

대법원 2010. 7. 29 선고 2010다35497, 2010다35503 판결 [부동산매매대금 및 보증채무금,
독립당사자참가의소]

재판경과

대법원 2010. 7. 29 선고 2010다35497, 2010다35503 판결

서울고등법원 2010. 4. 6 선고 2009나60628, 2009나60635 판결

전문

원고 ○○○

피고, 피상고인 1. ○○○ 주식회사

2. ○○○ 주식회사

독립당사자참가인, 상고인 파산자 주식회사 ○○○의 파산관재인 예금보험공사

원심판결 서울고등법원 2010. 4. 6. 선고 2009나60628, 2009나60635(참가) 판결

판결선고 2010. 7. 29.

주문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 독립당사자참가인의 부담으로 한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점 내지 제3점에 대하여

가. 민법 제395조는 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다고 정한다. 이 규정은 채권자가 채무자에 대하여 원래의 이행을 청구할 수 있는 경우라도 채무자에게 이행지체가 있은후에 상당한 기간을 정하여 이행의 최고를 하는 것을 요건으로 하여 채권자에게 원래의 이행청구를 하는 대신에 그 이행에 갈음하는 손해배상, 즉 전보배상을 청구할 수있는 가능성을 인정하려는 것이다. 그리하여 채권자는 원래의 이행을 청구할 권리(및이행지체로 인한 손해배상청구권)와 전보배상청구권 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 지위를 얻는다. 이는 채무자의 입장에서 보면 그가 부담하는 의무의 구체적인 내용이 이제 채권자의 선택에 달려 있게 되는 불안정한 상태에 놓이는 것을 뜻한다.

이와 같이 민법 제395조가 채권자에게 원래의 이행청구권과는 별개로 전보배상청구권을 선택할 새로운 가능성을 부여하는 규정인 점에 비추어, 채권자가 이행지체에 빠진 채무자에 대하여 이행에 갈음하는 손해배상을 청구하려면, 무엇보다도 채권자가 위규정 소정의 이행최고를 하였음을 주장 입증하여야 할 것이다.

또한 위 규정에서 정하는 채권자의 이행최고는 채무자가 원래 의무를 부담하는 급부에 대하여 그 이행을 구하는 것이어야 하고, 그와 다른 종류의 급부를 행할 것을 요구하였다고 해서 위 규정상의 이행최고가 행하여졌다고 할 수 없다. 이미 이행지체에 빠진 채무자에 대하여 새삼 그와 같은 채권자의 이행최고가 있었음에도 불구하고 이에응하여 채무자의 적절한 이행이 이루어지지

아니하였다는 것에서 위와 같이 채무자에게 불리한 법률효과가 발생하는 것을 정당화하는 근거를 찾을 수 있는 것이다.

나. 원심은, 우선 이 사건 매매계약 당시 원고와 피고 ○○○이 한 그 매매잔대금중 "5억 원은 그 금액 이상의 가치가 있는 주상복합사업의 상가를 대물로 지급한다"고 하는 약정(이하 '이 사건 상가양도약정'이라고 한다)은 처음부터 계약의 이행방법을 정한 것이고 기존 채무의 이행에 갈음하여 대물로 변제할 것을 약정한 것이 아니라고 한다음, 나아가 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라고 한다)의 주장, 즉 피고들이 잔대금지급의무의 이행을 지체하였으므로 민법 제390조, 제395조에 의하여 전보배상을 청구한다는 주장에 대하여 "채권자가 채무의 내용에 따라 상가를 지급할 것을 최고하였다는 점에 대한 주장 · 입증이 없다"는 이유로 이를 배척하였다.

참가인은 원심에서 피고들이 잔금지급의무를 해태하여 이행지체에 빠졌으므로 위 민법 규정에 따라 피고들에게 전보배상청구를 한다고 주장하였을 뿐이고(기록 680면 이하), 위에서 본 바와 같은 이행최고를 하였음을 주장 · 입증하였다고 볼 만한 자료를 기록상 찾을 수 없다. 따라서 이 사건 독립당사자참가로서 피고들에 대하여 한 이 사건 매매잔대금 27억 원의 청구가 이 사건 상가양도약정상의 의무에 관한 적법한 최고에 해당한다거나 피고들에게 명백한 이행거절의사가 있으므로 그 이행최고는 요구되지 아니한다는 주장은 이제 상고심에 와서 비로소 제기하는 바로서 적법한 상고이유가 되지 못한다(또한 이 사건 독립당사자참가로서 한 이 사건 매매잔대금 27억 원의 청구는금전의 지급을 구하는 것으로서, 앞서 본 법리에 비추어 이 사건 상가양도약정상의 의무에 관하여 민법 제395조 소정의 이행최고를 하였다고 볼 수도 없다).

또한 상고이유는 원심이 적법한 이행최고를 하였는지 여부 등에 관하여 주장 · 입증을 할 기회를 주지 아니하여 석명의무를 다하지 아니한 위법이 있다고 주장하나, 법원이 그러한 점에 대해서까지 당사자에게 주장 · 입증을 촉구할 의무가 있다고 할 수 없으므로, 이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

2. 상고이유 제4점에 대하여

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 주상복합상가의 분양대금 중 1회 중도금의 입금시기를 이 사건 매매잔대금의 지급기일로 보기로 하는 이 사건 매매계약상의 특별한 약정이 적용되려면, 위 입금시기가 원래의 매매잔대금 지급기일인 그 "분양일로부터 6개월 이내"보다 더 이른 날짜로 정하여졌어야 할 뿐만 아니라, 위 입금시기 당시 위 상가의 분양율이 30% 이상이어야 함을 알 수 있다. 그러나 위 상가의 분양율이 위 1회 중도금 입금시기 당시 30%에 이르렀다고 인정할 자료가 없으므로, 결국 이 부분 상고이유는 이유 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김지형 대법관 양승태 대법관 전수안 주심 대법관 양창수