

서울고등법원 2022. 6. 22 선고 2021나2042574(본소), 2022나2008434(반소) 판결
[원상회복청구 등의 소 · 매매대금]

재판경과

서울고등법원 2022. 6. 22 선고 2021나2042574(본소), 2022나2008434(반소) 판결
의정부지방법원 고양지원 2021. 10. 15 선고 2020가합73344 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인A

소송대리인 법무법인 목성

담당변호사 차현철

피고(반소원고), 피항소인B

소송대리인 법무법인 청맥

담당변호사 남성원, 유상민

변론 종결2022. 5. 25.

판결 선고2022. 6. 22.

제1심판결의정부지방법원 고양지원 2021. 10. 15. 선고 2020가합73344 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고(반소피고) 패소 부분을 취소한다.
피고(반소원고)는 원고(반소피고)로부터 파주시 C 도로 53㎡ 중 42.4/53 지분 및 파주시 D 도로

922㎡ 중 775.6/922 지분에 관하여 의정부지방법원 고양지원 파주등기소 2020. 1. 23. 접수 제6406호로 마친 공동근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행 받음과 동시에 원고(반소피고)에게 230,000,000원 및 그 중 30,000,000원에 대하여는 2019. 2. 28.부터, 150,000,000원에 대하여는 2019. 3. 8.부터, 50,000,000원에 대하여는 2019. 11. 6.부터 각 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고(반소원고)의 나머지 항소를 기각한다.

3. 이 법원에서 제기한 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.

4. 소송 총비용 중 본소로 인하여 생긴 부분의 20%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담하고, 반소로 인하여 생긴 부분은 피고(반소원고)가 부담한다.

5. 제1항 중 금전지급 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

본 소 청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고(반소원고, 이하 피고라 한다)는 원고(반소피고, 이하 원고라 한다)에게 266,000,000원 및 그 중 30,000,000원에 대하여는 2019. 2. 28.부터, 150,000,000원에 대하여는 2019. 3. 8.부터, 50,000,000원에 대하여는 2019. 11. 6.부터 각 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 각 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 그 중 36,000,000원에 대하여는 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반 소 청 구 취 지

1) 원고는 피고에게 44,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는

날까지는 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위 등

1) 원고는 2017. 9. 4. 맹지(연결 도로가 없는 토지)인 파주시 E 임야 4,690㎡(이하 위 토지를 다시 가리킬 때는 그 지번만으로 지칭하기로 한다. 이하에서 등장하는 다른 토지에 대해서도 같다)를 취득하여 그 위에 공장을 신축하는 등 개발행위를 하려는 사람이다.

2) 피고는 2018. 9. 7. 파주시 F 임야 7,328㎡ 및 C 임야 457㎡를 취득하고, F 토지 위에 공장을 신축한 사람이며, 2019. 3. 28. 파주시 G 임야 391㎡를 취득한 사람이다. 한편, 위 F 토지에서 2019. 1. 28. H 임야 569㎡가 분할되었고, 2019. 10. 15. D 임야 922㎡가 분할되었으며, I 토지는 2019. 10. 15. J 임야 404㎡가 분할됨에 따라 면적이 53㎡'로 줄어들었다.

나. 진입로 사용 약정 체결 등

1) 원고는 맹지이고 임야인 E 토지 개발에 필요한 진입로를 확보하기 위하여 2019. 2. 28. 피고를 대리한 K와 사이에 피고 소유의 F 토지에 관하여 '진입로 사용 약정서'를 작성하였다(이하 그에 따른 약정을 '2019. 2. 28.자 약정'이라 한다). 그 주요 내용은 아래 표안 기재와 같다(기존의 도로 사용이 아니라 공사가 수반되는 새로운 진입로 개설, 지분 이전 등이 주요 내용이다).

진입로 사용 약정서

[..]

진입로 사용 지번: F [..]

1. 진입로 폭은 '6m 이상'으로 한다.
2. 진입로 사용 총대금은 2억 8천만 원이다(계약금 3천만 원, 중도금 1억 5천만 원, 잔금 1억 원)
3. 중도금은 2019. 3. 8.일 지불하고 갑(피고를 가리킨다)은 을(원고를 가리킨다)에게

토지사용승낙서를 인감첨부하여 교부한다. [...]

4. 잔금은 을의 공장설립승인 인허가 득 일로부터 1개월 이내로 갑에게 지불하고 진입로 사용총면적 중 20%를 을에게 지분양도한다.

5. 갑은 진입로 공사를 책임지며 [...]

6. 을은 진입로 개설에 소요되는 분할측량비를 부담한다. [...]

그 외에 적시하지 않은 사항은 부동산 관례에 따른다. [...]

2) 원고는 피고에게 계약 당일 계약금 3,000만 원을, 2019. 3. 8. 중도금 1억 5,000만 원을, 2019.

11. 6. 잔금 1억 원 중 5,000만 원을 지급함으로써 총 2억 3,000만 원을 지급하였다.

3) 한편, 피고는 자신이 진행하던 공장 신축공사에 소요되는 공사비를 마련하기 위하여 대출을 받으면서 L조합에게 2019. 4. 10. F, I, H 각 토지를 공동담보로 하는 근저당권을 설정하여 주었고, 2019. 9. 10. G 토지 중 피고 지분, F, I, H 각 토지 및 신축한 공장을 공동담보로 하는 근저당권을 설정하여 주었다.

다. 원고의 1차 공장신설승인신청 및 보완요구

원고는 2019. 10. 21. 파주시에 E 토지 위에 공장을 신설하는 것에 대한 승인을 신청하였으나, 같은 달 30일 파주시로부터 G 토지 도로관리자의 사용승낙서(기간 및 범위 명시) 제출 등의 '공장설립승인 신청에 따른 산지전용협의 보완요구'를 받았다.

라. 진입로 지분 매매 계약 및 사용 약정 체결

1) 원고는 2019. 10. 30. 피고와 2019. 2. 28.자 약정을 기초로 일부 내용을 수정한 '진입로 지분 매매계약 및 사용약정서'를 작성하였다가 하단에 "본 문건은 은행제출용이므로 아무런 법적효력이 없음을 확인합니다."라는 문구를 기재하여 그 효력이 없음을 확인한 후, 같은 날 다시 2019. 2. 28.자 약정을 기초로 일부 내용을 수정하고, 기 작성된 2019. 2. 28.자 약정서는 자동 무시하기로 하는 '진입로 지분 매매계약 및 사용약정서'를 작성하였는데(이하 그에 따른 약정을 '이 사건 약정'이라 한다), 그 주요 내용은 아래 표안 기재와 같다. 한편, 이 사건 약정서에는 구적도가 함께 첨부되어 있고, 구적도의 지번별지분내역에는 G 토지의 지분면적이 "지분없음"으로 기재되어 있으며, I 토지와 D 토지의 지분면적은 합계 "157"2) 로 기재되어 있다.

진입로 지분 매매계약 및 사용약정서

[..]

진입도로 사용 지번: 파주시 G, I, D

진입도로 계약 면적: 당초 지번(G, F, I)

현재 지번(G, I, D 이상 3필지)의 구적도 우측 표기(지번별 지분 내역)대로 지분매매한다.

갑(피고를 가리킨다)과 을(원고를 가리킨다)은 2019. 2. 28. 위 진입로 사용약정 계약을 토대로 추가 합의한 보완사항을 기재하고 기 작성된 약정서는 자동 무시한다.

[..]2)

4. 잔금은 을의 공장설립승인 인허가 득 일로부터 1개월 이내로 갑에게 지불한다. [..]

8. 잔금 1억 원을 지불할 시에는 갑은 을에게 진입도로 양도할 지분 면적만큼은 금융기관 및 기타 근저당권 또는 모든 행위 일체를 12월 31일까지 말소하여 준다. [..]

11. 갑은 현재 추진 중에 있는 진입도로 지목을 도로 변경 완료한다. [..]

그 외에 적시하지 않은 사항은 부동산 관례에 따른다. [..]

2) 피고는 2019. 11. 6. I 토지와 D 토지의 지목을 모두 도로로 변경하였다.

마. M조합의 근저당권설정 및 이 사건 확인서 작성 등

1) 피고는 2019. 11. 5. 원고가 이 사건 약정상 토지를 담보로 은행으로부터 대출을 받도록 하기 위하여 원고에게 I 토지 지분 53분의 10.6 및 D 토지 지분 922분의 146.4에 관하여 소유권지분이전등기를 먼저 마쳐주었고, 이에 원고는 같은 날 M조합(이하 'M조합'이라 한다)에게 위 각 토지 중 자신의 지분 및 자신 소유 토지에 관하여 채권최고액을 12억 원으로 하는 근저당권을 마쳐준 뒤 대출을 받았다. 같은 날 원고와 피고는 "2019. 10. 30.자 약정서 제8항의 근저당권은 F, J 토지 매매시 말소시키기로 한다"는 내용의 협의각서를 작성하였다.

2) 그런데 위 소유권지분이전등기로 인하여 양도소득세 문제가 발생하자, 피고는 원고에게 이를 말소해달라고 요청하였다. 원고는 피고의 위 요청을 수락하고 2020. 1. 22. 먼저 M조합에게 자신의 지분을 담보로 한 근저당권을 말소해달라고 요청하였다. M조합은 담보가치 하락을 방지하기 위하여 원고 지분에 관한 근저당권을 I 토지 및 D 토지 중 피고 지분에 관하여 추가 근저당권을 설정하는

조건으로 말소하고, 피고 지분에 관한 추가 근저당권은 원고 지분에 관하여 다시 근저당권을 설정할 때 말소하기로 합의한 뒤, 2020. 1. 23. 원고 지분에 관한 근저당권을 말소하였다. 이에 따라 피고는 같은 날 M조합에게 I 토지 및 D 토지 중 자신의 지분3) 전부에 관하여 의정부지방법원 고양지원 파주등기소 2020. 1. 23. 접수 제6406호로 채무자 원고, 채권최고액 12억 원, 등기원인을 2020. 1. 23. 추가설정계약으로 한 공동근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳤다.

3) 원고는 2020. 2. 21. I 토지 및 D 토지 지분에 관하여 마쳐진 소유권지분이전등기를 합의해제를 원인으로 말소하였고, 같은 날 원고와 피고는 원고가 위 소유권지분이전등기시에 지출한 취득세 중 일부를 보전해주기 위하여 "I, D 토지에 관하여 5,000만 원 지급시 600만 원을 공제한 4,400만 원을 지불하기로 한다"는 내용의 확인서(이하 '이 사건 확인서'라 한다)를 작성하였다.

바. 파주시의 공장신설 승인 반려 통보

한편, 원고는 파주시의 보완요구에 대해 4회에 걸쳐 보완기일을 연기하면서 피고에게 G 토지에 대하여 N의 동의를 받아달라고 요청하였으나, 피고와 N 사이에서 동의 대가에 대한 이견이 있어 결국 N의 동의서를 받지 못하였고, 이에 따라 파주시는 2020. 6. 3. 원고에게 공장신설 승인 신청을 반려한다고 통보하였다.

사. 원고의 해제통지

원고는 피고에게 2020. 4. 1. G 토지의 지목을 같은 달 10일까지 변경하라고 독촉하는 내용의 최고서를, 같은 달 21일 G 토지의 지목을 같은 달 25일까지 변경하지 않으면 같은 달 27일 피고와 체결한 이리 진입로 토지 매매계약은 자동해지한다는 내용의 통고서를, 같은 달 29일 피고가 위 통고서에서 요구한 사항을 이행하지 않았으므로 위 매매계약을 해제한다는 내용의 부동산 매매해제 통보서를 보냈다.

아. 2차 공장신설승인신청 및 보완요청

원고는 2021. 10. 5. 다시 파주시에 E 토지상에 공장을 신설하는 것에 대한 승인을 신청하였으나, 파주시로부터 진입도로 옹벽 및 안전휀스 구조물 철거 동의서 제출 등의 보완보정요구를 받았다.

자. 관련 소송

원고는 2021. 11. 24. 별소로 피고를 상대로 의정부지방법원 고양지원 2021가합77879 사건으로

통행권 확인 청구, 헨스와 옹벽 철거 청구 등을 제기하였고, 위 소송이 현재 위 법원에서 계속 중이다.
[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 19, 23호증, 을 제1, 6, 9, 18, 21, 25, 27, 30호증(이상 가지번호 있는 서증은 모두 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 제1심 증인 P의 증언, 변론 전체의 취지

2. 본소 청구에 관한 판단

가. 원고 주장 요지

1) 약정 해제에 따른 원상회복 및 위약금 청구 가) 원고는 맹지인 E 토지에 공장을 신축하는 등 개발행위를 하기 위해 진입로를 확보하고자 2019. 2. 28.자 약정을 체결한 것인데, 피고는 2019. 2. 28.자 약정 이전에 자신의 공장에 대한 건축허가를 신청하면서 N의 동의를 받았으므로, 비록 위 약정서에 명시적인 기재가 없더라도 피고가 G 토지에 관하여 N의 동의를 받아주는 것은 2019. 2. 28.자 약정의 당연한 전제였다. 설령 그렇지 않다고 하더라도, 파주시가 지목을 도로로 변경하거나 도로관리자인 N의 동의를 받아야 한다고 하여 원고와 피고는 이 사건 약정 제11조에서 지목변경의무를 명시적으로 규정하였으므로, 피고는 이 사건 약정에 따라 G 토지에 관한 지목변경의무 또는 N의 동의를 받아주어야 할 의무가 있다. 그런데 피고는 G 토지의 지목을 도로로 변경하지 못하였고, 이에 대한 도로관리자 N의 동의를 받아주지도 못하여 원고가 E 토지에 공장을 신축하지 못하였으므로, 2019. 10. 30.자 약정은 원고의 2020. 4. 29. 해제 의사표시로써 해제되었다(위 주장을 이하 '지목변경의무 또는 N의 동의를 받아줄 의무 불이행으로 인한 해제 주장'이라 한다).

나) 이 사건 약정 제1조에 의하면, 피고는 원고에게 진입로 폭을 6m 이상 확보해줄 의무가 있다. 그런데 피고는 옹벽과 헨스를 철거하지 않고 경고성 현수막을 설치하는 등으로 원고가 진입로를 사용할 수 없도록 하였다. 따라서 이 사건 약정은 원고의 2021. 12. 9.자 준비서면의 송달로써 해제되었다(위 주장을 이하 '진입로 확보의무 불이행으로 인한 해제 주장'이라 한다).

다) 피고는 이 사건 약정에 따라 원고가 매수할 토지에 근저당권을 말소할 의무가 있음에도 원고가 중도금을 지급한 이후인 2019. 4. 10. 및 2019. 9. 10. 원고의 동의 없이 추가 근저당권을 설정하는 배임행위를 하였으므로, 이 사건 약정은 이 사건 소장 또는 2021. 12. 9.자 준비서면의 송달로써

해제되었다(위 주장을 이하 '피고의 배임행위로 인한 해제 주장'이라 한다).

라) 원고는 피고가 공장에 대한 건축허가를 받게 해주겠다고 하여 이 사건 약정을 체결한 것이고, 이 사건 약정에서도 잔금은 원고가 공장사용승인 인허가를 득한 날로부터 1개월 이내에 지급한다고 규정하고 있으므로, 이는 실질적으로 원고가 공장 건축허가를 받지 못하면 효력을 상실하는 해제조건부 계약이라고 할 것이다. 따라서 원고가 현재까지도 공장 건축허가를 받지 못한 이상 이 사건 약정은 조건이 성취됨으로써 해제되었다(위 주장을 이하 '해제조건부 해제 주장'이라 한다).

마) 따라서 피고는 원고에게 이 사건 약정 해제에 따른 원상회복으로 기지급받은 매매대금 2억 3,000만 원, 위약금으로 부동산 거래 관례에 따라 계약금 상당액 3,000만 원 및 이에 대한 법정이자 내지 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 약정 취소에 따른 부당이득반환청구 원고는 도로관리자인 N의 동의가 필요없다는 착오에 빠져 이 사건 약정을 체결하였는바, 원고가 이 사건 공장에 대한 건축허가를 신청하는 데 N의 동의가 필요하다는 것을 알았다면 N의 동의를 받아주어야 할 의무가 없는 이 사건 약정을 체결하지 않았을 것이므로, 이는 동기의 착오에 해당하고, 이러한 착오는 쌍방 공통된 착오이거나 피고로부터 유발된 것으로 볼 수 있으므로, 원고는 2021. 12. 9.자 준비서면의 송달로써 이 사건 약정을 취소한다.

따라서 피고는 위 돈을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

3) 이 사건 확인서에 따른 약정금 청구 피고는 이 사건 확인서에서 원고가 잔금 5,000만 원을 지급할 시 원고에게 600만 원을 지급하기로 약정하였고, 원고의 잔금지급이라는 조건은 피고의 채무불이행으로 인하여 이미 성취되었거나 이 사건 약정의 해제 또는 취소로 무효가 되었으므로, 피고는 이 사건 확인서에 따라 원고에게 600만 원을 지급할 의무가 있다.

나. 약정 해제에 따른 원상회복 및 위약금 청구에 관한 판단

1) 이 사건 약정 해제 여부 가) 지목변경의무 또는 N의 동의를 받아줄 의무 불이행으로 인한 해제 주장에 관하여

앞서 본 사실, 갑 제4, 5, 10, 12, 13, 14호증, 을 제3, 8, 10, 21, 25호증의 각 기재, 제1심 증인 P의 일부 증언(뒤에서 믿지 않는 부분 제외), 이 법원의 파주시에 대한 각 사실조회 회신결과에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 원고가 제출한

증거만으로는 피고가 원고에게 G 토지의 지목을 도로로 변경하거나 그 지목변경에 대한 N의 동의를 받아줄 것을 약정하였다고 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

(1) 원고와 피고가 계약을 체결할 당시 G 토지는 도로공사가 준공되지는 않았지만, 폭 6m의 아스팔트 포장에 되어 있고 지방도에 접하여 차량 진출입에 제한이 없는 등 현황도로이며 건축법상 도로로 지정공고된 바도 있다. 또한 위 토지에 대해 도로로 산지전용허가가 된 바도 있다. 따라서 원고와 피고는 2019. 2. 28.자 약정 당시에는 G 토지의 사용이나 지목 변경에 관하여 논의하지 않았다.

(2) 그 후 원고가 개발행위 허가를 신청한 뒤에야 G 토지에 대한 지목변경이나 그에 대한 N의 동의가 필요하다는 것을 알게 되었고, 그에 따라 이 사건 약정을 체결한 것으로 보이는데, 위 약정에서도 "피고가 현재 추진 중에 있는 진입도로 지목을 도로 변경완료한다"고만 기재되어 있을 뿐, G 토지에 대하여도 지목을 도로로 변경해야한다는 내용이나 N의 동의를 받아준다는 점은 명시되어 있지 않다.

(3) 다만 위 약정서상 "현재 추진 중에 있는 진입도로 지목을 도로로 변경완료한다"는 기재와 관련하여 P는 제1심 법정에 증인으로 출석하여, 파주시로부터 보완요구를 받고 원고에게 지목을 도로로 변경 완료하든지 허가권 승계를 받으라고 말하여 위 문구가 들어간 것이고, 피고가 자신의 공장을 위해 도로로 사용하고자 했던 G 토지, I 토지, D 토지 중 한 필지라도 빠지면 조건이 맞지 않으므로 G 토지도 위 진입도로에 해당한다는 취지라고 증언하였다. 그러나 이 사건 약정에는 지목변경에 관하여 "갑(피고를 가리킨다)은 현재 추진 중에 있는 진입도로 지목을 도로로 변경 완료한다."고 기재되어 있고, 이후 얼마 지나지 않아 I 토지 및 D 토지에 대한 지목변경이 이루어졌는바, 피고가 당시 지목변경을 추진 중이던 토지에 관하여만 지목 변경의무를 부과한 것으로 해석되고, 파주시가 원고의 개발행위허가 신청에 대하여 G 토지의 지목변경에 대한 보완이 아니라 도로관리자의 사용승낙 누락에 대한 보완을 요구한 것이므로, 당시 원고와 피고 사이에서는 G 토지에 대한 지목변경보다는 도로관리자인 N으로부터 위 토지에 대한 사용승낙을 받는 것에 대한 논의가 주로 이루어졌다고 보는 것이 자연스럽다. 또한 실제 원고가 2019. 12. 20. 피고 측에 보낸 문자에서도 N으로부터 도로허가권을 인수받았는지에 대해 묻고 있으며 P도 2019. 10. 31. 피고 측

Q와 통화하면서 G 토지에 대해 파주시에서 도로관리자의 동의를 받아오라는 요구에 황당하다는 취지로 이야기한 적이 있음을 고려하면, P의 위 증언은 그대로 믿기 어렵고, 달리 이 사건 약정 당시 피고에게 G 토지에 대한 지목변경의무를 부과하기로 하는 합의가 있었다고 인정할 증거가 없다.

(4) 한편, P는 "피고가 N으로부터 동의를 받아주겠다고 한 적이 있냐"는 질문에 "예"라고 답변한 바 있으나, P의 전체 증언을 살펴보면 원고가 인허가를 받기 위해서 피고가 매매계약 체결 당사자로서 당연히 해줘야 한다는 자신의 의견을 말한 것으로 보여진다.

(5) 한편, 피고가 원고로부터 N의 동의가 없어 개발행위허가를 받지 못했다는 말을 듣고 N의 동의를 받기 위해 여러 노력을 한 것은 사실이나, 이 사건 약정에 피고에게 G 토지 도로관리자 N의 동의를 받아줄 의무 등이 기재되지 않은 점을 고려할 때, 그것은 피고가 원고에 대하여 그에 대한 약정상 의무가 있어서라기보다는 매매계약의 당사자로서 원고가 매매계약을 체결한 목적을 달성할 수 있도록 부가적으로 도의적인 협조를 한 것이라고 보인다.

(6) 한편, 피고가 자신의 공장에 대한 건축허가를 신청할 무렵인 2018. 10. 17. N으로부터 G 토지사용에 대한 동의를 받은 사실은 있으나, 당시는 G 토지가 건축법상 도로로 지정공고 되기 이전이었으므로⁴⁾, 그러한 사정만으로 G 토지가 건축법상 도로로 지정공고 되고 현황도로로 이용되고 있던 2019. 2. 28.자 약정 체결 당시에도 원고와 피고 사이에 피고가 G 토지에 관하여 N의 동의를 받아줄 것을 당연한 전제로 삼고 있었다고 단정하기 어렵다.

나) 진입로 확보의무 불이행으로 인한 해제 주장에 관하여

(1) 인정사실

이 사건 약정 제1조가 "진입로 폭은 6m 이상으로 한다"고 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같다. 한편, 갑 제18호증, 갑 22호증의 2, 을 제28호증의 각 기재에 의하면, 피고가 D 토지와 원고 소유 토지를 연결하는 부분에 옹벽과 휀스를 설치하고, 이를 훼손하거나 철거할 시 형사처벌을 받을 수 있다는 경고성 현수막을 부착함으로써 원고로 하여금 D 토지를 원고 소유 토지의 진입로로 사용할 수 없도록 한 사실을 인정할 수 있다. 한편, 이와 같은 피고의 채무불이행으로 인하여 이 사건 약정을 해제한다는 의사표시가 담긴 원고의 2021. 12. 9.자 준비서면이 2021. 12. 13. 피고에게 송달된 사실은 기록상 분명하다.

(2) 판단

(가) 위 인정사실에 의하면, 피고는 원고에게 폭 6m 이상의 진입로를 적시에 확보해줄 의무가 있고, 피고의 위 의무는 원고가 자신 소유 토지상에 공장을 신축하기 위해 진입로를 확보하고자 하는 이 사건 약정에 있어 주된 채무에 해당한다고 봄이 타당한데, 피고는 현재까지 옹벽 및 휨스를 설치하고 이를 제거하지 않는 등으로 원고에게 진입로를 확보해주지 않았으므로, 이 사건 약정은 원고의 해제 의사표시에 의하여 2021. 12. 13. 해제되었다고 할 것이다(이와 같이 피고의 진입로 확보의무 불이행을 이유로 한 이 사건 약정 해제를 받아들이는 이상 원고의 피고의 배임행위로 인한 해제 주장, 해제조건부 해제 주장에 관하여는 나아가 판단하지 않는다).

(나) 한편, 을 제29호증의 1의 기재에 의하면, 피고가 2022. 5. 3. 원고에게 "원고 소유 토지의 임야와 D 토지의 지대를 평지로 하는 등 사고 예방 조치를 하는 조건으로 원고의 잔금지급과 동시에 옹벽과 휨스를 철거하는데 동의한다"는 취지의 확인서를 작성해 준 사실을 인정할 수 있으나, 이는 이 사건 약정이 해제된 이후일 뿐만 아니라 이 사건 약정에 의하면 폭 6m 이상의 진입로를 적시에 확보해줄 피고의 의무는 원고의 잔금 지급의무보다 선이행되어야 함에도 위와 같은 조건이 부과되어 있으므로, 이미 발생한 해제 효과에 아무런 영향을 미칠 수 없다.

2) 소결론 가) 위에서 본 바와 같이 이 사건 약정은 진입로 확보의무 불이행이라는 피고의 귀책사유로 해제되었으므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 원상회복으로 기지급받은 매매대금 2억 3,000만 원 및 이에 대한 법정이자 내지 지연손해금을 반환할 의무가 있다.

나) 한편, 원고는 이 사건 약정은 "# 그 외에 적시하지 않은 사항은 부동산 관례에 따른다"고 정하고 있고, 위 문구에는 약정 해제시 계약금을 위약금으로 지급한다는 약정도 포함되는 것이므로, 피고는 원고에게 계약금 상당액 3,000만 원을 위약금으로 지급할 의무가 있다고도 주장한다. 그러나 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 약정의 위 문구에 위약금 약정이 포함되어 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위약금 지급청구는 받아들일 수 없다.

3) 피고의 주장 등에 관한 판단 가) 금반언 원칙 위배 주장

(1) 주장 요지

이 사건 근거당권은 이 사건 약정 유지를 전제로 설정된 것이므로, 이로써 원고는 해제권을

포기하였다고 볼 수 있다. 따라서 원고가 해제를 주장하는 것은 금반언의 원칙에 반한다.

(2) 판단

이 사건 근저당권이 설정되었다는 것만으로 원고가 해제권을 포기하였거나 원고가 해제를 주장하는 것이 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

나) 동시이행항변

(1) 주장 요지

설령 원고 주장과 같이 이 사건 약정이 해제되어 피고에게 원상회복의무가 있다고 하더라도, 피고는 이 사건 약정에 따라 원고에게 I 토지와 D 토지의 지목을 임야에서 도로로 변경해주었으므로, 원고 역시 원상회복으로 피고에게 위 토지들의 지목을 다시 임야로 변경할 의무가 있다. 또한 I 토지와 D 토지에 관한 이 사건 근저당권은 이 사건 약정과 밀접하게 이루어진 것이므로, 원고는 이 사건 근저당권을 말소할 의무가 있다. 피고는 원고가 위 각 의무를 이행할 때까지 원고에게 매매대금을 반환할 수 없다.

(2) 판단

(가) 원고의 지목변경의무 여부

피고가 2019. 11. 6. I 토지와 D 토지의 지목을 임야에서 도로로 변경한 사실은 앞서본 바와 같으나, 위 지목변경은 피고가 이 사건 약정 이전부터 자신 소유의 토지 위에 공장을 신축하기 위한 진입로 확보라는 자신의 이익을 위하여도 필요했던 것으로 보이는 점, 설령 그렇지 않다고 보더라도 위 토지들의 소유자는 현재 피고이므로 원고에게 지목을 변경할 수 있는 권한이 있다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 위 지목변경이 이 사건 약정에 따라 원고가 받은 이익이라거나 그것이 피고에게 반환되어야 할 성질의 것이어서 원고에게 원상회복으로 위 토지들의 지목을 변경할 의무가 있다고 보기 어렵다. 따라서 원고에게 지목변경의무가 있음을 전제로 하는 피고의 위 동시이행항변은 이유 없다.

(나) 원고의 이 사건 근저당권 말소의무 여부

피고는 원고가 금융기관으로부터 대출을 받아 공장 신축 등 개발행위를 원활하게 진행할 수 있도록

원고로부터 잔금을 지급받기 이전에 먼저 원고에게 이 사건 약정에 따라 I 토지와 D 토지 지분에 관하여 소유권지분이전등기를 마쳐준 사실, 이에 원고는 M조합에게 위 지분 등에 관하여 근저당권을 마쳐줌으로써 M조합으로부터 대출을 받을 수 있었던 사실, 이후 원고는 피고의 요청으로 위 근저당권 및 소유권지분이전등기를 말소하였고, 이에 피고가 M조합의 담보가치 하락을 방지하기 위해 채무자인 원고의 물상보증인으로서 M조합에게 I 토지와 D 토지 중 자신 지분 전부에 관하여 채권최고액을 12억 원으로 하는 이 사건 근저당권을 마쳐준 사실, M조합은 이 사건 근저당권을 원고 지분에 관하여 다시 근저당권을 설정할 때 말소하기로 합의한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면, 피고의 담보제공에 따른 피고와 원고 사이의 권리의무관계는 이 사건 약정에 따른 권리의무관계와 서로 동일한 목적을 위하여 밀접한 관련을 맺고 있다고 봄이 정당하고, 따라서 원고가 이 사건 약정 해제에 따른 원상회복 채권을 행사함에 있어서는 위 근저당권을 말소시켜 담보제공 이전의 상태로 회복시켜야 할 의무와의 견련성도 아울러 고려함이 당사자 간 거래의 경제적 실질과 당사자들의 합리적인 의사에도 부합한다. 만일, 이와 달리 원고의 원상회복청구에 대하여 피고가 무조건 그 이행에 응하여야 한다면, 피고는 원상회복의무 이행 후 원고가 근저당권 말소의무를 이행하지 않을 경우에 위 근저당권의 실행을 막기 위하여 스스로 대출금을 변제하여야 하는 등 이중지급의 위험에 빠지는 결과가 발생할 우려가 있다. 이와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 원고의 근저당권말소의무는 피고의 원상회복 의무와 고유한 대가관계가 있는 것은 아니지만, 그 담보제공의 경위와 목적, 위 대출금의 사용용도 및 피고가 처하게 될 이중지급의 위험 등 구체적 계약관계에 비추어 볼 때 이행상의 견련관계를 인정함이 타당하므로, 피고의 이 사건 약정 해제에 따른 원상회복의무와 원고의 이 사건 근저당권말소의무는 서로 동시이행의 관계에 있다고 보아야 한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결 등 참조). 따라서 피고의 위 동시이행항변은 이유 있다.

4) 소결론 가) 따라서 피고는 원고로부터 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행 받음과 동시에 그 원상회복의무의 이행으로서 원고에게 기지급받은 매매대금 2억 3,000만 원 및 그 중 계약금 3,000만 원에 대하여는 그 지급일인 2019. 2. 28.부터, 중도금 1억 5,000만 원에 대하여는 그 지급일인 2019. 3. 8.부터, 잔금 중 5,000만 원에 대하여는 그 지급일인 2019. 11. 6.부터 각 다

앞는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 이자를 지급할 의무가 있다.

나) 한편, 원고는 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일 다음 날부터 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하나, 앞서 본 바와 같은 동시이행관계가 인정되는 이상, 피고는 지체책임을 지지 아니하므로 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 이율을 적용할 수 없다. 따라서 위 인정범위를 초과하는 원고의 청구는 받아들이지 않는다.

다. 약정 취소에 따른 부당이득반환청구에 관한 판단

1) 관련 법리 동기의 착오가 법률행위 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결 등 참조). 한편, 동기의 착오가 상대방에 의하여 제공되거나 유발된 경우에는 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하지 않았다고 하더라도 착오를 이유로 취소할 수 있다(대법원 1997. 8. 26. 선고 97다6063 판결, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결 등 참조).

2) 판단 위 법리에 따라 판단하면, 원고가 맹지인 E 토지에 공장을 신축하여 개발행위를 하는데 도로관리자인 N의 동의가 필요한데도 N의 동의가 필요 없을 것이라는 착오에 빠져 진입로 지분 매매 및 사용에 관한 이 사건 약정을 체결하였다는 것은 동기의 착오에 해당하는데, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 이러한 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있거나 그 착오가 피고로부터 제공 또는 유발되었다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 을 제16호증의 기재에 의하면, 이 사건 약정의 입회인이자 원고의 개발행위허가 업무를 담당한 P는 이 사건 약정을 체결한 다음 날인 2019. 10. 31.에서야 피고 측 Q와 통화하면서 피고가 G 토지에 대해 도로관리자의 동의를 받은 사실이 있는지를 확인하고, 파주시의 도로관리자 동의를 받아오라는 요구사항이

황당하다는 취지로 이야기한 사실이 인정된다. 따라서 원고의 이 부분 청구는 받아들일 수 없다.

라. 이 사건 확인서에 따른 약정금 청구에 관한 판단

1) 이 사건 확인서의 내용은 "(원고가) I, D 토지에 관하여(피고에게) 5,000만 원을 지급 시 600만 원을 공제한 4,400만 원을 지불하기로 한다."는 것으로서, 이는 원고가 피고에게 이 사건 약정에 따른 대금 2억 8천만 원 중 미지급한 5,000만 원을 지급할 것을 정지조건으로 하여 그 정지조건이 성취되었을 때 피고가 위 5,000만 원 중 600만 원을 공제하는 방법으로 원고에게 600만 원을 지급하겠다는 취지로 해석된다.

2) 그러나 원고가 제출한 증거만으로는 원고가 피고에게 위 5,000만 원을 지급하였다는 점을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한 이 사건 약정이 해제되었다는 사정만으로는 원고의 잔금지급이라는 조건이 성취되었다고 볼 수 없고, 이 사건 확인서에 따르면, 원고는 잔금지급 시 잔금에서 600만 원을 공제할 수 있을 뿐 이를 넘어 피고에게 직접 600만 원의 지급을 구할 수는 없으므로, 피고에게 600만 원의 지급을 구하는 원고의 이 부분 청구 또한 이유 없다.

3. 반소 청구에 관한 판단

가. 피고 주장 요지

이 사건 약정은 유효하게 유지되고 있고, 피고는 이 사건 약정상 부수적 의무를 모두 이행하였으며, 소유권이전등기에 필요한 서류를 소송대리인의 사무실에 보관하고 있으면서 원고에게 그 수령을 최고함으로써 이행의 제공도 완료하였다 할 것이므로, 원고는 피고에게 미지급 잔금 5,000만 원에서 이 사건 합의서에 따른 600만 원을 공제한 4,400만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 본안 전 항변에 관한 판단

1) 원고 주장 요지 피고가 항소심에 이르러 제기한 반소에 따른 잔금청구는 원고가 반소제기에 동의하지 않고 심급의 이익을 해할 우려가 있어 부적법하므로 각하되어야 한다.

2) 판단 가) 민사소송법 제412조 제1항은 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 상대방의 동의를 받은 경우 항소심에서 반소를 제기할 수 있다고 규정하고 있고, 여기서 '상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우'라 함은 반소청구의 기초를 이루는 실질적인 쟁점이 제1심에서

본소의 청구원인 또는 방어방법과 관련하여 충분히 심리되어 상대방에게 제1심에서의 심급의 이익을 잃게 할 염려가 없는 경우를 말한다(대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다20064, 20071 판결, 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다24327 판결 등 참조).

나) 위 법리에 따라 판단하면, 이 사건 반소 청구의 기초를 이루는 실질적 쟁점은 이 사건 약정의 유지 여부, 원고의 잔금 지급의무 존부에 관한 것인데, 원고는 이 사건 약정이 해제되었다고 주장하면서 원상회복을 구하는 이 사건 본소 청구를 하였고, 이에 대하여 피고는 제1심에서 이 사건 약정이 해제되지 않았고 유지되고 있다고 주장하였으며, 그 과정에서 원고의 이 사건 약정에 따른 대금 지급 여부 등에 관하여 충분히 심리되었으므로, 이 사건 반소 청구는 원고에게 제1심에서의 심급의 이익을 잃게 할 염려가 없는 경우에 해당하여 적법하다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

다. 본안에 관한 판단

이 사건 약정이 피고의 귀책사유로 해제되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 계약이 유효하게 유지되고 있음을 전제로 하는 피고의 이 사건 반소 청구는 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 본소 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결 중 위에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고 피고에게 위 금액의 지급을 명하며, 원고의 나머지 항소 및 피고가 이 법원에서 제기한 반소 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사윤종구

판사권순형

판사박형준

- 1) 피고는 항소심인 이 법원에 반소를 제기하였다.
- 2) I 토지 지분 53분의 10.6, D 토지 지분 922분의 146.4 중 각 지분의 분모를 고려하지 아니하고 각 지분의 분자만을 단순 합산한 것이다($10.6 + 146.4 = 157$).
- 3) I 토지 지분 53분의 42.4 + D 토지 지분 922분의 775.6.
- 4) G 토지에 대한 도로 지정공고는 2018. 11. 9.에 이루어졌다.