행기로 정한 합의로 보아야 할 것이고, 이러한 경우 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 이행지체의 책임을 지므로(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다77699 판결 참조, 민법 제387조 제1항), 피고 B, C가 이행을 요구한 2018. 11. 9.에

'대출약정에 따른 원리금 상환이 이루어졌고, 분양수익이 11억 5,000만 원 이상 발생하였다'는 점에 관하여 아무런 주장, 입증이 없는 이상, 원고의 2차 잔금 11억 5,000만 원의 이행기가 2018. 11. 9.에 도래하였다고 볼 수 없고, 원고가 이행기 도래를 알았다고 볼 수도 없다.

(다) K, L, Y, AK 명의의 동의서 부분

이 사건 매매계약서(갑 제3호증)에는 원고의 의무로서 K, L, Y, AK 명의의 동의서 제출을 요구하는 내용이 전혀 기재되어 있지 아니한바, 피고 B, C가 제출한 증거들만으로는 원고에게 위와 같은 동의서를 제출할 의무가 있음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(4) 적법한 이행최고 여부

(가) 관련 법리

채권자의 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고 과다한 최고를 한 것으로서 과다하게 최고한 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지라면, 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다고 할 것이나, 그 과다한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하고 이러한 최고에 터 잡은 계약의 해제는 그 효력이 없다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다13083 판결 등 참조).

(나) 1차 잔금 40억 원 부분

앞서 든 증거들, 갑 제7, 14, 33호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고 B, C는 2018. 7. 18. 원고, L에게 아래 내용과 같은 확약서(이하 '이 사건 확약서'라 한다. 갑 제7호증)를 작성하여 주었다.

이 사건 확약서

수신: L 및 원고

1. L는 피고 B, C가 우선 부담해야 하는 비용 및 지출 금액인 이 사건 상가의 명도업무 및 그 과정에서 발생한 분쟁 해결 비용 [중략] 등의 명목으로 2018. 7. 16.자 기준 지급확정금액

848,819,470원(VAT 등 관련 세금 별도)과 해당 업무 완료시점까지 추가 발생할 비용금액 일체, 이

사건 상가와 관련된 각종 지출금액 등을 피고 B, C에게 대여하고, 이를 각 당사자들에게 대리지급하기로 한 사실이 있는바, 피고 B, C는 L에게 동 금액에 대한 채무 부담 및 상황을 확약한다.

2. 원고가 이 사건 매매계약에 따라 1차 잔금 40억 원을 피고 B, C에게 지급함에 있어 피고 B, C의 L에 대한 위 채무 부담금액을 우선 공제한 후 지급하거나, L, 원고의 피고 B, C에 대한 기타 지급 채무와 상계처리하기로 하며, 피고 B, C는 위 L의 대리지급을 위 1차 잔금 및 기타 채무의 지급으로 갈음 처리함에 있어 일체 이의를 제기하지 않기로 확약한다.

② L는 2018. 10. 11. 피고 B, C에게 '피고 B, C가 L에게 이 사건 상가의 명도업무 수수료로 14억 5,000만 원을 지급해야 하며, 그중 L가 대신 지급한 명도 관련 비용 8억 5,000만 원을 2018. 7. 18. L가 피고 B, C에게 지급해야 할 이 사건 상가 관련 1차 잔금 지급으로 갈음처리할 것을 확약하면서 상환하였으므로, 나머지 6억 원을 지급할 것을 최고한다'는 취지의 내용증명을 발송하였다.

③ 원고는 피고 B, C로부터 2018. 10. 26. 및 2018. 10. 31. 발송된 내용증명을 받고서 2018. 11. 7. 피고 B, C에게 '피고 B, C가 이 사건 확약서를 L 및 원고에게 작성해주었으므로, 1차 잔금 액수는 848,819,470원만큼 감액되어야 한다'는 내용의 답변서를 발송하였고, 그 무렵 위 답변서가 피고 B, C에게 도달되었다.

위 인정사실에 의하면, 피고 B, C는 이 사건 확약서로써 원고에게 L가 지출한 848,819,470원을 1차 잔금 40억 원에서 공제할 수 있는 권한을 부여하였는바, 원고가 2018. 11. 7. 피고 B, C에게 1차 잔금이 848,819,470원만큼 감액되었다는 내용의 답변서를 발송함으로써 공제의 의사표시를 하였으므로, 이로써 1차 잔금은 3,151,180,530원(= 40억 원 - 848,819,470원)으로 감액되었다. 원고는 2018. 7. 18. 1차 잔금이 위와 같이 감액되었다는 취지로 주장하나, 이 사건 확약서에서 ① 원고가 1차 잔금에서 공제할 권한, ② 원고가 원고의 피고 B, C에 대한 기타 채무와 상계할 권한, ③ L가 L의 피고 B, C에 대한 기타 채무와 상계할 권한을 선택적으로 부여한 점에 비추어 보면, 원고나 L가 공제 또는 상계할 권한을 별도로 행사하지 아니한 이상, 위 848,819,470원이 당연히 1차 잔금에서 공제되는 것은 아니고, L가 2018. 10. 11. 자신의 채무와 상계할 권한을 포기하였다 하더라도 원고에게는 여전히 1차 잔금에서 공제할 권한과 기타 채무와 상계할 권한이 남아 있으므로, 공제의 효력이 발생하지 않는 것은 마찬가지라고 할 것이므로, 이와 다른 전제에선 원고의 위 주장은

이유 없다.

따라서 피고 B, C가 2018. 10. 26. 및 2018. 10. 31. 1차 잔금으로 40억 원의 지급을 최고한 것을 과다 최고한 것으로 볼 수는 없다(다만 원고가 그와 같은 최고를 받은 이후인 2018. 11. 7.경 1차 잔금 40억 원 지급의무 중 848,819,470원만큼을 이행하였을 뿐이다).

(다) 2차 잔금 11억 5,000만 원 부분

앞서 살펴본 바와 같이 원고의 2차 잔금 11억 5,000만 원의 이행기가 2018. 11. 9.에 도래하였다고 볼 수 없는바, 피고 B, C가 이 사건 매매계약서에 명시적으로 기재된 내용과 달리 위 2차 잔금 11억 5,000만 원의 지급의무를 M구역에 관한 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있다고 주장하면서 1차 잔금과 함께 이행할 것을 최고한 점에 비추어 보면, 피고 B, C의 최고는 그 과다한 정도가 현저하고 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에 해당하므로, 최고로서 부적법하다.

(라) K, L, Y, AK 명의의 동의서 부분

앞서 살펴본 바와 같이 원고에게 K, L, Y, AK 명의의 동의서를 제출할 의무가 있다고 볼 수 없는바, 피고 B, C의 최고는 위 동의서를 제출하지 아니하면 1차 잔금을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에 해당하므로, 이 점에서도 최고로서 부적법하다.

(마) 소결

따라서 2018. 10. 26. 및 2018. 10. 31. 최고에 터 잡은 피고 B, C의 2018. 11. 22. 이 사건 매매계약의 해제는 그 효력이 없다.

(5) 피고 B, C의 자기채무 이행 또는 이행제공 여부

(가) 관련 법리

부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이고, 이 경우 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기의무를 지는 것이므로 매매목적 부동산에 가압류등기 등이 되어 있는 경우에는 매도인은 이와 같은 등기도 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 하는 것이고, 따라서 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약에 있어서는 매도인의 소유권이전등기

의무와 아울러 가압류등기의 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계에 있다고 할 것이다(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다8533 판결 등 참조).

동시이행의 관계에 있는 쌍무계약에 있어서 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려고 하는 자는 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행을 제공하여야 하고, 그 채무를 이행함에 있어 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고, 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야만 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있다(대법원 1994. 10. 11. 선고 94다24565 판결 등 참조).

동시이행관계에 있는 의무자의 일방이 상대방의 이행지체를 이유로 한 해제권을 적법하게 취득하기 위하여는 이행청구에 표시된 이행기가 "일정한 기간 내"로 정하여진 경우라면 이행을 청구한 자가 원칙으로 그 기간 중 이행제공을 계속하여야 할 것이고, "일정한 일시"등과 같이 기일로 정하여진 경우에는 그 기일에 이행제공이 있어야 한다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28549 판결 참조).

(나) 인정사실

앞서 든 각 증거들, 갑 제20, 26 내지 28, 40호증, 을 제51 내지 53호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

① K은 2017. 7. 21. X에 이 사건 상가 매수업무 및 이를 분양하는 업무를 위임하고, 그 대가로 용역수수료 30억 원을 지급하기로 약정하였는데(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다), K이 2018. 2. 5. 피고 B, C에게 매수인의 지위를 이전하자 X은 2018. 2. 28. K에 대한 금전채권자로서 사해행위취소로 인한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하여 피고 B, C로부터 이 사건 상가에 관하여 소유권이전등기를 경료받은 P을 상대로 서울중앙지방법원 2018카합20311호로 부동산처분금지가처분을 신청하였고, 위 법원은 2018. 3. 23. 이 사건 상가에 관하여 처분금지가처분결정을 하였으며, 같은 날 이 사건 상가에 관하여 가처분등기가 마쳐졌다(이하 '이 사건 가처분결정', '이 사건 가처분등기'라고 한다).

② P이 X을 상대로 제기한 서울중앙지방법원 2018카합21086 가처분취소사건에서, 위 법원이 2018. 9. 13. 10억 원을 공탁하는 것을 조건으로 이 사건 가처분결정을 취소한다는 결정을 하였으나, P은 정해진 기간(위 결정을 고지받은 날로부터 30일) 내에 10억 원을 공탁하지

아니하였다.

③ P은 이 사건 가처분결정에 대한 인가결정(서울중앙지방법원 2018. 5. 14.자 2018카합20532 결정)에 대하여 서울고등법원 2018라20703호로 즉시항고하였고, 위 법원은 2018. 11. 1. 이 사건 가처분결정을 취소하고, X의 가처분신청을 기각하는 결정을 하였으며, 위 결정은 2018. 11. 14. 확정되었다.

④ 그러나 이 사건 가처분결정의 목적물 중 이 사건 상가 AL호에 마쳐진 이 사건 가처분등기는 2018. 11. 9. 일부해제를 원인으로 2018. 11. 16. 말소되었고(갑 제5호증), 이 사건 매매계약의 목적물인 M구역에 관한 이 사건 가처분등기는 2018. 12. 17. 일부해제를 원인으로 2019. 1. 9.에 이르러서야 말소되었다(갑 제6호증의 1 내지 10).

(다) M구역에 관한 이 사건 가처분등기 말소의무 부분

위 인정사실에 의하면, 원고의 1차 잔금 3,151,180,530원 지급의무와 피고 B, C의 M구역에 관한 이 사건 가처분등기 말소의무는 동시이행의 관계에 있고, 피고 B, C는 원고에게 2018. 11. 9.까지 1차 잔금의 지급을 요구하였으므로, 피고 B, C가 원고의 1차 잔금 이행지체를 이유로 해제권을 취득하기 위해서는 2018. 11. 9.에 M구역에 관한 이 사건 가처분등기 말소의무의 이행제공을 하여야 한다.

그러나 M구역에 관한 이 사건 가처분등기는 2019. 1. 9.에 이르러서야 말소되었을 뿐이므로, 2018. 11. 9.에 M구역에 관한 이 사건 가처분등기 말소에 관하여 이행의 제공을 다하지 못한 피고 B, C로서는 원고의 1차 잔금 3,151,180,530원의 지체를 이유로 이 사건 매매계약을 해제할 수 없다. 이에 대하여 피고 B, C는 원고가 M구역에 관한 이 사건 가처분등기 말소 없이도 잔금을 지급하기로 약정하였다는 취지로 주장하는바, 갑 제1호증의 3의 기재에 의하면, 이 사건 가처분등기가 마쳐진 2018. 3. 23. 당일에 체결된 이 사건 변경합의서에 'L가 M구역 매수권리자로 K를 지정한 것을 취소하고 피고 B, C로부터 직접 M구역 또는 M구역 수익권을 매수하는 것과 관련하여, 피고 B, C에게 변호사 선임 수수료 등 법무비용 및 손해가 발생하는 경우, 원고가 이를 보전하기로 한다'는 조항(제3조 제1항)이 포함되어 있는 사실이 인정되나, X이 이 사건 가처분을 신청하면서 사해행위라고 주장한 것은 2018. 3. 23.자 이 사건 변경합의나 이 사건 매매계약이 아니라 2018. 2.

5.자 이 사건 기초합의서에 따라 K이 피고 B, C에게 매수인의 지위를 이전한 행위이므로, 이 사건 가처분등기가 마쳐진 것과 위 조항은 아무런 관련이 없고, 관련이 있다 하더라도 원고가 책임지기로 한 것은 법무비용 기타 손해보전 비용일 뿐인 점 등에 비추어 보면, 을 제35호증 등 피고 B, C가 제출한 증거들만으로는 원고가 이 사건 가처분등기가 마쳐진 사실을 알고도 이를 용인한 상태에서 이 사건 매매계약을 체결하였다거나 M구역에 관한 이 사건 가처분등기 말소와 무관하게 잔금을 지급하기로 하는 내용의 합의가 있었다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고 B, C의 위 주장은 이유 없다.

(라) M구역에 관한 소유권이전등기에 필요한 서류 부분

피고 B, C가 2018. 10. 26. 및 2018. 10. 31. 원고에게 잔금 51억 5,000만 원 등의 지급을 최고하면서 잔금 지급 등과 동시이행의 관계에 있는 M구역에 관한 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비해 놓았다는 뜻을 통지한 사실은 앞서 살펴본 바와 같다.

그런데 위 인정사실에 의하면, 위 각 최고 당시 M구역에 관한 소유권이전등기는 P 명의로 마쳐져 있었고, 피고 B, C는 2019. 2. 21. 제1순위 우선수익자인 Q의 해지동의서, 제2순위 우선수익자인 L에 대한 채무 14억 5,000만 원을 변제공탁한 이후에야 P로부터 M구역에 관한 소유권이전등기를 이전받았는데, 원고에 대한 위 각 최고 당시 Q의 해지동의서 등을 보관하고 있었음을 인정할 아무런 증거가 없는 이상, 피고 B, C가 제출한 증거들만으로는 원고 명의로 M구역에 관한 소유권이전등기를 마치는 데 필요한 서류를 모두 준비해놓았음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이에 대하여 피고 B, C는 원고의 1차 잔금 지급의무가 먼저 이행되어야 Q로부터 해지동의서를 받을 수 있었다거나 위 해지동의서를 받는 것 또한 원고의 의무라는 취지로 주장하나, 을 제68 내지 70호증 등 피고 B, C가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고 B, C의 위 주장은 이유 없다.

(마) 소결

따라서 1차 잔금 지급의무와 동시이행의 관계에 있는 자기채무를 이행하거나 이행제공하지 아니한 피고 B, C로서는 원고의 1차 잔금 지급의무 불이행을 이유로 이 사건 매매계약을 해제할 수 없다.

(6) 소결론

따라서 피고 B, C의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 이행거절에 따른 해제

(1) 피고 B, C의 주장

원고는 L, T 직원들을 동원하여 이 사건 상가에 무단침입하여 불법점유하였으며, 2018. 10. 10.에는 피고 D가 점유하던 이 사건 상가 2층 U, V호에 무단침입하기도 하였다. 원고의 이와 같은 무단침입, 불법점유는 스스로 이 사건 매매계약상 의무를 이행하지 않겠다는 이행거절에 해당하므로, 이 사건 매매계약은 원고의 위와 같은 이행거절로 해제되었다.

(2) 판단

채무불이행에 의한 계약해제에서 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우로서 이른바 '이행거절'로 인한 계약해제의 경우에는 상대방의 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여 이행지체 시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 완화되어 있는바, 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 외에 계약 당시나 계약 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위하여는 그 거절의사가 정황상 분명하게 인정되어야 한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 등 참조).

그러나 을 제67호증 등 피고 B, C가 제출한 증거들만으로는 원고가 피고 B, C의 주장과 같이 이 사건 상가를 불법으로 점유하였다거나 이 사건 매매계약상의 의무에 대하여 이행거절의 의사를 분명하게 표시하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고 B, C의 위 주장은 이유 없다.

다) 제3자를 위한 계약의 해제

(1) 피고 B, C의 주장

이 사건 기초합의서에 따라 L가 2018. 3. 23. 원고를 매수인으로 지정하였고, 이로써 피고 B, C가 원고에게 M구역을 매도해야 할 의무를 부담하는 제3자를 위한 계약이 성립되었다. L의 대표이사인 W은 2019. 1. 23. 이 사건 기초합의서에 따른 M구역 매수인 지위 및 매수인 지정권리를 모두 포기하였으므로, 기본관계인 이 사건 기초합의는 합의해제되었다. 피고 B, C는 그 해제에 따른

대항력을 취득하므로 원고에게 M구역을 매도할 의무가 없다.

(2) 판단

을 제22호증의 기재에 의하면, W이 2019. 1. 23. L의 대표이사로서 피고 B, C에게 'L는 M구역에 관한 매수인의 지위, M구역에 관한 매수인 지정권리, 계약금 반환청구권, 분양대행자 지위 등을 포기함을 확인한다'는 내용의 이행각서를 작성하여 교부한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 피고 B, C의 원고에 대한 M구역에 관한 소유권이전등기의무는, 이 사건 기초합의서에 따라 발생한 것이 아니라 그와 별도로 원고와 피고 B, C가 2018. 3. 23. 체결한 이 사건 매매계약에 따라 발생한 것이므로, 제3자를 위한 계약에 따라 발생한 의무가 아니고, 이 사건 매매계약의 당사자가 아닌 L가 M구역에 관한 매수인의 지위, M구역에 관한 매수인 지정권리를 사후적으로 포기하였다 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 매매계약의 효력이 소멸하는 것은 아니므로, 피고 B, C의 위 주장은 이유 없다.

3) 이행불능항변에 관한 판단 가) 피고 B, C의 주장

피고 B, C는 M구역에 관하여 피고 D에 소유권이전등기를 마쳐주었으므로, 원고에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능의 상태가 되었다.

나) 판단

부동산매매에 있어서 매도인이 목적물을 타인에게 이미 매도하여 그 타인에게 소유권이전등기를 하여줄 의무가 있음에도 불구하고 제3자에게 다시 양도하여 소유권이전등기를 경유한 때에는 특별한 사정이 없는 한 매도인이 그 타인에게 부담하고 있는 소유권이전등기의무는 이행불능의 상태에 있다고 봄이 상당하다(대법원 1983. 3. 22. 선고 80다1416 판결 등 참조).

위 인정사실에 의하면, 피고 D가 2019. 2. 21. 피고 B, C로부터 M구역에 관하여 이 사건 대물변제계약을 원인으로 이 사건 소유권이전등기를 경료받고, 피고 E이 같은 날 피고 D로부터 이 사건 신탁등기를 경료받았는바, 피고 B, C가 M구역에 관한 등기를 회복하여 원고에게 이전등기해 줄 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 원고에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능의 상태에 이르렀다. 따라서 피고 B, C의 위 항변은 이유 있다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 대물변제계약은 이중매매의 배임행위로서 무효이고, 따라서 이 사건

소유권이전등기 및 신탁등기는 원인무효이어서 피고 B, C가 그 등기를 회복할 수 있으므로 이행불능이 아니라고 재항변하나, 아래에서 보는 바와 같이 원고가 주장하는 사정이나 제출한 증거들만으로는 이 사건 대물변제계약이 배임행위로서 무효임을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 재항변은 이유 없다.

나. 예비적 청구(이행불능을 원인으로 한 손해배상청구)에 관한 판단

부동산매매에 있어 매도인이 매매목적물을 2중으로 양도하여 제3자에게 소유권이전등기를 하여 줌으로써 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능된 경우 그 손해배상의 액은 특별한 사정이 없는 한 제3자에게 소유권이전등기를 넘겨준 날 현재의 시가상당액이다(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17638 판결 등 참조).

이 법원의 AM 주식회사에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, M구역의 2019. 1. 2. 기준 시가가 138억 4,300만 원인 사실을 인정할 수 있고, 피고 D 명의로 이 사건 소유권이전등기가 마쳐진 2019. 2. 21. 당시 시가도 같은 금액일 것으로 추정된다.

따라서 피고 B, C는 원고에게 M구역 중 각 1/2 지분에 관한 소유권이전등기의 이행불능에 따른 손해배상금으로, 13,843,000,000원에서 원고가 미지급한 잔금 4,301,180,530원(= 6,600,000,000원 - 1,450,000,000원 ~ 848,819,470원)을 공제한 금액인 9,541,819,470원의 1/2에 해당하는 각 4,770,909,735원 및 이에 대하여 이 사건 2021. 11. 24.자 청구취지 및 청구원인변경신청서부분 송달 다음날임이 기록상 분명한 2021. 11. 30.부터 피고 B, C가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2022. 2. 24.까지는 상법에서 정한 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[피고 B, C는 원고에 대하여 M구역 전부에 관하여 연대하여 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 부담하는 것이 아니라, 각 1/2 지분에 관하여 소유권을 이전할 의무를 부담할 뿐이므로, 이행불능으로 인한 손해배상채무도 각자가 부담하는 지분의 범위 내에서 부담할 뿐, M구역 전부에 관하여 연대하여 부담한다고 볼 수 없다. 또한 원고는 피고 B, C의 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 다음날인 2019. 2. 22.부터 손해배상금에 대한 지연손해금을 구하나, 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 기한의 정함이 없는 채무이므로,

원고가 피고 B, C에게 이행청구를 한 다음날부터 지체책임을 진다(대법원 2017. 5. 31. 선고 2015다22496 판결 등 참조, 민법 제387조 제2항)].

3. 피고 D, E에 대한 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고 피고 B, C는 M구역을 피고 D에 대물변제로 이전하여 이중매매하였고, 피고 D도 이와 같은 사정을 잘 알고 있으면서 이에 적극 가담하였으므로, 이 사건 대물변제계약은 이중매매의 배임행위로서 무효이다. 따라서 이에 근거한 피고 D, E 명의의 이 사건 소유권이전등기 및 신탁등기는 무효이다. 원고는 원고에 대하여 소유권이전등기의무를 부담하는 피고 B, C를 대위하여 이 사건 소유권이전등기 및 신탁등기의 말소를 구한다.

2) 피고 D, E 설령 이 사건 매매계약이 해제되지 않았다고 하더라도, 원고는 이 사건 매매계약에 따른 잔금을 지급하지 않았으므로 이중매매에 의한 배임죄가 성립할 여지가 없고, 피고 D는 이 사건 대물변제계약 당시 이 사건 매매계약 체결 사실에 관하여 알고 있기는 하였으나, 이중매매를 적극 권유한 바 없으므로, 이 사건 소유권이전등기 및 신탁등기는 유효하다.

나. 판단

1) 부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위로서 무효가 되기 위하여는 매도인의 배임행위와 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 행위로 이루어진 매매로서, 그 적극가담하는 행위는 매수인이 다른 사람에게 매매목적물이 매도된 것을 안다는 것만으로는 부족하고, 적어도 그 매도사실을 알고도 매도를 요청하여 매매계약에 이르는 정도가 되어야 한다(대법원 1994. 3. 11. 선고 93다55289 판결 등 참조).

2) 먼저, 원고가 2018. 11. 7. 피고 B, C에게 1차 잔금이 848,819,470원만큼 감액되었다는 내용의 답변서를 발송함으로써 1차 잔금이 3,151,180,530원(= 40억 원 - 848,819,470원)으로 감액된 사실은 앞서 살펴본 바와 같다.

3) 다음으로, 피고 D가 피고 B, C의 배임행위에 적극 가담하였는지에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 피고 D는 피고 B, C가 원고에게 M구역을 매도한 사실을 알면서도 2018. 10. 3. 피고 B, C로부터 이 사건 상가를 115억 원에 매수한 바 있고, 2019. 1. 14.에는 같은 날 체결한

금전소비대차계약에 기한 채무변제에 갈음하여 이 사건 대물변제계약을 체결하였다. 또한 이 사건 가처분등기를 마친 X의 당시 대표자 사내이사 AN은 피고 D의 대표이사이기도 하다.

그러나 피고 D가 2018. 10. 3. 체결한 매매계약은 원고가 피고 B, C와 체결한 이 사건 매매계약상의 매도인 지위를 피고 B, C로부터 승계하는 내용을 포함하는 것으로서(갑 제22호증의 1, 제6조), 원고의 매수인으로서의 지위를 인정하는 전제에서 체결된 것인 점, X의 이 사건 가처분등기는 이 사건 매매계약의 효력을 다투는 것이 아니라 피고 B, C의 매수인 지위 취득을 다투는 것으로서 X이 피고 B, C의 처분을 저지하였다는 사정만으로 피고 D가 피고 B, C의 배임행위에 가담하였다고 보기는 어려운 점, 피고 D의 경영진이 이 사건 소유권이전등기를 마친 행위와 관련하여 배임죄로 형사처벌을 받았다거나 공소제기되었음을 인정할 자료도 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 주장하는 사정이나 제출한 증거들만으로는 피고 D가 피고 B, C의 배임행위에 적극 가담하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

4) 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 1991. 6. 11. 선고 91다10008 판결 등 참조).

앞서 살펴본 바와 같이 원고의 피고 B, C에 대한 M구역에 관한 소유권이전등기청구권은 2019. 2. 21. 이행불능으로 소멸하였으므로, 원고로서는 피고 B, C의 피고 D, E에 대한 말소등기청구권을 대위하여 행사할 당사자적격이 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 피고 D, E에 대한 청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 원고의 피고 B, C에 대한 예비적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 피고 B, C에 대한 주위적 청구와 나머지 예비적 청구는 이유 없어 이를 각 기각하여야 한다. 피고 B, C에 대한 주위적 청구 및 피고 D, E에 대한 청구에 관한 제1심판결은 이와 결론이 같아 정당하므로 원고의 피고들에 대한 항소를 각 기각하고, 이 법원에서 추가된 피고 B, C에 대한 예비적 청구에 따라 위 금원의 지급을 명하며, 피고 B, C에 대한 나머지 예비적 청구를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김종우

판사이영창

판사김세종