

서울고등법원 2020. 6. 4 선고 2019나2038404 판결 [부당이득금반환]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인 제이앤

담당변호사 김건호, 정경준

피고, 피항소인 1. B

2. C

3. 주식회사 D

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 영진

담당변호사 이현, 김청환

변론 종결 2020. 5. 7.

판결 선고 2020. 6. 4.

제 1 심 판결 서울중앙지방법원 2019. 7. 17. 선고 2018가합517914 판결

주 문

1. 제1심판결 중 피고 B, C에 대한 채권자대위권에 기한 청구 부분과 피고 주식회사D에 대한 부분을 취소한다.
2. 원고의 피고 B, C에 대한 소 중 채권자대위권에 기한 청구 부분을 각하한다.
3. 피고 주식회사 D는 원고에게 395,700,000원 및 그 중 300,000,000원에 대하여는 2015. 9. 3.부터 2018. 9. 20.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의각 비율로 계산한 돈을,

나머지 95,700,000원에 대하여는 2018. 9. 21.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

4. 원고의 피고 B, C에 대한 나머지 항소를 모두 기각한다.

5. 원고와 피고 주식회사 D 사이에 생긴 소송 총비용은 피고 주식회사 D가 부담하고, 원고와 피고 B, C 사이에 생긴 소송 총비용은 원고가 부담한다.

6. 제3항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다.

원고에게,

1. 피고 주식회사 D(이하 '피고 D'라 한다)는 395,700,000원 및 그 중 300,000,000원에 대하여는 2015. 9. 3.부터 이 사건 2018. 9. 19.자 청구취지변경신청서1) 부분송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 95,700,000원에 대하여는 이 사건 2018. 9. 19.자 청구취지변경신청서 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을,

2. 피고 D와 공동하여 위 300,000,000원 중 피고 B은 280,000,000원, 피고 C은 20,000,000원 및 각 이에 대한 2015. 9. 3.부터 2018. 9. 19.자 청구취지변경신청서부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 각 지급하라.

[원고는 제1심에서 위 청구취지변경신청서 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연15%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하였으나, 항소취지에서 위와 같이 구하고 있으므로 청구취지도 같이 감축한 것으로 본다.]

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는, 아래와 같이 추가 · 수정하는 이외에는 제1심판결의 이유 '1. 기초사실' 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.
가. 제1심판결 제3면 제17~26행 기재 "제10조(이행의무) .. 일괄 지급하도록 한다."부분을 아래와 같이 수정한다.

『 제10조(이행의무)

1. 피고 D는 계약금을 지급받음과 동시에 아래 사항을 이행하기로 한다.

- ① 피고 D는 원고가 지급한 계약금 3억 원의 130%에 대하여 피고 D의 토지 또는 신탁계좌에 "수익권증서 2순위"를 설정하기로 한다.
- ② 피고 D는 계약금을 지급받음과 동시에 [첨부1]에 명시된 토지가의 95%의 금액으로 토지계약을 체결하며, 최소 건축인허가 신청시까지 75% 이상의 토지계약을 완료하고, 세부개발계획 접수 후 6개월 이내에 모든 토지계약을 완료하기로 한다.
- ③ 토지계약시 토지계약서, 토지사용승낙서, 인허가동의서를 동시에 수령하기로 하며, 처분신탁계약서, 임차인제소전화해조서는 토지잔금지급시 수령한다.
- ⑥ 토지주와 작성하는 토지매매계약서의 계약금액은 최소화 할 수 있도록 하며, 전체 토지계약금액이 58억 원을 넘지 않도록 한다. 또한 전체 토지주와의 토지매매계약서가 날인이 100% 완료되었을 때 계약금은 일괄 지급하도록 한다.

2. 원고는 본 계약서에 날인함과 동시에 아래 사항을 이행하기로 한다.

- ① 제3조에 따른 양도양수대금의 지급 완료한다.
- ② 본 사업의 양도양수와 관련된 모든 절차를 책임지고 관리하도록 한다.』나. 제1심판결 제4면 제20행 " .. 마쳤다." 부분과 제4면 제21행 "다. 원고는 .. " 부분사이에 아래 내용을 추가한다.
『 한편, 원고는 이 사건 양수도계약에 따른 계약금 중 1억 원을 O로부터 차용하여 피고 D에게 지급하였는데, 그 담보로 2015. 1. 28. 피고 C 등이 주식회사 P에 담보신탁한 부동산에 관하여 O가

수익한도금액 1억 3,000만 원의 2순위 우선수익자로 지정되었다. 』

다. 제1심판결 제5면 제7행 기재 "갑 제1 내지 7호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함. 이하 같다)"을 "갑 제1 내지 7, 14호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함.이하 같다)"으로 고쳐 쓴다.

2. 피고 D에 대한 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장 요지

이 사건 양수도계약상 피고 D가 원고에게 이 사건 개발 사업에 관한 일체의 권리등을 양도하고 토지계약 및 명도 관련 업무를 완료할 의무는, 피고 D가 2015. 11. 16.이 사건 개발 사업권을 L 주식회사에 이중으로 양도함으로써 이행불능이 되었다. 이를 이유로 원고는 2017. 9. 21.경 이 사건 양수도계약을 적법하게 해제하였으므로, 피고 D는 원고에게 원상회복으로 원고로부터 지급받은 이 사건 양수도계약의 계약금 3억 원과 이에 대한 이자 또는 지연손해금을 반환하고, 손해배상으로 원고가 이 사건 양수도계약에 관하여 지출한 비용 9,750만 원(= 프로젝트 매니지먼트 서비스 비용 2,750만원 + 설계용역비용 5,500만 원 + 측량용역비용 1,320만 원)과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 청구원인에 관한 판단

1) 원고와 피고 D 사이에 이 사건 양수도계약이 체결된 사실, 피고 D가 2015. 11.16. 이 사건 개발 사업권을 L 주식회사에 양도한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 원고가 이 사건 양수도계약을 해제한다는 의사표시가 담긴 2017. 9. 21.자 내용증명우편이 그 무렵 피고 D에게 도달한 사실을 인정할 수 있다.

2) 앞서 본 기초사실과 위 인정사실에 의하면, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 개발 사업권 및 관련 일체를 원고에게 양도할, 이 사건 양수도계약상 피고 D의 의무는 이행불능이 되었으므로, 원고의 위 해제의 의사표시에 의하여 이 사건 양수도계약은 해제되었다고 봄이 타당하므로, 피고 D는 원고에게 이 사건 양수도계약 해제로 인한 원상회복 및 손해배상금을 지급할 의무가 있다.

다. 원고의 채무불이행으로 인한 이 사건 양수도계약 해제 관련 피고 D의 주장에 대한 판단

1) 피고 D의 주장 요지

가) 원고는 ① 이 사건 양수도계약 계약금 3억 원의 지급을 지체하였을 뿐만 아니라, 그 중 2억 7,000만 원만 지급하였고, 계약금의 일괄 지급을 규정하는 이 사건 양수도계약서 제3조를 위반하여 이를 수회에 걸쳐 나누어 지급하였으며, ② 이 사건 양수도계약상 주된 의무인 토지주들에 대한 토지매매계약금 지급의무를 이행하지 않았다. 이를 이유로 한 피고 D의 2015. 9. 20.자 해제의 의사표시가 그 무렵 원고의 대리인인 M에게 도달하였으므로, 이 사건 양수도계약은 2015. 9. 20.경 해제되었다.

나) 결국 원고가 피고 D에 지급한 계약금 2억 7,000만 원은 이 사건 양수도계약서 제13조 제3항에 의하여 위약금으로써 피고 D에 귀속되므로, 피고 D는 이를 원고에게 반환할 의무가 없고, 이 사건 양수도계약의 해제로 인하여 원고에게 발생한 손해를 배상할 의무가 없다.

2) 원고의 '이 사건 양수도계약상 계약금' 지급의무 이행지체를 이유로 피고 D가 이 사건 양수도계약을 해제할 수 있는지 여부

가) 이 사건 양수도계약서 제3조에서는 양수도대금의 계약금 1억 원과 토지계약금 및 명도 관련업무의 계약금 2억 원의 합계 3억 원의 지급기한을 이 사건 양수도계약서에 '날인 후 즉시'로 규정한 사실, 원고는 이 사건 양수도계약이 체결된 2014. 12. 12.로부터 약 1달이 지난 2015. 1. 9.부터 계약금을 지급하기 시작하여 2015. 2. 9.에 이르러서야 3억 원 전부를 지급한 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제7호증의 기재에 의하면 피고 B의 계좌에서 2015. 1. 24. M의 계좌로 3,000만 원이 이체된 사실은 인정된다.

나) 먼저 원고가 피고 D로부터 기지급한 계약금 3억 원 중 3,000만 원을 반환받음으로써 계약금 지급의무를 일부 불이행한 것으로 볼 수 있는지에 관하여 본다. 을 제7호증의 기재만으로는 피고 B이 M에게 지급한 3,000만 원이 이 사건 양수도계약상의 계약금의 반환 명목이라는 취지의 피고 D의 주장사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없다. 오히려 위 인정사실에 의하면 원고는 피고 D에게 위 계약금 3억 원 전부를 지급하였다고 보는 것이 타당하다. 따라서 피고 D의 이 부분주장은 받아들일 수 없다.

다) 나아가 원고의 위 계약금 지급의무 이행지체로 인하여 이 사건 양수도계약이 적법하게

해제되었는지 여부에 관하여 본다. 상대방의 이행지체를 원인으로 계약을 해제하기 위해서는 그 이행을 최고하고 상당한 기간 내에 상대방이 채무를 이행하지 아니하여야 한다. 그러나 원고가 위 계약금을 모두 지급한 2015. 2. 9. 이전에 피고 D가 위 계약금의 지급을 최고하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 양수도계약이 원고의 계약금 지급의무 이행지체로 인하여 해제되었다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 계약금 지급의무가 이행지체에 빠졌음을 전제로 하는 피고 D의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 원고의 '토지매매계약상의 계약금' 지급의무 불이행을 원인으로 피고 D가 이 사건 양수도계약을 해제할 수 있는지 여부

가) 인정사실

앞서 든 각 증거, 갑 13, 15 내지 17호증, 을 1 내지 16호증의 각 기재에 변론전체의 취지를 종합하면 아래와 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고 D는 원고와 사이에 이 사건 양수도계약상의 계약금을 지급받음과 동시에 이 사건 개발 사업 대상 토지주들(이하 '토지주들'이라 한다)과 토지매매계약을 체결하되(계약시 토지계약서, 토지사용승낙서, 인허가동의서를 동시에 수령), 토지매매계약서의 계약금액은 전체 58억 원을 넘지 않으며, '전체 토지주와의 토지매매계약서가 날인이 100% 완료되었을 때' 계약금을 일괄 지급하도록 하기로 약정하였다(이 사건 양수도계약 제10조 제1항 제2, 3, 6호).

② 피고 D는 토지주들과 토지매매계약을 체결하면서 매수인을 원고가 운영하는 주식회사 K(이하 'K'라 한다)로 하였는데, 계약금 지급일시는 "전체 토지 계약 완료일", 계약의 효력발생일에 관하여 "이 사건 개발 사업 전체 부지 매매계약이 완료된 후 토지주들의 은행계좌에 계약금이 입금됨으로써 효력이 발생한다"라고 정하였다(토지매매계약서 제2조 제1항, 제8조 제1항, 을2호증).

③ 피고 D는 서울 광진구 Q 토지의 공유자 R(2/4 지분), S 토지의 공유자 T(2/11지분), U(2/11 지분), V(2/11 지분) 등과 토지매매계약서를 작성하지는 못하였다.

④ 한편, 피고 D의 실제 운영자인 N(피고 D의 대표이사는 피고 B이지만 실제로는 피고 B의 형인 N이 운영하였다.)은, H의 임원으로 원고를 대신하여 이 사건 개발사업과 관련한 전반적인 업무를 진행한 M에게, 2015. 6월경부터 카카오톡 메시지를 통하여 이 사건 개발 사업의 토지주들에게 지급할

토지매매 계약금 지급을 독촉하였는 데, M이 계약금을 마련하지 못하자 2015. 8. 10.경 '2015. 8. 13.까지 토지매매계약금지급에 관한 의견을 최종적으로 제시하고 그때까지 의견이 없을시 이 사건 양수도계약을 해지된다'는 취지의 카카오톡 메시지(을 제3호증의 38 내지 41)를 보냈고, 2015. 9.8.경 '2015. 9. 20.경까지 기다리고 그 때까지 계약금이 지급되지 않으면 이후에는 이 사건 계약을 종료하겠다'는 취지의 카카오톡 메시지를 보냈다(을 제3호증의 53, 54).

⑤ M은 2015. 9. 22.경 N에게 "D와 K 양도양수계약서 검토하시고, 그 조건으로 토지비 지급될 수 있도록 업무조율 부탁드립니다, D에서만 준비되면 추석다녀와서 토지비 지급가능합니다"라는 카카오톡 메시지를 보냈다(을 제3호증의 56).

⑥ 피고 D의 N은 L 주식회사에 이 사건 개발 사업권을 양도한 후 2017. 2월경O에 대한 2순위 우선수익자 지정으로 인해 사업 진행에 어려움을 겪게 되자 M에게 O명의를 우선수익자 지위를 포기하는 대신 서울 광진구 W 토지에 관하여 채권최고액 3억 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주겠다고 하였고, M은 2017. 2. 25.경 O의 우선수익자 지정을 변경할 수 있도록 협조하였으나, N은 위 근저당권을 설정해주지는 않았다. M은 2017. 3. 7.경 '원래는 투입된 비용까지 모두 받을 수는 있지만 직접 입금한 3억 원을 반환해줄 것'을 요청하였고, N은 "어제 말씀하신 혹은 제안하신 금액을 생각하고 있어요. 아직 이곳이 정리가 안되었으니 조금만 기다리시면 제가 정리할게요. 늦어도 7월이면 L으로부터 돈을 받을 수 있겠지요."라는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈다(갑 제17호증의 1 내지 3).

⑦ N은 2017. 7. 24.경 사망하였다.

나) 판단

위 인정사실 및 이에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 피고 D의 N이 M에게 보낸 위 2015. 9월경 카카오톡 메시지를 원고에 대한 이 사건 양수도계약해제 통보라고 보더라도, 이는 원고의 토지주에 대한 토지매매계약상이 계약금 지급의 무 불이행을 이유로 한 것으로서 적법한 해제 통보라고 볼 수 없다.

① 이 사건 양수도계약서 제10조 제2항에서는 원고의 의무로 이 사건 양수도계약서 제3조에 따른 양도 · 양수대금의 지급의 완료 및 이 사건 개발 사업의 양도 · 양수와관련된 모든 절차의 관리를

규정하고 있을 뿐, 토지주에 대한 토지매매계약금 지급의 무는 별도의 의무로 규정하고 있지 않다.

② 이 사건 양수도계약서 제10조 제1항 제2호에서는 피고 D의 의무로 세부개발계획 접수 후 6개월 이내에 이 사건 개발 사업 부지 전체에 대한 토지매매계약을 완료할것을 규정하면서, 제6호에서는 '전체 토지주와의 토지매매계약서가 날인이 100% 완료되었을 때 계약금은 일괄 지급하도록 한다'고 규정하고 있다. 이는 피고 D가 토지주와 의 토지매매계약 체결을 할 때 따라야 할 조건을 명시한 것이지, 원고에게 이 사건 양수도계약에 따라 토지주들에게 토지매매계약금을 지급할 의무를 부과한 것으로 보기는 어렵다.

③ 설령 이 사건 양수도계약에 따라 원고가 토지주들에게 토지매매계약금을 지급할 의무가 있다고 하더라도, 이 사건 양수도계약에는 '전체 토지주와의 토지매매계약서가 날인이 100% 완료되었을 때' 계약금을 일괄 지급하도록 한다고 규정(제10조 제1항제6호)하고 있으므로, 피고 D가 전체 토지주와의 토지매매계약을 완료한 경우어야 비로소 그와 같은 의무를 부담하기로 정한 것으로 보아야 한다. 따라서 앞서 본 바와 같이 피고 D가 전체 토지주들과의 토지매매계약을 완료하지 못한 이상, 이 사건 양수도계약서 제10조 제1항 제6호에서 정한 원고의 토지매매계약금 지급의무가 발생하였다고 보기는 어렵다.

④ 이에 대하여 피고는, 토지주들 중 일부가 토지매매계약의 상대방이자 원고가 운영하는 K의 매매대금 지급능력을 염려하자 이들을 안심시키기 위하여 원고가 각 토지매매계약 체결 전 이들에게 계약금을 먼저 지급하겠다고 약정하였으므로, 원고의 토지매매계약금 지급의무가 발생한 것으로 보아야 한다고 주장한다.

한편, 피고 D가 일부 토지의 공유자들과 토지매매계약을 체결하지 않았음은 앞서본 바와 같고, 원고가 토지주들에게 토지매매계약금을 지급하지 않은 사실에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없으며, 을 제3호증의 3, 6, 9, 20, 51의 각 기재에 의하면 N은 원고와 이 사건 개발 사업에 관하여 프로젝트 매니지먼트 계약을 체결한 H의 직원인M에게 수차례 자금 마련을 독촉하였고, 이에 M은 "열심히 하고 있으니깐 조금만 시간을 주세요", "오늘 주기로 한 자금을 이번 주에 준다고 연락이 왔는데...", "이번 주 내에 정말 들어와요, 이번 주까지만 연기시켜 보시면 안 될까요"라는 내용의 메시지를 보낸 사실이 인정되기는 한다.

그러나 갑 제2호증, 을 제2호증의 1~37, 을 제16호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 일부 토지매매계약이 체결되지 않았음에도 불구하고 원고가 토지주들에게 먼저 계약금을 지급하기로 약정하였다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 피고D의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

가 토지주들과의 토지매매계약서 제8조 제1항에서는 본 계약은 토지주들과 K가 서명 날인하여 이 사건 개발 사업 전체 부지 매매계약이 완료된 후 토지주들의 은행계좌에 계약금이 입금됨으로써 효력이 발생한다고 규정함으로써 원고가 토지주들에게 계약금을 지급하지 못하는 경우 토지매매계약의 효력이 발생하지 않도록 하여 토지주들의 위험부담을 최소화하고 있다. 따라서 토지주들로서는 원고의 대금지불능력을 담보하기 위하여 계약 체결 전 계약금을 미리 지급받을 특별한 이유가 없어 보인다.

나 원고는 이 사건 개발 사업 부지 전체에 대한 토지매매계약을 체결하면서 토지주들로부터 인·허가용 동의서 및 토지사용승낙서를 교부받아 인·허가를 받고, 이를 토대로 프로젝트 파이낸싱(Project Financing, PF) 대출을 받아 토지주들에게 계약금을 지급하려 한 것으로 보이는데, 그러한 자금조달방법이 적절한지 여부는 별론으로 하더라도, PF 대출의 조건이 구비되지 않아 자금을 미처 확보하지 못한 상태에서 원고가 이 사건 양수도계약상의 내용과 달리 먼저 계약금을 지급하기로 약정하였다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

다 또한 피고 D가 주장하는 바와 같이 아직 토지매매계약서를 작성하지 않은 R, T 등 일부 지주들이 K로부터 계약금을 먼저 지급받는 것을 조건으로 계약서를 작성하겠다고 요구하였음을 인정할 만한 증거도 없다.

⑤ 설령 원고 측인 M이 피고 D의 일부 의무의 불이행을 양해하고 계약금을 마련하겠다고 한 것이라고 하더라도, 피고 D가 이 사건 양수도계약서에 정한 대로 전체 토지매매계약이 체결된 후 계약금을 일괄 지급하도록 토지주들과 토지매매계약을 체결할의무가 있음에도 일부 토지주들의 거부로 이를 이행할 수 없게 되었음에도 원고 측이 이 사건 개발 사업의 계속적인 원만한 진행을 위하여 이를 양해한 것으로 보이므로, 이와 같은 피고 D의 의무 불이행이 원고의 자금 마련에 어려움을 발생하게 한 주요한 원인인 이상, 원고의 토지매매계약상의 계약금 마련이 늦어진다고

하더라도 이를 원고의 이 사건 양수도계약상의 주된 채무 불이행으로 보거나 피고 D가 이 사건 양수도계약을 해제할 수 있을 정도로 원고에게 귀책사유가 있다고 볼 수 없다.

4) 소결론

따라서 원고의 채무불이행으로 인한 이 사건 양수도계약 해제 관련 피고 D의 주장은 받아들이기 어렵다.

라. 원상회복 및 손해배상의 범위

따라서 이 사건 양수도계약은 피고 D의 귀책사유에 의한 채무불이행을 이유로 해제되었으므로, 피고 D는 원고에게 원상회복과 손해배상으로서 이 사건 양수도계약서 제13조 제2항, 제4항에 의하여 1) 원고로부터 지급받은 계약금 3억 원(= 양수도계약금 1억 원 + 토지계약 및 명도 관련업무 계약금 2억 원) 및 이에 대하여 받은 날 이후로 서 원고가 구하는 바에 따라 2015. 9. 3.부터 이 사건 2018. 9. 19.자 청구취지 변경신청서 부분 송달일인 2018. 9. 20.까지 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 이자 또는 지연손해금을, 2) 원고가 이 사건 개발 사업에 투입한 비용(1] 시공사유치, 금융유치, 건축및 매각사업을 위한 프로젝트 매니지먼트 서비스비용으로 2,750만 원, 2] 설계용역비용으로 5,500만 원을, 3] 측량용역비용으로 1,320만 원을 각 지출하였음은 앞서 기초사실에서 본 바와 같다)의 합계 9,570만 원(= [1] + 2] + [3]) 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 2018. 9. 19.자 청구취지 변경신청서 부분 송달 다음날인 2018. 9. 21.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고 B, C에 대한 청구에 관한 판단

가. 직접 부당이득반환청구(주위적 청구)

1) 원고의 주장 요지

피고 B, C은 이 사건 양수도계약의 당사자가 아님에도 불구하고, 피고 B은 이 사건 양수도계약의 계약금 3억 원 중 2억 8,000만 원, 피고 C은 2,000만 원을 법률상 원인 없이 원고로부터 각

지급받았다. 따라서 피고 B, C은 피고 D와 공동하여 원고에게, 피고 D가 원상회복으로서 반환하여야 하는 계약금 3억 원 중 피고 B은 2억 8,000만원, 피고 C은 2,000만 원 및 각 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 관련 법리

계약상의 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, 자기 책임하에 체결된계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 채권자인 계약당사자가 채무자인 계약상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반채권자의 이익을 해치게 되고, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하므로, 위와 같은 경우 계약상의 급부를 한 계약당사자는 이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다고 보아야 한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564,66571 판결 등 참조).

3) 판단

가) 원고가 이 사건 양수도계약상 계약금 3억 원 중 2,000만 원을 2015. 1. 9. 피고 C의 F은행 계좌로, 2억 8,000만 원을 2015. 1. 15.부터 2015. 2. 9.까지 6회에 걸쳐 피고 B 명의의 G은행 계좌로 각 송금한 사실은 앞서 본 바와 같다.

나) 위 인정사실을 위 법리에 비추어 보면, 설령 원고가 지급한 이 사건 양수도계약상 계약금이 사실상 제3자인 피고 B, C의 이익으로 귀속되었더라도, 원고는 이 사건 양수도계약의 상대방인 피고 D에게 그 계약금의 반환을 청구할 수 있을 뿐, 제3자인 피고 B, C을 상대로 직접 그 반환을 구할 수는 없다고 보는 것이 타당하다.

다) 따라서 원고가 계약상대방 아닌 피고 B, C을 상대로 계약상 급부의 반환을 구하는 원고의 이 부분 주위적 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

나. 채권자대위권에 기한 부당이득반환청구(예비적 청구)

1) 당사자의 주장 요지

원고는, 피고 B, C이 원고에 대하여 직접 부당이득반환의무를 부담하지 않는다고보더라도, 피고 B, C은 피고 D에게 부당이득반환 또는 손해배상금으로 이 사건 양수도계약상 계약금 3억 원을 지급할 의무가 있으므로, 피고 B, C은 피고 D에 대한 계약 해제로 인한 원상회복 및 손해배상채권을 피보전채권으로 하여 피고 D의 피고 B, C에 대한 부당이득반환 또는 손해배상채권을 대위 행사하는 원고에게 위 계약금 3억 원 및이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장한다.

피고 B, C은, 원고의 채무불이행으로 이 사건 양수도계약이 해제되었으므로, 채권자대위권의 피보전채권인 원고의 피고 D에 대한 계약 해제로 인한 원상회복 및 손해배상채권은 존재하지 않을 뿐만 아니라(본안전 항변), 피고 B, C이 이 사건 양수도계약에 따른 계약금을 부당이득하지도 않았다고 주장한다.

2) 채권자대위권 행사의 적법 여부에 관한 판단

가) 피보전채권의 존재

원고가 이 사건 양수도계약의 해제로 인하여 피고 D에게 원상회복금 및 손해배상금의 합계 3억 9,570만 원(= 원상회복금 3억 원 + 손해배상금 9,570만 원)의 채권을 보유하고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고는 위 채권을 피보전채권으로 하여 채무자인 피고 D의 권리를 대위행사할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 피고 B, C의 이 부분 본안전 항변은 이유 없다.

나) 보전의 필요성(직권 판단)

① 채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성, 즉 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있는 것이 원칙이고(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등 참조), 다만 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자가 채무자의

권리를 대위하여 행사할 수 있다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784판결 등 참조).

② 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살피건대, 원고가 주장하는 피보전채권인 피고 D에 대한 원상회복 및 손해배상채권은 금전채권이고, 피고 D가 현재 무자력 상태에 있다고 볼만한 아무런 증거가 없다. 한편, 원고가 이 사건 양수도계약에 따른 계약금을 피고 D가 아닌 피고 B, C의 계좌로 나누어 지급하였는데, 피고 B, C이 피고 D로부터 위 계약금을 부당이득하였다고 주장하므로 위 주장 자체에 의하면 양채권이 서로 밀접하게 관련되어 있다고 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 나아가 원고가 피고 D만을 상대로 원상회복 및 손해배상청구를 한다고 하여 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없는 위험이 있다고 볼 만한 사정이 없고(원고가 피고 D에 대하여 원상회복 및 손해배상채권을 행사하고 있다), 달리 원고가 피고 D의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 피고 D의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에 해당한다고 볼 만한 사정도 나타나지 않는다.

③ 따라서 원고의 채권자대위권 행사에 채권보전의 필요성이 인정되지 않으므로, 이 부분 청구는 부적법하다.

다) 피대위권리의 존부(부가적 판단)

① 부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 갖지 못한 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것인데, 이득자에게 실질적으로 이득이 귀속된 바 없다면 그 반환의무를 부담시킬 수 없다(대법원 2011. 9.8. 선고 2010다37325, 37332 판결 등 참조).

② 을 제7, 10호증의 각 기재, 주식회사 G 및 F은행에 대한 각 금융거래정보 제출명령결과에 의하면, 원고가 피고 B, C 명의의 계좌로 입금한 계약금 3억 원은 입금된 지 얼마 지나지 않아 N의 지시에 따라 이 사건 개발 사업과 관련한 용처에 모두지출된 사실을 인정할 수 있다. 설령 채권자대위권 행사를 위한 보전의 필요성을 인정할 수 있다고 하더라도, 위 인정사실에 의하면, 원고가 지급한 이 사건 양수도계약에 따른 계약금이 피고 B, C의 계좌로 입금되었다는 사실만으로는 피고 B, C이 법률상원인 없이 위 금원을 사실상 지배하여 실질적인 이득을 얻었다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.

4. 결 론

가. 그렇다면, 원고의 피고 B, C에 대한 소 중 채권자대위권에 기한 부당이득반환청구(예비적 청구) 부분은 부적법하여 이를 각하하고, 원고의 피고 D에 대한 청구는 이유있어 이를 인용하며, 피고 B, C에 대한 직접 부당이득반환청구(주위적 청구)는 이유 없어 이를 기각하여야 한다.

나. 그런데 소송판결에도 기판력이 인정되고 그 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치므로(대법원 1996. 11. 15. 선고 96다31406 판결, 대법원 1997.12. 9. 선고 97다25521 판결 등 참조), 제1심이 소를 부적법하다 하여 각하한 이유는 잘못되었으나 항소심에서 다른 이유로 역시 소를 부적법하다고 판단하는 경우에는 항소심 법원은 항소기각의 판결을 할 것이 아니라 제1심판결을 취소하고 다시 소각하 판결을 하여야 한다. 제1심은 원고의 피고 B, C에 대한 이 사건 소 중 예비적 청구 부분을 채권자대위권 행사의 소송요건인 피보전채권이 존재하지 않는다는 이유로 부적법하다고 판단하였으나, 피보전채권이 존재함은 앞서 본 바와 같으므로, 제1심이 이 부분소를 부적법하다 하여 각하한 이유는 잘못되었다. 따라서 제1심판결 중 피고 B, C에 대한 예비적 청구 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 소는 보전의 필요성이 없어 부적법하므로 이를 각하하기로 한다.

다. 제1심판결 중 피고 D에 대한 부분은 위와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 피고 D에 대한 항소를 받아들여 이를 취소하고, 피고 D에게 위 인정 금액의 지급을 명하며, 원고의 피고 B, C에 대한 나머지 항소는 이유 없어 이를 모두 기각한다.

재판장 판사 차문호, 판사 장준아, 판사 김경애

1) 원고는 제1심에서 피고 B에 대한 청구취지를 확장하는 등 최종적으로 2018. 9. 19.자 청구취지 및 원인변경신청서에 의하여 청구취지를 변경하였으므로, 2018. 9. 19.자 청구취지 및 원인변경신청서의 '변경된 청구취지'란에 기재된 '이 사건 청구취지변경신청서'와 항소장의 '항소취지'란에 기재된 '이 사건 원심 청구취지변경신청서'는 모두 2018. 9. 19.자 청구취지 및 원인변경신청서라고 봄이 상당하다.