

서울고등법원 2020. 5. 7 선고 2018나2073271 판결 [부당이득금반환]

재판경과

서울고등법원 2020. 5. 7 선고 2018나2073271 판결

서울서부지방법원 2018. 11. 22 선고 2017가합40252 판결

전 문

원고, 피항소인 겸 부대항소인A

소송대리인 법무법인 겨레

담당변호사 김태균

피고, 항소인 겸 부대피항소인1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 케이씨엘

담당변호사 김희태

변론 종결2020. 4. 2.

판결 선고2020. 5. 7.

제1심판결서울서부지방법원 2018. 11. 22. 선고 2017가합40252 판결

주 문

1. 제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 주위적 청구를 기각한다.

2. 원고의 부대항소 및 이 법원에서 피고 B에 대하여 추가한 예비적 청구를 모두 기각한다.
3. 원고는 피고들에게 가지급물의 반환으로 각 4,032,157원 및 이에 대하여 2019. 3. 26.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
4. 소송 총비용 및 가지급물반환신청 비용은 원고가 부담한다.
5. 제3항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

청구취지, 항소취지, 부대항소취지 및 가지급물반환신청취지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지

피고들은 원고에게 각 151,000,000원 및 이에 대하여 2014. 12. 30.부터 2018. 11. 22.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 주위적 청구취지를 감축하였다).

나. 피고 B에 대한 예비적 청구취지

피고 B은 원고에게 174,503,133원 및 이에 대하여 2017. 11. 29.부터 2019. 12. 10.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 피고 B에 대한 예비적 청구를 추가하였다).

2. 항소취지(피고들)

주문 제1항과 같다.

3. 부대항소취지(원고)

제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 원고에게 각 123,429,838원 및 이에 대하여

2014. 12. 30.부터 이 사건 판결선고시까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

4. 가지급물반환신청취지

주문 제3항과 같다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결을 아래와 같이 고쳐 쓰는 것을 제외하고는 제1심판결 이유 중 해당 부분(제2면 제15행부터 제10면 제2행까지의 '1. 기초사실' 부분)의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

가. 제9면 제9행의 "원고와 피고 B은"을 "원고와 I은 피고 B과 사이에"로 고쳐 쓴다.

나. 제9면 제9 내지 10행의 "이 사건 제1부동산(다만, 고양시 덕양구 H 임야 9m²는 제외)"을 "고양시 덕양구 H 임야 9m²를 제외한 이 사건 제1부동산(이하 '나머지 제1부동산'이라 한다) 중 1/2 지분"으로 고쳐 쓴다.

다. 제9면 제17 내지 18행의 "이 사건 제1부동산(다만, 고양시 덕양구 H 임야 9m²는 제외)"을 "나머지 제1부동산"으로 고쳐 쓴다.

2. 원고 주장의 요지

가. 주위적 청구원인

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결 이유 중 해당 부분(제10면 제4행부터 제11면 제8행까지의 '2. 원고의 주장 요지' 부분)의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

나. 피고 B에 대한 예비적 청구원인

설령 원고가 이 사건 공정증서에 따라 피고 B에게 7.5억 원의 채무를 부담하고 있다고 하더라도, 원고는 피고 B에게 2013. 8. 21. 3,000만 원을, 2013. 10. 29. 2,000만 원을 각 지급하여 합계 5,000만 원을 변제하였다.

또한 원고와 피고들은 2014. 11. 29. 매매대금을 10.62억 원으로 하는 이 사건 제2매매계약을 체결하면서 피고들이 지급하여야 하는 매매잔대금 3.02억 원을 위 채무에 변제충당 하는 것으로 약정하였다.

그리고 원고와 피고 B은 2017. 2. 20. 나머지 제1부동산 중 1/2 지분에 관하여 매매대금을 9.5억 원으로 하는 매매계약을 체결하였는데, 피고 B은 현재까지 위 매매대금 9.5억 원을 원고에게 지급하지 않고 있다.

따라서 원고가 피고 B에게 변제한 3.52억 원(= 3,000만 원 + 2,000만 원 + 3.02억 원)을 이자, 원금 순으로 변제충당하고, 원고가 피고 B에 대하여 가지고 있는 9.5억 원의 매매대금채권을 자동채권으로 하여 피고 B의 남은 채권과 상계하면 오히려 피고 B이 원고에게 174,503,133원을 지급하여야 한다.

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 이 사건 제2매매계약에서 정한 피고들의 매매대금 지급채무의 내용

앞서 본 바와 같이 이 사건 제2부동산에 관하여, 원고와 피고들은 2014. 11. 29. 이 사건 제2매매계약을 체결하고, 원고는 2014. 12. 29. 피고들에게 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 그리고 이 사건 제2매매계약의 전체 매매대금은 10.62억 원이고, 피고들이 이 사건 제2부동산에 관한 근저당권의 피담보채무인 7억 원 및 임대차보증금 6,000만 원을 승계하기로 정하였으므로 그 차액은 3.02억 원(= 10.62억 원 - 7억 원 - 6,000만 원)이 된다.

한편, 이 사건 제2매매계약에서 "차액은 원고의 미반환채무에서 3.02억 원을 제함"이라고 정하고 있다. 이와 관련하여 원고는 원고의 피고 B에 대한 이 사건 공정증서 등에 의한 채무가 전혀 존재하지 않으므로 피고들은 원고에게 3.02억 원 전부를 지급할 의무가 있다고 주장하는 반면, 피고들은 원고의 피고 B에 대한 3.02억 원을 초과하는 채무가 존재하므로 피고들이 원고에게 지급할 매매대금이 남아 있지 않다고 주장한다.

따라서 이하에서는 먼저 원고의 피고 B에 대한 이 사건 공정증서 등에 의한 채무가 존재하는지 여부에

관하여 살펴보고, 만약 채무가 존재한다면 그 채무액은 이 사건 제2매매계약 당시 어느 범위에서 존재하는지 살펴보도록 한다.

나. 이 사건 제1매매계약의 합의해지와 이 사건 공정증서의 무효 여부에 관한 판단

원고는 이 사건 해지통지서 및 이 사건 해지동의서의 기재대로 인정되는 이 사건 제1매매계약의 합의해지와 공증인법에 따라 작성된 이 사건 공정증서가 각각 원고와 피고 B이 통정하여 허위의 의사표시를 한 것으로서 무효라고 주장하고 있으므로 이에 대해 살펴본다.

1) 앞서 든 각 증거, 갑 제7, 16, 18호증의 각 기재, 제1심 증인 K의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실 또는 사정을 인정할 수는 있다.

가) 원고는 2011. 12. 1.까지만 하더라도 K, L, 피고 B에게 이 사건 제1매매계약을 이행할 것을 요구하였다(을 제3호증).

나) 부동산정보조회 시스템에 의하면 이 사건 제1부동산의 공시지가는 2008년부터 2012년까지 소폭 상승하기는 하였으나, 한국은행 경제통계시스템에 의하면 2012년 중반 건설업 업황실적이 다른 연도와 비교하여 다소 낮았던 사실은 이 법원에 현저하고, 원고는 이 사건 제1매매계약에 따라 K, 피고 B으로부터 수령한 매매대금 중 6억 원을 I에게 지급하는 등 대금 일부를 소비한 것으로 보인다. 이러한 상황에서 원고가 이 사건 제1매매계약의 전부를 해지한다는 이 사건 해지통지서(을 제4호증의 1)를 송부한 경위나 이유가 명확히 드러나지 않은 측면이 있다.

다) 피고 B이 I 및 원고에게 교부한 2017. 2. 20.자 확인서(갑 제4호증의 1, 갑 제6호증) 및 2017. 3. 23.자 확인서(갑 제4호증의 2)에는 "피고 B이 이 사건 제1매매계약에 의하여 소유권이전등기를 경료한다."는 취지의 내용이 기재되어 있다. 또한, K이 작성한 2019. 3. 28.자 사실확인서(갑 제18호증의 1)에는 "K과 피고 B은 모두 이 사건 제1매매계약에 의하여 소유권이전등기를 경료하였고, K 역시 2017. 2.경 피고 B이 원고에게 교부한 위 2017. 2. 20.자 확인서와 같은 내용의 확인서(갑 제18호증의 2)를 작성하여 원고에게 교부하였다."는 취지의 내용이 기재되어 있다.

라) T, U, V가 작성한 각 사실확인서(갑 제7호증의 1 내지 3)에는 "원고가 덕양구청장으로부터 과징금을 받은 피고 B을 도와주기 위해 이 사건 제1매매계약이 해지된 것처럼 가장한 서류들을 작성하였다."는 취지의 내용이 기재되어 있다.

마) 제1심 증인 K은 직접 경험한 사실은 아니지만, M와 원고로부터 "원고가 피고 B에게 문서를 잘못 써주어 크게 곤욕을 치르고 있다."고 전해들었다는 취지로 증언하였다.

2) 그러나 앞서 든 각 증거, 갑 제14, 15, 17호증, 을 제46, 47, 53, 54, 55호증의 각 기재, 제1심법원의 덕양구청장에 대한 사실조회 회신결과, 이 법원의 의정부지방법원 고양지원 고양등기소에 대한 문서송부촉탁결과, 원고 본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정에 비추어 볼 때, 위에서 본 사실 또는 사정과 원고가 제출한 증거를 모두 종합해 보더라도 이 사건 제1매매계약의 합의해지 및 이 사건 공정증서가 통정 허위표시로서 무효라고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

가) 원고는 이 사건 소송에서 원고의 명의로 되었거나 원고가 그 절차를 이행한 것임에도, 이 사건 해지통지서(을 제4호증), 이 사건 제1매매계약의 해지를 확인하고 2012. 8. 30.까지 7.5억 원을 반환한다는 취지의 확인서(을 제5호증), 액면금 7.5억 원인 2012. 9. 4.자 약속어음(을 제6호증), 채권최고액 7.5억 원의 2012. 9. 4.자 근저당권설정계약서 및 이에 따른 근저당권설정등기의 경료(을 제7호증), 이 사건 공정증서(을 제8호증), 이 사건 제2부동산에 관한 2013. 10. 4.자 매매예약 및 이에 따른 소유권이전청구권가등기의 경료(을 제13호증), 이 사건 제2부동산에 관한 소유권이전등기를 인정하는 취지의 2013. 12. 26.자 확인서, 원고의 인감이 날인된 매매계약서 및 위임장(을 제15, 16호증), 이 사건 제2부동산에 관한 2014. 11. 29.자 이 사건 제2매매계약서 및 이에 따른 소유권이전등기의 경료(을 제18, 19호증)에서 인정되는 추정력 등을 모두 부인하고 있다. 그 중 이 사건에서 피고들 주장의 주요한 근거가 되는 이 사건 해지통지서와 이 사건 공정증서는 제외하더라도, 나머지 처분문서 및 등기의 경료 등에 관하여, 원고는 그 진정성립이나 등기의 무효에 관하여는 다투지 않으면서 피고 B의 강요, 협박 등에 의하여 자포자기의 심정으로 피고 B의 요구를 그대로 수용하였다고 주장하였는데, 원고의 위 주장은 상식과 경험칙상 그 자체로 납득하기 어려운 측면이 있다.

나) 이러한 원고 주장에 따르면, 피고 B은 2012년경부터 원고에게 허위의 서류를 제출하는 위계에 의한 공무집행방해, 허위의 공정증서를 작성하는 공정증서원본불실기재 등을 부탁한 것은 물론 그 이후에도 지속적으로 원고에 대하여 의무 없는 일을 하게 하거나 원고에 대한 공갈 등의 방법으로

재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하였다는 것이 된다. 그러나 원고가 2017. 12. 12. 이 사건 소를 제기하기 이전까지 피고 B을 상대로 민·형사상의 구제수단이나 권리보전 조치를 취하였다고 볼 만한 아무런 정황이 없다. 또한 피고 B은 원고에게 이 사건 공정증서에 따른 금전지급채무의 이행을 요청하는 일련의 문서(을 제14호증)를 송부하였는데, 이에 대하여 원고가 이의하거나 반박하였다는 자료를 찾아볼 수도 없다.

다) 특히 원고는, 과징금 부과를 회피하려고 이 사건 제1매매계약이 해지된 것처럼 가장하여 덕양구청장에게 소명자료로 제출하겠다는 피고 B의 요청으로 이 사건 공정증서를 형식적으로 작성하였다고 주장하나, 원고의 위 주장은 다음과 같이 비합리적인 측면이 있다.

(1) 형식적으로 해지를 가장하고 제3자에게 이를 확인시켜 줄 것이라면, 매매계약의 해지에 관한 당사자의 의사합치가 드러난 문서를 보여주면 족하다고 할 것인데, 매수인으로 하여금 매도인에 대한 강제집행까지 실행할 수 있도록 하는 공정증서까지 작성한다는 것은 이례적이다. 오히려 매도인이 일정 기간 매매대금반환채무를 불이행하였고 향후에도 불이행할 가능성이 있어 매수인이 그 권리를 보전하기 위하여 공정증서 작성을 요구하였다는 것이 훨씬 자연스럽다. 한편 원고는 2012. 7.경 내지 8.경 피고 B에게 이 사건 제1매매계약의 합의해지를 확인하고 7.5억 원을 2012. 8. 30.까지 반환한다는 취지의 확인서를 교부하였는데(을 제5호증), 원고의 주장에 의하더라도 이러한 확인서의 작성·교부만으로 피고 B의 요청에 충분히 부응하였다고 할 것이다. 그럼에도 원고가 더 나아가 이 사건 공정증서까지 작성해 주어 피고 B이 해지를 가장하는 데 협조하였다는 것은 상식적이지 않다.

(2) 이 사건 공정증서가 원고와 피고 B 사이의 법률관계를 알지 못하는 제3자인 덕양구청장에게 제출하려는 목적으로 작성되었다면, 이 사건 공정증서에 이 사건 제1부동산이나 이 사건 제1매매계약에 관한 내용을 조금이라도 기재하여 언급하는 것이 합리적이다. 그런데 이 사건 공정증서에는 이에 관한 어떠한 내용도 기재되어 있지 않고, 금전소비대차계약의 내용만 기재되어 있을 뿐이다. 덕양구청장 입장에서는 부가적인 설명이 없고서는 이 사건 제1부동산이나 이 사건 제1매매계약과 연관성을 찾기 어려운 반면, 원고에게는 지극히 무거운 부담이 될 수 있는 이 사건 공정증서를 형식적으로 작성한 다음 제출한다는 전제는 수긍하기 어렵다.

(3) 더욱이 제1심법원의 덕양구청장에 대한 사실조회 회신결과에 의하면 덕양구청장에게 이 사건

공정증서는 제출된 적이 없다. 원고가 피고 B를 위하여 형식적으로 작성해 주었다고 주장하는, 액면금 7.5억 원인 2012. 9. 4.자 약속어음(을 제6호증), 채권최고액 7.5억 원의 2012. 9. 4.자 근저당권설정계약서(을 제7호증) 역시 마찬가지로 덕양구청장에게 제출되지 않았다. 게다가 피고 B에 대한 예상 과징금은 약 1,000만 원 정도였는데, 이를 회피하는 데 협조하고 이 사건 제1매매계약의 해지를 가장하기 위해 원고가 원고 소유의 다른 부동산에 실제로 근저당권까지 설정해 주고 이 사건 공정증서를 작성해 준다는 것도 균형에 맞지 않는다.

(4) 피고 B은 2012. 8. 3. 덕양구청장에게 과징금 부과 전제가 되는 명의신탁이 존재하지 않고 자신은 사기 피해를 입었다는 취지의 의견제출서를 제출하였고(을 제28호증), 이 사건 공정증서는 그로부터 약 4개월 가까이 지난 2012. 11. 29. 작성되었다. 피고 B이 이미 덕양구청장에 대한 소명을 마쳤고 덕양구청장에게 제출하지도 않을 것임에도, 이 사건 제1매매계약의 해지를 가장하기 위하여 원고가 약속어음을 발행하고 근저당권설정계약서를 작성하며 이 사건 공정증서로 원고가 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙하는 내용까지 약정한다는 것은 앞뒤가 맞지 않는다.

라) 원고는 피고 B에게 2013. 8. 21. 3,000만 원(을 제12호증), 2013. 10. 29. 2,000만 원(을 제22호증)을 각 지급하고, 인감증명서, 각종 위임장, 주민등록표 초본, 운전면허증과 같은 신분증, 이 사건 제2부동산에 관한 임대차계약서 등을 교부하며, 피고들을 원고와 함께 공동사업자로 등록하였다(을 제34호증). 이 사건 제1매매계약이 해지된 적이 없고 이 사건 공정증서가 무효라면, 원고가 아무런 이의를 제기하지 않은 채 피고 B에게 위와 같이 금원을 지급하고, 그의 권리 행사에 협조하며, 피고들에게 공동사업자 지위를 부여한다는 것은 경험칙에 반한다.

마) 이 사건 소송에서 제출된 대부분의 서증은 원고의 주장에 부합하지 않고 배치되며, 원고의 주장에 부합하는 듯한 증거는 T, U, V 작성의 각 사실확인서(갑 제7호증의 1 내지 3), 제1심 증인 K의 증언[같은 취지의 K 작성의 사실확인서(갑 제3호증)]이 있다. 그런데 ① T, U, V는 모두 원고 본인으로부터 전해 들었다는 것을 내용을 삼고 있을 뿐이어서 위 사실확인서를 그대로 믿기 어렵고, ② K 역시 M 또는 원고 본인으로부터 전해 들었다는 것에 불과하며, 원진술자라는 M는 2018. 4. 25.자 사실확인서(을 제30호증)에 "K이 자신에게 원고에 관하여 물어본 적도 없고, 자신은 원고가 억울하게 당하고 있다는 사실도 모르고 말한 적도 없다."라고 기재한 점 등에 비추어 K의 진술 내용

또한 쉽사리 믿기 어렵다.

바) 피고 B이 I 및 원고에게 교부한 2017. 2. 20.자 확인서(갑 제4호증의 1, 갑 제6호증) 및 2017. 3. 23.자 확인서(갑 제4호증의 2)에는 '이 사건 제1매매계약'의 이행을 전제하고 있다. 그러나 ① 1이 2017. 11. 7. 피고 B에게 '이 사건 제1매매계약'이 아닌 원고와 피고 B 사이에 새롭게 작성된 '2014. 10. 15.자 이 사건 약정서(을 제21호증의 3)'를 확인하고 동의한다는 취지의 확인서(을 제39호증)를 작성·교부한 점, ② 이가 작성한 인증서(을 제53호증)에 "본인과 원고, 피고 B이 2017. 2. 20.자 확인서(갑 제4, 6호증)를 작성하던 당시 2017. 2. 8.자 확인서와 2008. 4. 16.자 매매계약서(이 사건 제1매매계약서)를 간인하여 무효임을 확인하였다."고 기재되어 있고, 실제 위 2017. 2. 20.자 확인서에 첨부된 2008. 4. 16.자 매매계약서에는 원고, 피고 B, I의 간인으로 보이는 흔적이 남아있는 점, ③ 이 사건 제1매매계약이 유효하다는 주장과 달리 원고는 2017. 2. 20. 피고 B과 이 사건 제1부동산에 관한 새로운 매매계약서(을 제36호증)를 작성하기도 하였고, 나머지 제1부동산 중 1/2 지분에 관하여 이 사건 제1매매계약이 아닌 '2017. 10. 11. 매매'를 원인으로 하여 피고 B에게 소유권이전등기가 경료된 점, ④ 이 법원에서 제출된 K의 확인서(갑 제18호증의 2) 등은 K과 원고와의 관계, 그 제출시점 등에 비추어, 이를 그대로 믿기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 제출한 위 증거들만으로 이 사건 제1부동산의 등기 명의 이전이 이 사건 제1매매계약에 기인한 것이라고 단정하기 어렵다.

사) 한편, 원고는 다음과 같이 이 사건 제1매매계약의 합의해지 및 이 사건 공정증서가 통정 허위표시로서 무효라고 주장하나, 이는 모두 받아들일 수 없다.

(1) K, L, 피고 B은 이 사건 제1매매계약 체결 당시 이 사건 제1부동산이 차후 수용되어 발생할 양도소득세의 납부를 피하기 위해 원고에게 위 부동산을 명의신탁해두었으므로, 피고 B으로서는 과징금의 부과를 피하기 위해 원고로부터 허위로 작성된 이 사건 해지통지서, 이 사건 공정증서 등을 받을 필요가 있었다는 취지의 주장을 한다.

그러나 아래와 같은 사정을 종합하여 보면, K, L, 피고 B이 이 사건 제1매매계약 당시 이 사건 제1부동산을 원고에게 명의신탁 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 제1매매계약 체결 당시 이 사건 제1부동산은 토지거래허가구역 내에 위치하여

소유권이전이 자유롭지 못하였다.

② I, K, L, 피고 B이 이 사건 제1매매계약 당시 작성한 특약사항 이행각서(을 제1호증의 2) 제1항에 "매도인은 매매부동산에 대하여 매수인 명의로 소유권이전을 마치지 않은 경우에도 매수인이 건축허가를 신청할 때는 건축 인·허가에 필요한 제반서류를 구비해 매수인에게 교부하여야 한다."는 취지의 내용이 기재되어 있다.

③ K, L, 피고 B 사이에 작성된 약정서(을 제1호증의 3)에는 "이 사건 제1부동산을 주유소 등 사업부지로 개발하고, 건축허가를 받도록 노력한다."는 취지의 내용이 기재되어 있고, 원고 역시 그 내용을 알고 있었던 것으로 보인다.

④ 이 사건 제1매매계약 당시 입회하였던 M가 작성한 2019. 8. 26.자 사실확인서(을 제55호증)에 "이 사건 제1매매계약 당시 이 사건 제1부동산을 전매하는 내용의 협의가 오가지 않았고, K, L, 피고 B은 이 사건 제1부동산을 주유소 등으로 개발하기 위해 매수한 것으로 알고 있다."는 취지의 내용이 기재되어 있다[M는 이와 반대되는 취지의 2019. 4. 20.자 사실확인서(갑 제15호증)를 작성하였으나, 2019. 8. 26.자 사실확인서를 통해 2019. 4. 20.자 사실확인서는 원고가 작성해온 것이고 그 내용을 확인하지 않은 채 서명·날인해 주었다고 밝히고 있으므로, 2019. 4. 20.자 사실확인서의 내용은 그대로 받아들일 수는 없다].

(2) 이 사건 제1부동산의 공동매수인인 K이 원고의 이 사건 제1매매계약 해지통보가 통정허위표시임을 인정하고 있으므로, K에 대한 해지통보는 무효이고, 해지·해제 불가분의 원칙에 따라 피고 B에 대한 해지통보도 무효라는 취지의 주장을 한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 K의 진술 내용 등을 그대로 믿기 어렵고, 원고가 이 사건 해지통지서(을 제5호증)를 통해 K, L, 피고 B 모두에게 이 사건 제1매매계약의 해지를 통보한 이상 민법 제547조 제1항의 해지·해제 불가분 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

(3) 원고와 피고 B이 2017. 2. 20. 작성한 매매계약서(을 제36호증)에 나머지 제1부동산 1/2지분의 가액이 9.5억 원으로 기재되어 있는바, 그 매매대금의 배액이 당초에 이 사건 제1매매계약서에 기재된 이 사건 제1부동산의 매매대금 액수와 동일하므로, 이 사건 제1부동산은 이 사건 제1매매계약에 따라 이전된 것으로 보아야 한다는 취지의 주장을 한다.

그러나 원고의 위 주장만으로 나머지 제1부동산 중 1/2지분에 마쳐진 피고 B 명의의 등기가 이 사건 제1매매계약에 의한 것이라고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(4) 이 사건 공정증서는, ① 원고가 피고 B로부터 실제 금전을 차용하지 않았음에도 마치 차용행위가 있었던 것처럼 작성되었다는 점, ② 피고 B의 주장에 의하더라도 그 실질이 이 사건 제1매매계약의 해지에 따른 피고 B의 매매대금 7.5억 원을 반환하기 위한 것이어서 채무변제계약(준소비대차) 공정증서 형식으로 작성되었어야 함에도 금전소비대차계약 공정증서 형식으로 작성되었다는 점 등에 비추어 무효라는 취지로 주장한다.

그러나 원고가 피고 B에게 보낸 이 사건 해지통지서(을 제5호증)의 내용, 원고와 피고 B 사이에서 작성된 2012. 9. 4.자 약속어음(을 제6호증)에 비추어 볼 때, 이 사건 공정증서가 작성되기 전후로 원고와 피고 B 사이에는 원고가 피고 B에게 7.5억 원을 반환하기로 하는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하고, 그 외관 내지 형식이 금전소비대차로 되어 있다는 사정만으로 이 사건 공정증서가 무효라고 볼 수는 없다.

(5) 이 사건 제1부동산이 이 사건 약정서(을 제21호증의 3)에 첨부된 가분할 측량성과도와 같이 분할되지 않았는바, 나머지 제1부동산 중 1/2지분에 경료된 피고 B 명의의 등기는 이 사건 약정서가 아닌 이 사건 제1매매계약을 원인으로 경료된 것으로 보아야 한다는 취지로 주장한다.

원고의 주장과 같이 이 사건 제1부동산이 위 약정서에 첨부된 가분할 측량성과도와 같이 4개의 필지(A부분 957m², B부분 957m², C부분 2,408m², D부분 2,408m²)로 분할되지 않고 3개의 필지(경기도 고양시 덕양구 D 임야 957m², 경기도 고양시 덕양구 F 임야 3,365m², 경기도 고양시 덕양구 G 임야 2,399m²)로 분할되기는 하였다. 그러나 ① 토지분할은 원고 측의 신청으로 진행된 것인 점, ② 위 A, C 부분의 합계 면적 및 위치가 위 경기도 고양시 덕양구 F 임야의 면적 및 위치와 같은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 부동산은 가분할 측량성과도를 크게 벗어나지 않는 범위 내에서 원고와 피고 B의 편의상 A, C 부분을 1개의 필지로 하여 총 3개의 필지로 분할되었다고 봄이 타당하고, 위와 같이 3개의 필지로 분할되었다고 하여 나머지 제1부동산 중 1/2지분에 경료된 피고 B 명의의 등기가 이 사건 제1매매계약에 의한 것이라고 보기는 어렵다.

3) 따라서 이 사건 제1매매계약의 합의해지와 이 사건 공정증서가 무효라는 점을 인정할 수 없으므로,

이와 달리 그 무효를 전제로 이 사건 제2매매계약에서 정한 '원고의 미반환채무'로서 원고의 피고 B에 대한 이 사건 공정증서 등에 의한 채무가 존재하지 않는다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

다. '원고의 미반환채무'에 관한 채무액의 산정

1) 다음으로 이 사건 제2매매계약 당시 '원고의 미반환채무'로서 원고의 피고 B에 대한 이 사건 공정증서 등에 의한 채무액이 어느 범위에서 인정되는지, 피고들 주장대로 3.02억 원을 초과하는지 여부에 관하여 살펴본다.

2) 앞서 본 바와 같이, 이 사건 공정증서에 따르면 원고는 피고 B에 대하여 원금 7.5억 원을 2012. 12. 30.까지 상환하고 지연이자율은 연 12%로 정하였고, 원고는 피고 B에게 2013. 8. 21. 3,000만 원 및 2013. 10. 29. 2,000만 원을 각 변제하였으며, 원고와 피고 B은 피고 B이 원고로부터 이 사건 부동산 중 826㎡ 및 2,479㎡를 매매대금 합계 6.25억 원(= 5.25억 원 + 1억 원)에 매수한다는 취지의 2014. 10. 15.자 이 사건 약정서(을 제21호증의 3)를 작성하였다.

한편, 이 사건 약정서 제3조에는 "이 사건 제1부동산에 관한 분할등기와 동시에 매매계약을 체결하고 같은 날 소유권이전등기를 이행하며, 이 사건 공정증서에 기한 채무원리금의 일부 변제 명목으로 매매대금을 지급한다."라고 기재되어 있다. 이와 관련하여, 원고는 이 사건 제1부동산에 관해 분할등기가 이루어진 2014. 11. 26.을 매매대금 지급 시점으로 보아야 한다고 주장하는 반면, 피고 B은 I으로부터 위 부동산의 소유권이전에 필요한 서류를 건네받은 2017. 2. 20.을 매매대금 지급 시점으로 보아야 한다고 주장하고 있다.

이에 따라 피고 B의 매매대금 지급 시점을 언제로 볼 것인지에 관하여 살피건대, 아래 사정들에 비추어 보면 이 사건 약정서에서 정한 매매대금이 지급된 시점은 피고 B의 주장과 같이 2017. 2. 20.로 봄이 타당하다.

- ① 통상 부동산 매매계약에 있어서 최종적인 대금지급은 매매목적물의 소유권이전등기와 동시에 이루어진다.
- ② 이 사건 약정서 제3조의 문언 상 매매대금의 지급은 분할등기 뿐만 아니라 소유권이전등기가 이행됨을 전제하는 것으로 해석함이 상당하다.
- ③ 나머지 제1부동산 중 1/2 지분에 관한 소유권이전이 지연된 것은 피고 B의 사정 때문이 아니라 위

부동산의 소유권이 원고 아닌 I에게 명의신탁 되어 있었기 때문으로 보인다. 그와 달리 I이 피고 B에게 위 부동산의 소유권이전에 필요한 서류를 건넨 2017. 2. 20. 이전까지 피고 B에게 위 부동산의 소유권이전이 지연된 것에 대한 귀책사유가 있다고 볼 만한 자료가 없다.

④ 위 부동산의 등기 이전 과정에서 법무사 W이 작성한 확인서면(갑 제17호증의 1) 특기사항 란에 "2017. 11. 24. 매수인인 피고 B이 I을 만나 매매잔금을 치렀고 이를 확인하였다."는 취지의 내용이 기재되어 있다.

3) 위와 같은 사실을 기초로 할 때, 원고는 이 사건 제2매매계약이 체결된 2014. 11. 29. 당시 피고 B에게 이 사건 공정증서상의 채무에 대한 변제로 함께 5,000만 원만을 지급하였다고 할 것이고, 이를 민법 제479조에 따라 변제충당하면 2014. 11. 29. 당시 원고가 피고 B에 대해 부담하는 잔존 채무액은 아래의 표기재와 같이 872,356,163원이 된다(이하 모든 계산은 원 미만 버림한다).

750,000,000	2012.12.31	12%	2013.8.21.	57,698,630	57,698,630	30,000,000	27,698,630	0
750,000,000	2013.8.22.	12%	2013.10.29	17,013,698	44,712,328	20,000,000	24,712,328	0
750,000,000	2013.10.30	12%	2014.11.29	97,643,835	합계 872,356,163 (=750,000,000 + 97,643,835 + 24,712,328)			

라. 소결론

위와 같이 원고의 피고 B에 대한 이 사건 공정증서 등에 의한 채무액이 이 사건 제2매매계약에 정해진 잔여 매매대금인 3.02억 원을 초과함은 계산상 명백하므로, 피고들이 원고에게 지급할 매매대금이 남아있다고 볼 수 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 주위적 청구는 받아들이지 않는다(한편, 피고 B은 예비적으로 원고가 2016. 9.경 피고 B을 속여 편취한 1,800만 원 상당의 불법행위 채권으로 상계한다는 항변을 하나, 원고의 주위적 청구를 받아들이지 않으므로 위 항변에 관하여는 더 나아가 판단하지 않는다).

4. 피고 B에 대한 예비적 청구에 관한 판단

가. 원고의 예비적 청구는 피고 B이 이 사건 제1부동산 중 3,305㎡를 6.25억 원에 매수하기로 하는 이 사건 약정이 실효되고, 그 후 그와 별개로 피고 B이 나머지 제1부동산의 1/2 지분을 9.5억 원에 매수하기로 하는 2017. 2. 20.자 매매계약이 체결되어 피고 B이 원고에게 9.5억 원의 매매대금채무를 부담하고 있음을 전제로 하고 있다.

나. 그러나 앞서 본 증거들과 갑 제4호증의 1, 갑 제17호증의 1, 을 제17, 21, 23, 34, 39, 42, 56, 57, 58호증(각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정들에 의하면, 원고와 피고 B은 2017. 2. 20. 이 사건 약정을 기초로 그에 관한 매매계약서를 다시 작성하는 과정에서 서로의 이해관계에 따라 이 사건 약정에 따른 매매대금 6.25억 원을 9.5억 원으로 상향하여 기재하되, 그에 따른 9.5억 원의 매매대금은 모두 지급된 것으로 최종 합의하여 2017. 2. 20.자 매매계약서를 작성하였다고 봄이 타당하다.

1) 원고와 피고 B은 2014. 10. 7.자 원고의 인감증명서를 첨부하여 2014. 10. 10. 피고 B이 이 사건 제1부동산 중 18평(약 59.5㎡)을 대금 500만 원에 매수하기로 하는 '확인 및 매매계약서(을 제21호증의 1)'를 작성하였다. 이후 피고 B은 원고 대신 지적측량회사에 측량대금 500만 원을 지급하는 방식으로 위 토지 매매대금 500만 원을 지급하였다.

2) 곧이어 원고와 피고 B은 2014. 10. 15. 원고의 같은 일자 인감증명서를 첨부하여 피고 B이 이 사건 제1부동산의 가분할 측량성과도 A, C 부분 중 3,305㎡를 6.25억 원에 매수하고 그 대금은 원고가 피고 B에 대하여 부담하는 채무변제에 갈음하기로 하는 이 사건 약정을 체결하였다.

그런데 피고 B이 2014. 10. 10. 매수하기로 한 59.5㎡과 이 사건 약정을 통하여 매수하기로 한 3,305㎡를 합치면 총 3,364.5㎡로서 이 사건 제1부동산 면적(6,730㎡)의 1/2인 3,365㎡와 사실상 동일하다. 따라서 피고 B은 2014. 10. 10.자 약정과 이 사건 약정을 합하여 원고 소유인 이 사건 제1부동산 면적의 1/2에 해당하는 부분을 매수하기로 한 것으로 보인다.

한편 피고 B은 이 사건 약정 체결 바로 다음 날인 2014. 10. 16. 원고에게 2,000만 원을 송금하였다. 약정 체결일과 시간적으로 매우 근접하여 돈이 지급된 점 및 위 돈이 이 사건 약정에 따른 매매대금의 일부가 아니라면 어떠한 이유와 용도로 원고에게 지급된 것인지에 관하여 원고가 설득력 있는 설명을 하지 못하고 있는 점 등에 비추어 이는 피고들의 주장대로 이 사건 약정에서 정한 대금의 일부로서

원고에게 선지급된 것으로 봄이 타당하다.

3) 이 사건 약정에 의하면, 원고는 2014. 10. 30.까지 가분할 측량성과도와 같이 지적분할 및 분할등기를 이행하여야 하고 그와 동시에 피고 B이 매수하기로 한 부동산에 관하여 정식으로 매매계약을 체결할 의무를 부담한다(제3조). 또한 원고는, 원고와 I이 이 사건 약정에 따른 의무를 이행하지 못할 경우 피고 B에게 손해배상금 1억 원을 지급하고, 7.5억 원에 대하여 연 20%의 지연손해금을 부담하기로 약정하였다(제4조).

한편 원고와 피고 B은 이 사건 약정을 체결하면서 만일 피고 B이 이 사건 약정에서 정한 부동산을 매수하여 평당 110만 원 이상으로 전매할 경우 원고에게 5,000만 원을 지급하고, 대신 평당 80만 원까지 금액에 해당하는 양도세는 원고가 부담하기로 추가로 약정하였다(을 제23, 35호증).

4) 이 사건 약정은 제1부동산이 가분할 측량성과도와 같이 A, B, C, D 4부분으로 분할될 것을 전제로 피고 B이 A, C 부분 중 일부와 추가 18평을 함께 매수하기로 한 것이었으나, 제1부동산은 그와 같은 방식으로 분할되지 못하였다. 이에 따라 피고 B은 면적의 1/2을 특정하여 매수하는 계획을 포기하고 최초 제1매매계약에서 의도한 바와 같이 토지의 1/2 지분을 매수하는 것으로 그 매수 방식을 변경하였던 것으로 보인다.

이와 같이 비록 이 사건 약정에 따라 면적의 1/2을 특정하여 매매하는 것은 어렵게 되었으나, 그 후에도 피고 B은 면적의 1/2 대신 지분의 1/2을 매수하는 것으로 매수 방식만을 변경하였을 뿐 여전히 위 약정이 유효함을 전제로 원고와 I에게 1/2 지분에 관한 등기이전을 꾸준히 요구하였다. 따라서 원고가 피고 B에게 제1부동산의 절반을 6.25억 원에 매도하기로 하는 이 사건 약정은 여전히 유효하였던 것으로 보이고, 그 외 위 약정이 실효되었다고 볼 만한 특별한 사정은 찾아보기 어렵다. 오히려 앞서 본 바와 같이 피고 B의 지속적인 요구에도 불구하고 원고와 I의 사정에 의하여 정식 매매계약의 체결 및 등기가 지연되다가 2017. 2. 20.이 되어서야 피고 B은 I으로부터 등기에 필요한 서류를 넘겨받을 수 있었다.

5) 한편 등기명의인인 I은 이 사건 제1매매계약 중 L 지분으로 인한 분쟁과 제1매매계약으로부터 오랜 시간이 경과되어 혹시라도 있을 과징금 등의 불이익을 염려하여 피고 B에게 피고 B이 L 지분을 인수하여 나머지 제1부동산의 1/2 지분을 양수한다는 취지의 확인서와 새로운 매매계약서의 작성을

요구하였다.

이에 따라 피고 B은 2017. 2. 20. I이 원하는 내용대로 확인서(갑 제4호증의 1)를 작성하여 주었다. 또한 이 사건 약정 제3조에 따라 정식 매매계약을 다시 체결하여야 할 뿐 아니라 어차피 등기를 위해서는 I을 매도인으로 하는 매매계약서를 작성하여야 했으므로, 원고 및 I, 피고 B은 2017. 2. 20. 함께 만나 협의하며 2017. 2. 20.자 매매계약서를 작성하게 되었다(을 제36호증).

6) 한편, 피고들은 2017. 2. 20.자 매매계약서의 매매대금을 9.5억 원으로 기재한 경위에 관하여 원고가 당시까지 피고 B에게 부담하고 있던 지연손해금 또는 손해배상채무 등을 반영하여 매매대금을 9.5억 원으로 상향 조정하면서 그 대금은 모두 정산된 것으로 합의한 것이라고 주장한다.

앞서 본 바와 같이 원고는 피고 B에 대하여 7.5억 원 및 그에 대한 연 12%의 지연손해금 채무를 부담하고 있었고, 그와 더불어 이 사건 약정을 기한 내에 이행하지 못할 경우 7.5억 원에 대하여 연 20%의 지연손해금 및 그와 별도로 위약금 1억 원을 손해배상 명목으로 피고 B에게 지급하기로 약정하였다.

원고가 실제 이 사건 약정에 따른 위약금 또는 손해배상채무를 부담하는지 여부는 별론으로 하더라도, 이에 따라 2017. 2. 20.을 기준으로 원고가 피고 B에게 부담하고 있던 미반환채무 및 손해배상채무액을 대략 추산하면, 제2부동산의 매매잔대금 3.02억 원을 2014. 11. 29. 변제충당하여 570,356,163원의 원금이 남게 되고, 편의상 그 다음날부터 위 약정에 따라 연 20%의 이율을 적용할 경우 최종 채무액 합계는 약 924,438,113원에 달한다(= 원금 570,356,163원 + 2014. 11. 30. ~ 2017. 2. 20. 기간 동안 연 20%의 지연손해금 254,081,950원 + 위약금 1억 원). 그리고 이는 매매대금 9.5억 원에서 피고 B이 2014. 10. 16. 원고에게 매매대금의 일부로 변제한 2,000만 원을 공제하고 남은 매매대금 9.3억 원과 거의 일치한다.

7) 원고 또는 피고들이 각자 주장하는 손해배상액의 계산방식과 근거, 금액 등은 위 계산과 다소 차이가 있고, 실제 원고가 그와 같은 손해배상책임을 지는지 여부도 다툼의 여지가 있기는 하다. 그러나 당시 원고와 피고 B은 각자 나름의 방식대로 대략적인 손해배상액을 계산하면서, 전매시의 수익분배 방법과 양도세의 부담 등 서로의 이해관계를 조정하기 위한 부수적인 약정을 두었던 점, 제1매매계약에 기한 1/2 지분의 매매대금이 9.5억 원이었던 점 등을 함께 고려하여 최종 매매대금을

그와 같이 조정하였던 것으로 보인다. 따라서 원고의 채무액과 이러한 사정들을 모두 종합하여 최종 매매대금을 9.5억 원으로 조정하면서 피고 B이 이미 지급한 매매대금 2,000만 원을 반영하고, 피고 B이 I에게 추가로 1,000만 원을 지급하기로 함으로써 9.5억 원의 매매대금이 모두 지급된 것으로 합의하였다는 피고들의 주장은 충분히 설득력이 있다.

피고 B이 등기를 마치기 전날인 2017. 11. 28. I의 계좌로 그 명목을 '매매잔금'으로 명시하여 1,000만 원을 송금하고(을 제57호증의 1, 2), 바로 다음 날 거의 동일한 내용의 2017. 10. 11.자 매매계약서(갑 제17호증의 1)를 제출하여 소유권이전등기를 마친 점도 이러한 정황을 뒷받침한다.

8) 원고의 입장에서 볼 때에는, 피고 B에게 부담하여야 하는 7.5억 원에 대한 지연손해금 또는 손해배상의 문제를 해결하고, 부동산이 전매될 경우 자신이 약정한 일부 양도세의 부담을 덜기 위하여 매매대금을 9.5억 원으로 상향하면서 대금이 완납된 것으로 합의할 충분한 동기가 있었다고 보인다. 한편 피고 B으로서도, 표면적으로는 매매대금이 증액되는 불리한 결과가 발생하기는 하지만, 어차피 오랜 시간 지급받지 못하여 앞으로도 실제 지급받을 가능성이 낮아 보이는 7.5억 원에 대한 지연손해금을 매매대금에 반영하여 원고와의 채권채무관계를 정산하는 대신 향후 전매로 인하여 발생할 수 있는 양도세를 줄일 수 있는 장점이 있었다.

따라서 원고와 피고 B은 그동안 누적되어 온 채권채무관계를 정산하고 양도세의 부담을 덜기 위한 의도로 매매대금을 9.5억 원으로 기재하되 그 대금이 모두 완납된 것으로 합의하는 데에 서로의 이해관계가 일치하였던 것으로 보인다.

9) 매매대금이 완납되기도 전에 매도인이 등기에 필요한 서류를 교부하여 소유권이전등기를 마쳐주는 것은 매우 이례적이고, 그러한 경우 잔대금의 지급을 담보하기 위한 안전장치를 갖추어 두는 것이 일반적이다. 그런데 오히려 원고는 위 매매계약서 작성일에 등기에 필요한 서류를 I을 통하여 피고 B에게 교부하였고, 그 후 2017. 6. 16. 어떠한 조건도 없이 "피고 B이 위 매매계약서에 따른 소유권이전등기를 하는 것에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않겠다"는 취지의 합의서를 작성하여 피고 B에게 교부하기도 하였다. 또한 2017. 2. 20.자 매매계약서 및 등기시에 제출된 2017. 10. 11.자 매매계약서에는 "매도인은 상기 매매대금 및 향후 본 매매계약과 관련하여 일체 민형사상 이의를 쌍방 제기하지 않는다"는 특약사항이 부기되어 있기도 하다.

나아가 원고는 이 법원에서 예비적 청구를 추가하기 전까지 피고 B에게 제2매매계약에 따른 잔금의 지급만을 구하였을 뿐 소송상으로는 소송 외적으로도 2017. 2. 20.자 매매계약서에 따른 매매대금의 지급을 요구한 정황이 없다.

이러한 원고의 태도는 2017. 2. 20.자 매매계약서에 기하여 추가로 지급받을 매매잔대금채권을 가지고 있는 사람의 모습으로는 보이지 않고, 오히려 매매대금이 완불된 것으로 합의하여 더 이상의 매매대금채권을 가지고 있지 않은 사람이 취할 태도라고 보는 것이 자연스럽다.

10) 이 사건 제1부동산의 명의자였던 I 역시 2017. 2. 20.자 매매계약 체결 후 수차례에 걸쳐 2017. 2. 20.자 매매계약서에 기한 매매대금이 모두 지불되었음을 인정하는 확인서 및 원고와 피고 B이 제1부동산의 1/2 지분을 매매하기로 한 이 사건 약정에 대하여 합의(확인)하였고 동의한다는 내용의 확인서를 각 작성하여 피고 B에게 교부하였다(을 제39호증, 을 제56호증의 3, 5). I은 원고로부터 제1부동산을 신탁받아 보관하던 명의자로서 자칫 원고와의 분쟁 위험을 무릅쓰고 원고의 의사에 반하여 피고 B에게 이와 같은 내용의 확인서를 작성하여 주었을 것으로는 보이지 않는다.

또한 부동산의 등기 이전 절차에 관여한 법무사 W 역시 "2017. 11. 24. 매수인인 피고 B이 I을 만나 매매잔금을 치렀고 이를 확인하였다"는 취지의 확인서를 작성하여 등기서류에 첨부하기도 하였다(갑 제17호증의 1).

다. 소결론

따라서 2017. 2. 20.자 매매계약에 따른 매매대금 9.5억 원은 모두 완납되어 피고 B이 원고에게 추가로 지급할 매매대금은 남아 있지 않으므로, 이를 전제로 하는 원고의 예비적 청구 역시 받아들일 수 없다.

5. 가지급물반환신청에 관한 판단

가집행선고부 제1심판결에 따른 대체집행으로, 2019. 3. 26. 피고들의 예금계좌에서 각 4,032,157원이 인출되어 원고에게 지급된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 이 법원에 현저하다. 그런데 앞서 본 것과 같은 이유로 제1심판결 중 피고들 패소 부분은 이 판결의 선고로 취소되어야 하므로 제1심판결의 가집행선고도 이 판결의 선고로 실효된다.

따라서 원고는 가지급물의 반환으로, 피고들에게 각 4,032,157원 및 이에 대하여 가지급물 수령일인

2019. 3. 26.부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

6. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 주위적 청구 및 피고 B에 대한 예비적 청구는 모두 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결 중 주위적 청구에 관한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고들의 항소를 받아들여 제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 주위적 청구를 기각한다. 그리고 원고의 부대항소와 이 법원에서 피고 B에 대하여 추가한 예비적 청구는 이유 없어 기각하고, 피고들의 가지급물반환신청은 이유 있어 인용한다.

재판장판사배형원

판사조광국

판사하태헌