

서울고등법원 2015. 3. 6 선고 2014나17222(본소), 2014나17239(반소) 판결

[소유권이전등기청구의 소 · 매매대금 등 청구]

---

## 재판경과

서울고등법원 2015. 3. 6 선고 2014나17222(본소), 2014나17239(반소) 판결

수원지방법원 여주지원 2014. 2. 13 선고 2011가합2684 판결

## 전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인A

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인B

변론 종결 2014. 12. 12.

판결 선고 2015. 3. 6.

제1심판결 수원지방법원 여주지원 2014. 2. 13. 선고 2011가합2684(본소), 3335(반소) 판결

## 주 문

1. 당심에서 확장 및 감축된 청구를 포함하여 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(반소피고)의 주위적 본소청구를 모두 기각한다.

나. 피고(반소원고)는,

1) 원고(반소피고)로부터 700,000,000원을 지급받음과 동시에 원고(반소피고)에게, 별지 목록 제1 내지 4항 기재 각 부동산에 관하여 각 수원지방법원 여주지원 2011. 8. 30. 접수 제30775호로 마친 근저당권설정등기 및 같은 날 접수 제30776호로 마친 지상권설정등기를 말소한 상태에서 2010.

11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고,

2) 원고(반소피고)로부터 351,891,986원을 지급받음과 동시에 원고(반소피고)에게, 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 여주지원 2011. 8. 30. 접수 제30775호로 마친 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 2010. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

다. 원고(반소피고)는,

1) 피고(반소원고)에게 700,000,000원을 지급하고,

2) 피고(반소원고)로부터 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 여주지원 2011. 8. 30. 접수 제30775호로 마친 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 2010. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 피고(반소원고)에게 351,891,986원을 지급하라.  
라. 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.

2. 소송총비용은 본소와 반소를 통틀어 그 3분의 2는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

가. 본소 청구취지

1) 주위적 청구취지: 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 605,855,027원 및 그 중 100,000,000원에 대하여는 2010. 11. 27.부터, 405,855,027원에 대하여는 2011. 1. 1.부터, 100,000,000원에 대하여는 2011. 8. 31.부터 각 이 사건 2013. 11. 15.자1) 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2) 예비적 청구취지: 주문 제1의 나.항 기재와 같다.

[원고는 당심에 이르러, 주위적 본소청구 중 원금 부분을 감축하고, 405,855,027원에 대한 지연손해금 부분을 확장하였으며, 예비적 본소청구 중 금원지급 청구 부분을 취하하고, 소유권이전등기 청구 부분을 금전 지급과 상환으로 근저당권설정등기 등이 말소된 상태의 소유권이전등기절차 이행을 구하는 것으로 감축 및 확장하였다.]

#### 나. 반소 청구취지

원고는 피고에게 1,200,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라[피고는 제1심에서 매매잔대금 7억 원 및 이에 대한 지연손해금을, 공사비 상당 부당이득금 5억 원 및 이에 대한 지연손해금을 반소로써 구하였고, 제1심 판결은 피고의 반소청구 중 매매잔대금 원금 7억 원, 위 부당이득금 원금 중 351,891,986원만을 인용하고, 나머지 반소청구를 기각하였는데, 이에 대하여 피고는 반소에 관한 피고 패소부분 전부에 대하여 항소하였고, 원고는 반소에 관한 원고 패소부분 중 매매잔대금 7억 원을 초과하는 부분에 대해서만 불복하여 항소하였으므로2), 원고에 대하여 피고에게 매매잔대금 7억 원을 지급할 것을 명한 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다].

## 2. 항소취지

### 가. 원고의 항소취지

1) 제1심 판결의 본소에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가) 주위적으로, 피고는 원고에게 605,855,027원 및 그 중 100,000,000원에 대하여는 2010. 11. 27.부터, 405,855,027원에 대하여는 2011. 1. 1.부터, 100,000,000원에 대하여는 2011. 8. 31.부터 각 이 사건 2013. 11. 15.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나) 예비적으로, 주문 제1의 나.항 기재와 같은 판결

2) 제1심 판결의 반소에 대한 부분 중 700,000,000원을 초과하여 지급을 명한 원고 패소부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 피고의 반소청구를 기각한다.

### 나. 피고의 항소취지

제1심 판결 중 예비적 본소에 대한 부분 및 반소에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다. 원고의 예비적 본소청구를 기각한다. 원고는 피고에게 1,200,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 피고와 C는 부부지간으로 아들인 D를 통하여 2008. 2. 14. E에게 자신들의 단독소유 내지 공유로 등기되어 있던 분할 전 경기 여주군 F 등 토지 5필지 면적 합계 47,202㎡를 매매대금 31억 원에 매도하였다. 당시 매매계약서 상 매수인은 'G 외 4인'으로 기재하되, 소유권이전등기는 E이 지정하는 자에게 마쳐주기로 하였다.

나. E은 위 매매대금의 일부만을 지급한 상태에서 매수 토지의 거의 대부분에 토목공사를 실시하여 부지 평탄화 작업, 도로개설, 전주이설, 보강토, 석축, 오페수관 설치 등을 완료하였다.

다. E과 원고의 처 H는 위 매수 토지 중 일부에서 분할된 I 전 4,964㎡ 지상에 지상 4층의 철근콘크리트조 상가 건물을 신축하기로 하고, 2010. 6. 24. 에스앤씨건설 주식회사와 사이에 위 건물 신축공사에 관한 도급계약을 체결하여, 위 공사를 진행하였는데, 당시 위 토지 매매대금이 지급되지 아니한 관계로 위 토지 소유자인 피고의 승낙을 얻어 건축주를 피고 명의로 하여 위 공사에 착수하였다.

라. 피고는 위 D를 통하여 2010. 11. 24. 원고와 사이에 피고 소유의 위 I 전 4,964㎡(이후 별지 목록 제1 내지 4항 기재 토지로 분할되었다. 이하 '이 사건 토지'라 한다.)를 매매대금 8억 원에 원고에게 매도하기로 약정하였고(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다.),<sup>3)</sup> 그와 동시에 피고와 C는 E과 사이에 위 가.항 기재 매매계약의 목적물에서 이 사건 토지를 제외하고 그 매매대금도 31억 원에서 23억 원으로 감액하기로 합의하였다.

마. 이 사건 매매계약 당시 피고와 원고는, ① 위 매매대금 8억 원 중 계약금 1억 원은 계약 당일 지급하고, 잔금 7억 원은 2011. 1. 15.까지 지급하며, ② 피고는 잔금 수령 시 원고에게 소유권이전등기에 필요한 서류를 잔금과 상환으로 교부하기로 하고, ③ 본 계약을 피고가 위약하였을 때에는 계약금의 배액을 원고에게 배상하고, 원고가 위약하였을 때는 본 계약은 무효로 하며 계약금 반환청구를 할 수 없는 것으로 하며, ④ 이 사건 토지에 진행 중이던 위 건물 신축공사는 원고가 자신의 비용으로 완공하기로 하고, 피고는 위 건물이 준공된 후 그 소유 명의를 원고 앞으로 이전하기로 약정하였다.

바. 원고는 2010. 11. 26. 피고에게 이 사건 매매계약의 계약금 1억 원을 지급하였다. 원고는 위 건물 준공 후 이 사건 토지와 위 건물을 담보로 대출을 받아 잔금 7억 원을 지급할 예정이었는데, 건물 완공이 늦어지면서 약정 잔금 지급기일인 2011. 1. 15.까지 잔금을 지급하지 못하였다.

사. 원고의 자금 부족으로 2010. 12.경 위 건물 신축공사가 중단되었는데, 그 후 E의 요청에 따라 피고가 2011. 4.경 공사를 재개하여 2011. 8.경 별지 목록 제5항 기재 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 완공하여 준공검사를 받았다.

아. 피고는 2011. 8. 12. 이 사건 건물에 관하여 피고 명의로 소유권보존등기를 마쳤고, 2011. 8. 30. 이 사건 토지 및 건물에 관하여 각 수원지방법원 여주지원 접수 제30775호로 근저당권자를 여주농업협동조합(이하 '여주농협'이라 한다)으로, 채무자를 D의 처인 J, 채권최고액을 9억 8,800만 원으로 한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다) 및 이 사건 토지에 관하여 각 수원지방법원 여주지원 접수 제30776호로 지상권자를 여주농협으로 한 지상권설정등기(이하 '이 사건 지상권설정등기'라 한다)를 마친 후, 위 J 명의로 여주농협으로부터 7억 6,000만 원을 대출받았다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 이 법원에 현저한 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을 제1 내지 8, 10, 12호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 또는 영상, 제1심 증인 D, E의 각 일부 증언, 변론 전체의 취지

## 2. 본소 및 반소의 각 청구원인 요지

### 가. 본소 청구원인

1) 주위적 청구 부분 이 사건 매매계약은 아래와 같은 이유로 무효이거나 취소 또는 해제되었으므로, 피고는 원고에게 ① 그 원상회복으로 계약금 1억 원 및 그 받은 날부터의 이자 및 지연손해금을, ② 이 사건 매매계약 제4조에서 정한 위약금 1억 원 및 이에 대하여 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 날의 다음 날부터의 지연손해금을, ③ 원고가 이 사건 건물의 신축을 위하여 지출한 405,855,027원(이 사건 건물 공사비 363,427,027원과 측량비 및 설계비 42,428,000원을 합한 금액) 및 이에 대한 그 최종 지출일 다음 날부터의 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

① 원고는, E이 피고로부터 이 사건 토지를 취득할 것으로 믿고 상당한 비용을 들여 이 사건 건물의 신축공사를 시작하였으나, E으로부터 이 사건 토지의 소유권을 취득할 수 없다는 말을 듣고, 신축공사가 무산될 수도 있다는 두려움에 이 사건 매매계약을 체결하게 된 것이고, 원고는 고령의 노인으로서 부동산 매매에 관하여 무경험 상태에 있었던 관계로, 이 사건 매매대금이 시가에 비해 현저하게 불공정하게 정해졌으므로, 이 사건 매매계약은 불공정한 법률행위로서 민법 제104조에 의해 무효이다.

② 피고는 이 사건 토지의 시가가 3억 원에 불과함을 잘 알면서도 원고를 기망함으로써, 원고가 시가에 대한 착오를 일으켜 매매대금을 8억 원으로 정하여 이 사건 매매계약을 체결하였고, 위 착오는 중요부분의 착오에 해당하므로, 원고는 민법 제110조 제1항 또는 민법 제109조에 의해 이 사건 매매계약을 취소한다.

③ 이 사건 매매계약에 관하여 다음 ㉠ 내지 ㉣항 기재와 같은 해제 사유가 발생하였으므로, 원고는 이를 이유로 이 사건 매매계약을 해제한다.

㉠ 피고가 이 사건 토지 및 이 사건 건물에 관하여 여주농협에게 근저당권을 설정해 줌으로써 이 사건 매매계약에 따른 피고의 채무가 이행불능으로 되었다. 또한 피고가 원고의 동의 없이 나머지 공사를 진행하여 당초 원고가 신축하려던 건물과 동일성 없는 건물을 신축하는 바람에, 원고는 이 사건 매매계약의 목적을 달성할 수 없게 되었으므로, 이 사건 매매계약은 이행불능의 상태에 이르게 되었다.

㉡ 피고는 원고의 동의 없이 제3자에게 이 사건 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 마쳐 준 후 7억 6,000만 원을 대출받음으로써 그 즉시 피고의 이 사건 매매계약상의 채무는 이행지체에 빠지게

되었다.

㉔ 위와 같이 피고가 이 사건 토지 및 건물에 관하여 여주농협에게 근저당권을 설정해 준 행위 및 원고의 동의 없이 잔여 공사를 진행하여 이 사건 건물을 완공한 행위는 원고에게 이 사건 토지 및 이 사건 건물의 소유권을 이전하지 않겠다는 의사표시로서 이행거절에 해당한다.

㉕ 원고가 공사를 중단할 당시 이미 사회통념상 토지와는 독립된 부동산으로 볼 수 있을 정도로 건물이 완성되어 있었으므로, 원고가 이 사건 건물을 원시취득하였다고 보아야 함에도, 피고가 원고의 동의 없이 자신 명의로 소유권보존등기를 하고 이를 제3자에게 담보로 제공함으로써 횡령 또는 배임행위를 저질렀으므로, 그 자체로 원고에 대한 채무불이행에 해당한다.

2) 예비적 청구 부분 이 사건 매매계약이 여전히 유효하다고 인정될 경우에는, 피고는 ① 원고로부터 매매잔금 7억 원을 지급받음과 동시에 원고에게, 이 사건 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 각 말소한 상태에서 이 사건 토지에 관하여 2010. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를, ② 원고로부터 351,891,986원을 지급받음과 동시에 원고에게, 이 사건 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 이 사건 건물에 관하여 2010. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

#### 나. 반소 청구원인

1) 이 사건 매매계약에 따라 원고는 피고에게 미지급 매매대금 7억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 또한 원고가 이 사건 건물 신축공사를 중단한 이후 피고가 나머지 공사를 진행하였고, 원고가 신축한 부분에 있어서도 직접공사비를 제외한 간접비 등 나머지 비용은 건축주 명의자인 피고가 이를 모두 부담하였으며, 건축설계를 하였던 K이 피고를 상대로 제기한 민사소송에서 '피고가 K에게 18,000,000원을 지급한다'는 내용의 화해권고결정이 확정되었는바, 이 역시 피고가 지출한 공사비에 포함되어야 한다.

따라서 원고는 피고에게, 피고가 지출한 위 공사비 합계 549,660,929원(= 감정가 476,988,552원 + 간접비 등 54,672,377원 + K에게 지급하기로 한 설계비 18,000,000원) 상당을 부당이득으로 반환할 의무가 있으므로(다만 감정인이 산정한 금액에 대하여 70%의 비율을 적용하여 공사비를

산정하는 것에 동의한다), 그 중 일부로서 5억 원 및 이에 대한 지연손해금을 구한다.

### 3. 본소 청구에 대한 판단

#### 가. 주위적 청구에 대한 판단

1) 불공정한 법률행위에 해당하여 무효인지(위 ① 주장에 관하여) 위 기초사실에 의하면, 피고와 C는 2008. 2. 14. E에게 이 사건 토지를 포함한 5필지 토지 합계 47,202㎡를 매도하면서는 매매대금으로 31억 원을 받기로 약정하여, ㎡당 약 6만 5,000원에 매도하였음에 비하여, 이 사건 매매계약에서는 이 사건 토지 4,964㎡를 대금 8억 원에, ㎡당 약 16만 원에 매도하였음을 알 수 있다. 그러나, 이 사건 매매계약 당시의 이 사건 토지 시가가 위 2008. 2. 14.자 매매계약에서 정한 매매단가와 동일하다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 오히려 위 기초사실에 의하면, 이 사건 매매계약은 위 2008. 2. 14.자 매매계약보다 2년 9개월 가량 뒤에 체결되었고, 위 2008. 2. 14.자 매매계약의 목적물은 아무런 개발행위가 이루어지지 않은 상태의 임야나 전답이었음에 비하여 이 사건 매매계약의 목적물인 이 사건 토지는 부지 평탄화 작업, 오폐수관설치 등의 토목공사가 마쳐진 토지임을 알 수 있으므로, 단순히 위 2008. 2. 14.자 매매계약상의 매매단가보다 이 사건 매매계약에서 정한 매매단가가 더 비싸다는 사정만으로 이 사건 매매계약의 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있다고 단정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나아가 민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것으로서, 약자적 지위에 있는 자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데 그 목적이 있는바, 피해 당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 위와 같은 피해 당사자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는바(대법원 2011. 1. 13. 선고 2009다21058 판결 등 참조), 피고가 이 사건 매매계약 당시 원고가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다는 사실을 알면서도 이를 이용하려는 의도를 가졌다고 볼 만한 아무런 증거가 없다.

따라서 원고의 위 ① 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

2) 사기 또는 착오에 의한 의사표시에 해당하는지(위 ② 주장에 관하여) 피고와 C가 2008. 2. 14. 이 사건 토지를 포함한 5필지 토지 합계 47,202m<sup>2</sup>를 매매대금 31억 원에 매도한 바 있다는 사실만으로는 이 사건 매매계약 당시의 이 사건 토지 시가가 3억 원에 불과하다거나 매매대금 8억 원에 훨씬 미치지 못한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없다. 따라서 이 사건 매매계약 당시 이 사건 토지의 시가에 관하여 원고의 착오가 있었다는 점을 전제로 한 원고의 위 ② 주장은 더 나아가 따져 볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

[설사 위 매매대금 8억 원이 당시의 시가보다 훨씬 비싼 금액이었고, 그런데도 원고가 위 8억 원을 정당한 시가라고 잘못 인식하고 이 사건 매매계약을 체결하게 되었다고 하더라도, 다음과 같은 이유로 위 ② 주장은 받아들여질 수 없다. 일반적으로 매매거래에 있어서 매수인은 목적물을 염가로 구입할 것을 희망하고 매도인은 목적물을 고가로 처분하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있으며, 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것으로 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상의 주의의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 매도인이 목적물의 시가를 묵비하여 매수인에게 고지하지 아니하거나 혹은 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 하였다고 볼 수 없는바(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다62955 판결 참조), 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매매계약 체결 당시 위와 같은 시가 고지의무를 인정할 만한 특별한 사정이 있었다고 보기 어려운 이상, 피고가 원고에게 이 사건 토지의 시가를 알려주지 아니한 행위만으로 원고에 대한 기망에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 부동산 매매에 있어서 시가에 관한 착오는 부동산을 매매하려는 의사를 결정함에 있어 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요부분에 관한 착오라고 할 수 없으므로(대법원 1992. 10. 23. 선고 92다29337 판결 등 참조), 이 사건 매매계약에 민법 제110조에서 정한 취소 사유가 있다고 볼 수도 없다.]

3) 원고가 이 사건 매매계약을 해제할 수 있는지(위 ③ 주장에 관하여) 가) 이 사건 매매계약 체결 후에 피고가 여주농협에게 이 사건 토지 및 건물에 관하여 각 근저당권을, 이 사건 토지에 관하여 각 지상권을 설정해 준 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 그러한 사정만으로 피고의 원고에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었다고 볼 수는 없다.

또한 제1심 증인 D, E의 각 일부 증언, 제1심 감정인 L의 감정결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 건물 중 원고가 시공한 부분은 약 52%에 이르는 사실, 피고 뿐만 아니라 원고도 신축공사에 관한 업무 일체를 E에게 맡기면서 E에게 공사에 필요한 자금을 지급하였고, 위 공사와 관련한 계약 등 실제적인 행위는 E이 하였던 사실을 인정할 수 있는바, 이에 비추어 보면, 준공 후의 이 사건 건물이 원고의 예상과 다르다는 이유만으로, 원고가 당초 E을 통하여 신축하고자 하였던 건물과 피고가 E을 통하여 완성한 이 사건 건물 사이에 동일성이 없다거나, 원고가 이 사건 매매계약의 목적을 달성할 수 없는 상태가 되었다고 볼 수는 없다. 따라서 피고가 원고의 동의 없이 E의 요청에 따라 잔여 공사를 완료한 행위로 인하여 이 사건 매매계약상의 의무가 이행불능이 되었다고 평가할 수도 없다.

나) 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다47438 판결 등 참조).

위 기초사실에 의하면, 피고의 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기의무는 원고의 잔금지급의무와 동시이행관계에 있음이 분명하고, 한편 뒤에서 보는 바와 같이 피고의 이 사건 건물에 관한 소유권이전등기의무는 원고의 부당이득반환의무와 동시이행관계에 있는바, 원고가 피고에게 매매잔금이나 부당이득금을 지급하였거나 그 이행제공을 하였음을 인정할 아무런 증거가 없는 이상, 피고가 이 사건 토지 및 건물을 담보로 대출을 받은 사실만으로 피고의 위 각 소유권이전등기의무가 이행지체에 빠졌다고 볼 수는 없다(피고는 원고로부터 매매잔금 또는 부당이득금을 지급받음과 동시에 이 사건 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 말소하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳐줄 의무를 부담할 뿐이다).

다) 또한 피고가 원고와 상의 없이 이 사건 건물을 완공하고 이 사건 토지와 건물을 담보로 대출을 받은 사실만으로는 피고가 원고에게 이 사건 매매계약상의 의무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 피고는 이 사건 매매계약이 유효함을 전제로 원고에게 미지급 잔금의 지급을 반소로써 청구하고 있다).

라) 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득한다 할 것이고, 건축업자가 타인의 대지를 매수하여 그 대금을 지급하지 아니한 채

그 위에 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축하면서 건축허가 명의를 대지소유자로 한 경우에는, 부동산등기법 제131조의 규정에 의하여 특별한 사정이 없는 한 건축허가명의인 앞으로 소유권보존등기를 할 수밖에 없는 점에 비추어 볼 때, 그 목적이 대지대금 채무를 담보하기 위한 경우가 일반적이라 할 것이며, 이 경우 완성된 건물의 소유권은 일단 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득한 후 채권자 명의로 소유권보존등기를 마침으로써 담보 목적의 범위 내에서 위 채권자에게 그 소유권이 이전된다고 보아야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결 등 참조).

원고가 이 사건 건물 신축공사에 착수할 당시 피고가 토지 매매대금을 지급받지 못한 상태였던 관계로 피고와 합의하에 건축주를 피고 명의로 한 사실은 위 기초사실에서 본 바와 같고, 을 제10호증의 1 내지 3의 각 영상 및 제1심 증인 E의 증언, 제1심 감정인 L의 감정결과를 더하여 보면, 원고가 공사를 중단할 당시 이 사건 건물 신축공사는 4층까지의 골조공사가 이루어지고 일부 판넬공사가 마쳐져 있는 등 전체적으로 52% 정도의 공정이 진행된 상태였던 사실을 인정할 수 있으며, 원고가 위 공사를 중단한 뒤 피고가 피고의 자금으로 나머지 공사를 진행하여 이 사건 건물을 완공함으로써 원고에 대하여 피고가 투입한 공사비 상당의 부당이득반환청구권을 가지고 있음은 뒤에서 보는 바와 같다.

위 인정사실에 앞서 본 법리를 비추어 보면, 이 사건 건물에 관하여 건축주 명의를 피고 명의로 하고, 그 완공 후에 피고 명의로 소유권보존등기를 마친 것은 모두 원고에 대한 위 매매잔금 등 채권을 담보하기 위하여 이루어진 것으로 봄이 상당하므로, 위 소유권보존등기 자체가 원고에 대한 횡령 또는 배임행위에 해당한다는 위 주장은 받아들일 수 없다.

또한 위와 같이 이 사건 건물을 담보 목적으로 양도받은 피고로서는, 그 담보물인 이 사건 건물에 관하여 제3자 앞으로 근저당권을 설정하고 금원을 차용하여 원고에 대한 채권액의 변제에 충당하는 방법으로도 위 담보권을 실행할 수 있는 지위에 있는 점4), 피고가 이 사건 건물에 이 사건 근저당권을 설정한 후 7억 6,000만 원을 대출받은 행위가 원고의 의사에 반하는 것이었음을 인정할 뚜렷한 증거가 없고, 오히려 갑 제5호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 원고는 이 사건 건물에 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 알게 된 이후 이 사건 소제기시까지도 피고에게

'피고가 위 7억 6,000만 원을 대출받아 감으로써 매매대금을 모두 회수하였으니 원고로 하여금 이 사건 근저당권의 피담보채무를 승계하면서 이 사건 토지 및 건물의 소유권을 이전받을 수 있도록 해 달라'는 취지로만 주장해 왔을 뿐이고, 즉시 위 근저당권을 말소하라는 등의 이의를 제기한 흔적은 찾아볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고가 이 사건 건물을 타인에게 담보로 제공하고 대출을 받았다는 사실만 가지고 원고에 대한 횡령 또는 배임행위에 해당한다거나 원고에 대한 채무불이행에 해당한다고 단정 짓기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.

마) 위와 같이 원고가 내세운 해제사유(①~②)는 모두 인정되지 아니하므로, 이 사건 매매계약에 관한 원고의 위 해제 의사표시는 부적법하다.

4) 소결 따라서 이 사건 매매계약이 무효라거나, 사기 또는 착오를 이유로 취소되었다거나 또는 피고의 채무불이행으로 인하여 해제되었음을 전제로 그 부당이득반환이나 원상회복 또는 손해배상을 구하는 원고의 주위적 청구는 나머지 점에 대하여 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 모두 이유 없다.

## 나. 예비적 청구에 대한 판단

1) 위 가.항에서 본 바와 같이 이 사건 매매계약이 무효라거나, 사기 또는 착오를 이유로 취소되었다거나 또는 피고의 채무불이행으로 인하여 해제되었다는 원고의 주장이 모두 인정되지 아니하는 이상, 이 사건 매매계약은 여전히 유효하므로, 피고는 다른 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 매매계약에 따라 원고에게 이 사건 토지 및 건물에 관하여 이 사건 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 각 말소한 상태에서 각 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

### 2) 피고의 동시이행항변에 관한 판단

가) 피고는, 원고로부터 이 사건 매매계약에 따른 잔금과 이 사건 건물에 관하여 피고가 지출한 공사비 상당액 합계 1,249,660,929원(= 700,000,000원 + 549,660,929원)을 모두 지급받을 때까지 원고의 이 사건 토지 및 건물에 관한 각 소유권이전등기청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하므로, 이에 관하여 살펴본다.

나) 이 사건 매매계약 당시 이 사건 토지의 매매대금을 8억 원으로 정한 사실, 원고가 2010. 11. 26. 피고에게 계약금으로 1억 원을 지급한 사실은 앞에서 본 것과 같으므로, 원고는 피고에게 나머지 매매대금 7억 원을 지급할 의무가 있고, 위에서 본 이 사건 매매계약의 내용에 따르면, 피고가 이 사건

토지에 관하여 이 사건 근저당권 및 지상권을 말소하여 원고에게 소유권이전등기를 할 의무는 원고의 위 잔금지급의무와 동시이행관계에 있다고 보아야 한다.

다) 한편, 원고가 이 사건 건물의 신축공사를 중단한 이후 피고가 나머지 공사를 진행한 사실은 앞에서 본 것과 같고, 이 사건 건물과 관련하여 원고와 피고가 각각 지출한 공사비는 정부품셈을 기준으로 산정한 금액(제1심 감정인 L의 감정결과)의 70% 상당의 금액임은 당사자 사이에 다툼이 없으며, 을 제16 내지 19호증의 각 기재, 제1심 감정인 L의 감정결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고가 이 사건 건물의 나머지 공사를 진행하면서 지출한 비용은 333,891,986원(= 476,988,552원 × 0.7)인 사실, 원고가 이 사건 건물에 관한 공사를 할 당시인 2010. 5.경 E으로부터 건축설계를 의뢰받은 K이 피고를 상대로 위 설계비의 지급을 구하는 소를 제기하였는데(수원지방법원 여주지원 2011가단14666호, 다만 그 청구원인은 피고가 원고의 공사 중단 이후 K에게 위 설계비를 지급하기로 약정하였다는 것이다), 위 사건의 항소심 법원(수원지방법원 2012나36316호)은 2013. 8. 14. '피고는 K에게 18,000,000원을 2013. 9. 20.까지 지급한다'라는 내용의 화해권고결정을 하였고, 위 화해권고결정은 그 무렵 확정된 사실이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, 원고는 법률상 원인 없이 피고가 지출한 위 공사비 및 설계비 합계 351,891,986원(= 333,891,986원 + 18,000,000원) 상당의 이익을 얻고, 피고는 같은 금액 상당의 손해를 입게 되었다고 할 것이므로, 원고는 피고에게 부당이득의 반환으로 위 351,891,986원을 지급할 의무가 있다[원고는, 피고가 D를 통하여 E에게 이 사건 건물에 관한 공사비를 대여하였을 뿐 이 사건 공사에 관여한 바 없으므로, 피고는 E에게 위 대여금의 반환을 청구할 수 있을 뿐, 원고에게 위 공사비에 관한 부당이득반환을 청구할 수 없다고 다툼다. 그러나, 원고의 공사 중단 후에 피고가 이 사건 건물의 잔여공사를 진행하여 완공하였음은 앞에서 인정한 바와 같고, 원고는 이에 대한 반증으로 제1심 증인 D의 증언 중 '이 사건 건물에 관한 공사는 모두 E이 알아서 한 것으로 피고나 D는 이에 관하여 알지 못하고, 다만 E의 요청에 따라 E에게 위 공사에 소요되는 공사비를 빌려주었다'는 취지의 진술 부분을 들고 있지만, 을 제6, 7, 8, 12호증, 을 제15호증의 25 내지 35의 각 기재, 제1심 증인 E의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 원고의 공사 중단 이후 2011. 4. 8. 한구종합건설 주식회사와 사이에 체결된 이 사건 건물에 관한 공사도급계약의 도급인은 피고로 되어 있는 점, ② 그

외에도 피고는 M(N), 현대엘리베이터 주식회사와 이 사건 건물의 신축공사와 관련한 계약을 체결하였고, 위 한구종합건설 주식회사에게 직접 공사대금을 지급하기도 하였던 점, ③ 제1심 증인 E은 제1심 법정에서 '원래 H가 이 사건 건물을 지어 H의 소유로 하고 자신은 H로부터 위 건물의 일부를 임차하기로 하였는데, 공사비 등의 문제로 H가 공사를 중단하자, 자신의 요청에 따라 피고가 비용을 들여 위 공사(건축)를 한 것일 뿐, 자신이 피고로부터 돈을 빌려 위 공사를 한 것은 아니다'라는 취지로 증언하였던 점, ④ H나 피고는 이 사건 건물에 관한 공사의 진행을 E에게 맡기면서 E에게 공사에 필요한 돈을 지급하고, 이에 따라 위 공사와 관련한 계약 등 실제적인 행위는 E이 하였던 것으로 보이는바, 법률전문가가 아닌 D로서는 위 공사로 인한 법률효과가 누구에게 귀속되는지와 무관하게 피고나 D가 E에게 돈을 지급하고 E이 위 공사와 관련한 계약 등 실제적인 행위를 하였다는 의미로, E에게 공사비를 대여하여 E이 공사를 하였다는 표현을 사용한 것으로도 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 제1심 증인 D의 위와 같은 일부 증언만으로는 피고가 이 사건 건물의 잔여공사를 하였다는 위 사실 인정을 뒤집어 피고가 단지 E에게 공사비를 대여하였을 뿐이라고 인정하기에 부족하다 하겠고, 달리 반증이 없다.5) ]

원고의 위 부당이득반환의무와 피고의 이 사건 건물에 관한 소유권이전등기의무는, 위 각 의무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계가 있는 채무는 아니라고 하더라도, 위 각 의무는 서로 대가적 의미가 있어 이행상 견련관계에 있다고 인정되므로, 위 각 의무는 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다.

피고는, 위 351,891,986원 외에도 원고가 공사한 부분 중 직접공사비를 제외한 나머지 비용(간접노무비, 산출경비, 기타 제경비, 산재보험료, 고용보험료, 안전관리비, 건강보험료, 연금보험료, 환경보전비, 일반관리비, 이윤, 부가가치세)을 피고가 모두 부담하였으므로, 원고는 위 비용 상당액도 부당이득으로서 피고에게 반환할 의무가 있고, 피고는 이 부분 부당이득금을 반환받을 때까지 원고의 소유권이전등기 청구에 응할 수 없다는 주장도 한다. 그러나, 피고가 이 사건 건물의 건축주 명의인이었다는 사정만으로는 피고가 원고 주장의 위 각 비용을 부담하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 따라서 피고의 위 동시이행항변은 위 인정범위 내에서 이유 있다(피고는 원고의 위 매매잔금

지급의무와 위 부당이득반환의무 전체가 피고의 이 사건 토지 및 건물에 관한 소유권이전등기의무 전부와 동시이행관계에 있다고 주장하나, 토지와 건물은 별개의 부동산인 점, 위 매매잔금 7억 원은 이 사건 토지의 매도 대가일 뿐 이 사건 건물과는 무관한 점, 원고의 위 부당이득반환의무는 이 사건 건물에 관해서만 발생한 것이며, 이 사건 매매계약에 따라 발생한 의무도 아닌 점 등을 고려하면, 원고의 위 매매잔금 지급의무까지 이 사건 건물에 관한 피고의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있다고 볼 수는 없고, 마찬가지로 원고의 위 부당이득반환의무까지 피고의 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있다고 볼 수는 없다).

3) 소결 결국 피고는, ① 원고로부터 7억 원을 지급받음과 동시에 원고에게, 이 사건 토지에 관하여 이 사건 근저당권설정등기 및 지상권설정등기를 모두 말소한 상태에서 2010. 11. 24.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를, ② 원고로부터 351,891,986원을 지급받음과 동시에 원고에게, 이 사건 건물에 관하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 2010. 11. 24.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각 이행할 의무가 있다.

#### **4. 반소 청구에 대한 판단**

##### **가. 매매잔대금에 대한 지연손해금 청구에 관한 판단**

원고가 이 사건 매매계약에 따라 피고에 대하여 부담하는 매매잔대금 7억 원 지급의무는 피고의 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있음은 앞에서 본 바와 같고, 원고가 피고로부터 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기의 이행 또는 그 이행제공을 받았음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고의 위 잔금 지급의무가 이행지체에 빠졌다고 볼 수 없다.

따라서 피고의 이 부분 지연손해금 청구는 이유 없고, 원고는 피고에게 매매잔대금 원금 7억 원을 지급할 의무만 있다6).

##### **나. 공사비 상당의 부당이득반환 청구에 대한 판단**

1) 원고가 피고에게 피고가 지출한 공사비 및 설계비 합계 351,891,986원 상당을 부당이득으로 반환할 의무가 있음은 위 3.의 나.2)항에서 본 바와 같다.

2) 한편 원고는 피고에 대하여 위 부당이득금 351,891,986원의 지급과 상환으로 이 사건 건물에 관하여 이 사건 근저당권설정등기의 말소 및 소유권이전등기 절차를 이행할 것을 예비적 본소로써

구하고 있는바, 그 취지에는 원고가 구하는 위와 같은 소유권이전등기가 마쳐질 때까지는 피고의 이 부분 반소청구에 응할 수 없다는 주장도 당연히 포함되어 있다고 봄이 상당하다.

3) 따라서 원고는 피고로부터 이 사건 건물에 관하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 2010. 11. 24. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 피고에게 위 351,891,986원을 지급할 의무가 있다(피고는 위 351,891,986원에 대한 지연손해금의 지급도 구하나, 원고가 피고로부터 이 사건 건물에 관한 소유권이전등기의무를 이행받거나 그 이행제공을 받았음을 인정할 아무런 증거가 없는 이상, 원고의 위 부당이득반환의무는 이행지체에 빠졌다고 볼 수 없으므로, 위 지연손해금 청구 부분은 이유 없다).

#### **다. 소결**

결국 원고는 ① 피고에게 700,000,000원을 지급하고, ② 피고로부터 이 사건 건물에 관하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소한 상태에서 2010. 11. 24.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 피고에게 351,891,986원을 지급할 의무가 있다.

#### **5. 결론**

그렇다면, 원고의 본소청구 중 주위적 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 예비적 청구는 이유 있으므로 이를 모두 인용하며, 피고의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 반소청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결 중 반소에 관한 부분은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 반소에 관한 원고의 항소와 당심에서 확장된 원고의 예비적 본소청구를 각 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사김인겸**

**판사한소영**

**판사신종오**

**별지**

1) 2014. 12. 11.자 청구취지 및 청구원인변경신청서의 변경된 청구취지란에 기재된 각 '2013. 11.

14.자'는 '2013. 11. 15.자'의 오기임이 명백하다.

2) 원고는 당심 제2차 변론기일에서 본소에 관한 항소취지만을 확장하였을 뿐, 반소에 관해서는 항소취지를 확장한 바 없다.

3) 피고는 주로 D를 통하여, 원고는 주로 H를 통하여 이 사건 매매계약과 이 사건 건물에 관한 공사 등을 하였는데, 그 법적 효과가 피고와 원고에게 각각 귀속되는 것에 대하여는 다투지 아니하므로, 이하 특별히 명시할 필요가 없으면 원고와 피고라고만 표시한다.

4) 약한 의미의 양도담보에 있어서 양도담보권자가 변제기 경과 후 제3자 앞으로 근저당권을 설정하고 금원을 차용하여 양도담보채권의 변제에 충당하고 그 잔액을 채무자에게 정산한다 하여도, 당사자의 의사에 반한다고 볼 특별한 사정이 없는 한 하나의 담보권실행방법으로 위법하지 않고(대법원 1982. 9. 28. 선고 82도1621 판결 등 참조), 이와 같은 채권추심을 위한 담보권설정이 있는 경우에 원래의 채무자는 이해관계 있는 자로서 자신의 채무 범위 내에서 채권자가 차용한 금원의 원리금을 변제하고 담보목적물을 회수할 수 있음은 물론, 채권자도 담보목적물을 다시 환가처분하거나 평가처분한 후 정산하여 자신의 제3채권자에 대한 채무자로서의 지위에서 벗어날 수 있다(대법원 1985. 9. 10. 선고 85도1210 판결 참조).

5) 당심 변론종결 이후에 원고가 제출한 E 작성의 사실확인서는, 그 취지가 과연 원고의 이 부분 주장에 부합하는 것인지조차 분명하지 않고, 설령 원고의 주장에 부합하는 취지로 해석할 수 있다 하더라도, 제1심 법정에서 했던 자신의 증언 내용과 배치되는 점, 뒤늦게 그와 같은 사실확인서를 원고에게 작성해 준 동기나 경위도 의심스러운 점, 그 밖에 위에서 본 여러 사정들에 비추어, 그대로 믿기도 어렵다.

6) 앞에서 본 바와 같이 제1심 판결 중 원고에 대하여 피고에게 매매잔대금 7억 원을 지급할 것을 명한 부분은 원고가 이에 대해 불복하지 아니하여 이 법원의 심판범위에서 제외되었으므로, 위 7억 원 잔금 지급의무에 관한 원고의 상계항변이나 동시이행항변에 대해서는 모두 판단하지 아니한다.