

서울고등법원

제 23 민사부

판 결

사 건	2019나2034617 부당이득금반환 등
원고, 항소인	주식회사 A
	소송대리인 법무법인 천문
	담당변호사 이충표
	소송대리인 법무법인 엘케이비엔파트너스
	담당변호사 이광범, 서윤정, 이현송
	소송복대리인 변호사 이승엽
피고, 피항소인	B
	소송대리인 법무법인 천지인
	담당변호사 신석중, 한경민
제 1 심 판 결	의정부지방법원 고양지원 2017. 6. 28. 선고 2016가합70836 판결
환송전판결	서울고등법원 2018. 10. 11. 선고 2017나2039960 판결
환 송 판 결	대법원 2019. 7. 24. 선고 2018다288877 판결
변 론 종 결	2020. 6. 5.
판 결 선 고	2020. 7. 24.

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.
피고는 원고에게 22억 5,000만 원 및 그중 19억 5,000만 원에 대하여는 2007. 10. 2.부터, 3억 원에 대하여는 2008. 3. 26.부터 각 2018. 4. 27.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 2020. 7. 24.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고의 나머지 항소 및 환송 후 이 법원에서 추가한 원고의 손해배상청구에 관한 주위적 청구를 기각한다.
3. 소송총비용 중 50%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지(원상회복청구 및 손해배상청구)

피고는 원고에게 45억 원 및 그중 ① 19억 5,000만 원에 대하여는 2007. 10. 2.부터, 3억 원에 대하여는 2008. 3. 26.부터, 각 이 사건 2018. 4. 26.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일(2018. 4. 27.)까지는 연 5%, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, ② 22억 5,000만 원에 대하여는 2017. 9. 9.부터 이 사건 2019. 11. 4.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라[원고는 환송 전 당심에서 위 ①항의 원상회복청구에 관하여 주위적 주장(이행불능에 기한 해제)¹⁾을 추가하였고, 환송 후 당심

에서 위 ②항의 손해배상청구를 추가하였다].

나. 예비적 청구취지(소유권이전등기절차 이행청구)

피고는 원고로부터 172억 5,000만 원을 지급받음과 동시에 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2007. 9. 12.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라(원고는 환송 후 당심에서 매매계약이 유효함을 전제로 한 이행청구를 예비적으로 추가하였다).

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 22억 5,000만 원 및 그중 19억 5,000만 원에 대하여는 2007. 10. 2.부터, 3억 원에 대하여는 2008. 3. 26.부터 각 2018. 4. 27.까지는 연 5%, 그 다음날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 지연손해금의 기산일을 변경하고 그 비율을 일부 감축하였으므로, 그에 따라 그 범위 내에서 항소취지도 변경된 것으로 본다).

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 사업 목적을 위한 부동산 매수

-
- 1) 환송 전 당심은, 원고가 이 사건 2018. 4. 26.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서로써 추가한 '이행불능을 원인으로 한 해제권 행사 및 그 원상회복청구'를 주위적 청구로 보고, 제1심에서 한 '원고의 착오에 의한 취소권 행사, 사정변경에 따른 해제권 행사, 손해배상액의 감액 주장으로 인한 부당이득반환청구'를 별개의 예비적 청구로 보았으나, 계약해제의 효과로서의 원상회복의무를 규정한 민법 제548조 제1항 본문은 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가진 것이고(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결 참조), 부당이득반환청구에서 법률상의 원인 없는 사유를 계약의 불성립, 취소, 무효, 해제 등으로 주장하는 것은 공격방법에 지나지 아니하므로(대법원 2007. 7. 13. 선고 2006다81141 판결 참조), 위 변경신청의 실질을 새로운 공격방법의 추가로 본다.

원고(변경 전 상호 : 주식회사 V)는 2007년경 주식회사 W와 공동으로 서울 광진구 X동(변경 전 동명 : Y동) 일대 Z지구 제1종지구단위계획구역 내 별지 목록 제1항 기재 토지 외 15필지(AB 지구)를 주민제안을 통한 특별계획구역으로 지정받아 그 지상에 건축연면적 8,917.9평의 복합쇼핑몰 신축·분양사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 추진하기 위하여, 피고를 비롯한 사업구역 내 부동산 소유자들로부터 각 토지와 지상물을 매수하는 매매계약을 체결하였다.

나. 원고와 피고 사이의 매매계약 체결

원고는 2007. 9. 12. 피고와 사이에 피고 소유의 별지 목록 기재 각 부동산(매매계약서에는 제1, 2항 토지만 명시하고 '미등기 건축물 등 모든 지상물 포함임'이라고 기재하였다. 합쳐서 이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 '매매대금 195억 원, 계약금 19억 5,000만 원(지급기일 2007. 10. 2.까지), 잔금 175억 5,000만 원(지급기일 계약금 지급 후 3개월 이내)'로 정한 매매계약을 체결하였고(갑 제2호증의1, 이하 '이 사건 매매계약'이라 한다), 구체적인 내용은 아래 표 기재와 같다. 원고는 피고에게 2007. 10. 2. 계약금 19억 5,000만 원을, 2008. 3. 26. 잔금 중 일부로 3억 원을 각 지급하였다.

매매계약서

제3조(소유권이전)

피고는 토지 대금 전액을 수금함과 동시에 원고에게 소유권이전 서류를 교부한다.

제6조(계약해제 불가 및 계약위반)

- ① 피고는 원고가 본 계약 내용을 위반하는 경우 이외에는, 일방적으로 본 계약을 해지 또는 해약, 해제하지 못한다.
- ② 피고가 본 계약을 위반하여 본 계약이 해지 또는 해약, 해제될 경우에는 피고는 원고에게 기지급 된 금액의 배액 및 소요금액(원고가 투자한 사업 관련 비용)을 배상한다.

원고가 위반할 경우 본 계약은 무효로 하며 기지급 된 계약금의 반환을 피고에게 청구할 수 없다.

제9조(잔금지급 지연시 계약사항)

- ① 잔금일 이전이라도 원고는 피고의 계좌에 잔금 전부를 지급할 수 있다.
- ③ 위 제1항의 지연기한은 계약금 지급 후 10개월을 경과할 경우 계약금은 피고에게 귀속되며, 원고는 이를 수용하기로 한다.
- ④ 지연손해금 발생기간이 경과하기 전까지는 피고는 매매계약을 해제하지 못한다.
- ⑤ 잔금기일에 자금이행을 못할 시에는 지연이자 연 12%를 지급하기로 한다(10개월을 경과하지 못한다).

다. 원고의 잔금 지연 등에 따른 분쟁

원고와 피고는 잔금기한을 계약금 지급(2007. 10. 2.) 후 3개월 이내로 정하면서도 이 사건 매매계약서 제9조에서 잔금기한이 계약금 지급 후 10개월을 경과할 수는 없도록 하는 내용의 별도 규정을 마련하였는데, 원고는 피고에게 위 10개월이 경과한 날인 2008. 8. 2.까지 위 3억 원 외에는 나머지 잔금을 지급하지 못하였다.

피고는 2008. 6. 2.경부터 수차례에 걸쳐 미지급 잔금의 지급을 독촉하였고, 원고는 이 사건 사업 진행 과정의 어려움을 들어 피고에게 잔금기한의 연장을 요청하였다. 피고는 2008. 9. 9.경 원고에게 잔금기한 만료일인 2008. 8. 2. 이 사건 매매계약은 잔금 미지급으로 계약이 해제되었다고 통보하였고, 2008. 9. 9. 광진구청에 주민제안동의 철회서를 제출하였다. 원고는 그 후인 2009. 12.경에도 피고에게 잔금지연 협조요청서를 보냈으나 피고는 이 사건 매매계약을 유지할 수 없다는 입장을 고수하였다.

라. 피고의 가족들에 대한 이 사건 부동산 증여

피고는 2010. 12. 1. 피고의 처 AX, 피고의 자녀들 AY, O, AZ(이하 'AX 등'이라 한다)에게 이 사건 부동산 중 각 1/5 지분씩을 증여하고 2010. 12. 3. 그 소유권이전등

기를 마쳐주었다(이하 '이 사건 증여'라 한다).

마. 원고의 이 사건 매매계약 해제 의사표시

원고는 환송 전 당심에서 이 사건 2017. 8. 29.자 항소이유서로써 '피고가 AX 등에게 증여를 원인으로 소유권이전등기를 마쳐준 이상 이 사건 매매계약은 이행불능 되었으므로 이를 해제한다.'라는 의사표시를 하였고, 항소이유서가 2017. 9. 8. 피고에게 송달되었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의1, 5, 갑 제2호증의1, 갑 제3, 4, 5호증, 갑 제10호증의1, 갑 제11호증의1 내지 4, 갑 제12호증의2 내지 6, 을가 제1호증의1, 2, 을가 제3 내지 7호증, 을가 제11호증, 을가 제21호증의1 내지 5의 각 기재, 제1심 법원의 2016. 9. 28.자 광진구청장에 대한 사실조회결과, 기록상 명백한 사실, 변론 전체의 취지

2. 이 사건의 진행 경과

아래의 사실은 이 법원에 현저하거나 기록상 명백하다.

가. 원고는 피고를 상대로 하여, 2016. 2. 29.자 이 사건 소장에서 이 사건 매매계약에 관하여 착오에 의한 취소 주장, 사정변경에 의한 해제 주장, 손해배상액 감액 주장을 하면서 원고가 지급한 매매대금 합계 22억 5,000만 원의 부당이득반환을 구하였고, 제1심판결은 2017. 6. 28. 원고의 청구를 기각하는 제1심판결을 선고하였다.

나. 원고는 환송 전 당심에서 이 사건 2017. 8. 29.자 항소이유서로써 피고의 이 사건 증여로 인한 소유권이전등기의무의 이행불능을 원인으로 한 해제 의사표시를 하고, 이 사건 2018. 4. 26.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서로써 위 주장을 주위적으로 추가하였으며, 소장에서 한 위 각 주장을 예비적 주장으로 유지하였다.

환송 전 당심은 2018. 10. 11. 원고의 추가 청구 및 항소를 모두 기각하는 환송 전 판결을 선고하면서, 위 추가 청구(주위적 주장)에 관하여는 '원고가 이 사건 2010. 12. 3.자 증여로 인한 이행불능으로부터 10년의 제척기간 내에 2017. 8. 29.자 항소이유서로써 해제권을 행사한 점과 위 이행불능 당시 원고에게 소유권이전등기청구권이 존재한 점은 인정되지만, 원고의 이 사건 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권이 2013. 12. 31. 무렵 5년의 상사시효로 소멸하였고, 이와 같이 이행불능의 대상이 되는 피고의 소유권이전등기 채무가 시효로 소멸된 이상 그 채무의 이행불능에 따른 해제권 등도 행사할 수 없거나 소멸된 것으로 보아야 한다.'라는 취지로 판시하였다.

다. 상고심인 대법원은 2019. 7. 24. 환송 전 판결 중 피고에 대한 부분을 파기하는 환송판결을 선고하면서, '피고가 AX 등에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐줌으로써 원고에 대한 소유권이전등기의무의 이행이 불가능하게 되어 그때 원고에게 매매계약에 대한 해제권이 발생하였다. 원고는 그로부터 10년 내에 계약해제권을 행사하였으므로 매매계약은 적법하게 해제되었고, 피고는 원상회복으로 원고에게 계약금 및 잔금 일부를 반환할 의무가 있다. 그럼에도 환송 전 판결에서 피고의 원고에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 이후에도 원고의 피고에 대한 소유권이전등기 청구권에 대해 소멸시효가 진행된다고 보아 잔금 지급기일로부터 5년이 지나 소멸시효가 완성되었고, 본래 채무가 시효소멸로 존재하지 않은 이상 계약해제 역시 가능하지 않으므로 원고의 계약해제 의사표시는 아무런 효력이 없고 피고의 원상회복의무가 발생한다고 볼 수도 없다고 판단한 것에는 이행불능을 이유로 한 계약해제 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.'라고 판시하였다.

라. 원고는, 환송 후 당심에서 이 사건 2019. 11. 4.자 청구취지 및 청구원인 변경신

청서로써 이 사건 매매계약 제6조 제2항 전단 규정에 따른 손해배상청구를 추가하고, 이 사건 2019. 12. 12.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서로써 예비적 청구(원고의 잔금 지급과 동시이행으로 이 사건 매매계약에 따른 소유권이전등기절차의 이행청구)를 추가하였다.

3. 주장 및 판단

가. 주장의 요지

1) 주위적 청구에 관한 주장

가) 원고는 주위적 청구 중 원상회복반환 내지 부당이득반환 청구에 관하여, 주위적 주장으로서 피고의 이 사건 증여로 인하여 피고의 소유권이전등기의무는 이행불능에 이르렀으므로, 원고가 2017. 8. 29.자 항소이유서로써 한 매매계약 해제의 의사표시에 의하여 이 사건 매매계약은 적법하게 해제되었다고 주장한다. 또한 원고는 예비적 주장으로서 이 사건 매매계약 이후 주민제안의 일부 철회, 토지 일부의 매입 불능, 광진구청의 부당한 사업조건 부과 등을 이유로 이 사건 매매계약을 착오에 기해 취소하거나 또는 사정변경을 이유로 해제한다고 주장한다(그 외에 원고는 만약 피고에 의해 이 사건 매매계약이 해제될 경우 매매계약서 제6조 제2항 후단 규정에 따라 계약금이 피고에게 귀속되었다고 한다면 귀속되는 계약금의 액수는 손해배상 예정액으로서 과다하고, 잔금에 대한 귀속 조항은 없으므로, 피고가 지급받은 매매대금의 일부는 원고에게 반환되어야 한다는 예비적 주장도 하였다).

이에 대하여 피고는, 주위적 주장과 관련하여 이 사건 증여는 실제로 이 사건 부동산 지상 건물을 리모델링하여 임대료를 현실화할 경우 세금이 많이 늘어날 것을 대비하여 절세 목적에서 처와 자녀들에게 이 사건 부동산 중 각 1/5 지분을 명의신탁

한 것인바, 이는 피고가 이 사건 증여 이후에도 피고의 예금 계좌로 월세를 입금받았고, 이 사건 부동산의 임대, 개보수, 제세공과금 납부 등의 관리를 피고가 직접 처리하고 있으며, AX 등이 피고에게 이 사건 부동산에 관한 권한 일체를 위임하였다는 것에서 뒷받침되고, 피고로서는 원고가 미지급 잔금과 지연이자를 지급할 경우 언제라도 AX 등으로부터 등기를 회복하거나 AX 등이 직접 원고에게 그 소유권이전등기를 마쳐줄 수 있으므로, 피고의 이 사건 매매계약에 기한 소유권이전등기의무는 이행불능이 아니라고 주장한다. 또한 원고의 이 사건 매매계약의 해제는 신의성실의 원칙에 어긋난다고 주장한다.

나) 원고는 주위적 청구 중 손해배상청구에 관하여, 원고는 이 사건 사업을 위하여 이 사건 매매계약의 유지가 필요하였고 그에 따라 이 사건 매매계약서 제6조 제2항 전단에서 '피고가 본 계약을 위반하여 본 계약이 해제될 경우에는 피고는 기지급 금액의 배액, 소요금액(원고가 투자한 사업관련비용)을 원고에게 배상하여야 한다.'(이하 '이 사건 위약금 약정'이라 한다)고 정하였는바, 피고는 적어도 기지급 금액 22억 5,000만원의 배액인 45억 원을 지급할 의무가 있다고 주장하면서, 그중 일부 청구로서 22억 5,000만 원 및 이에 대하여 이 사건 매매계약 해제일 다음날인 2017. 9. 9.부터의 지연손해금을 구한다.

이에 대하여 피고는, 원고의 위 손해배상청구는 심급의 이익을 박탈하는 것으로 허용될 수 없고, 이 사건 위약금 약정은 일반적인 매매계약상 위약금에 비추어 현저히 형평에 반하며, 이 사건 위약금 약정에 따른 손해배상청구는 이행불능 시점으로부터 5년의 상사시효로 소멸되었고, 위약금 내용이 형평에 반하고 실질적인 귀책사유가 원고에게 있다는 점에서 민법 제398조 제2항에 따라 대폭 감액되어야 한다고 주장

한다.

2) 예비적 청구에 관한 주장

원고는, 만약 이 사건 매매계약이 해제되지 않았다고 인정될 경우, 원고의 미지급 잔금 172억 5,000만 원의 지급과 동시이행으로 피고에 대해 이 사건 매매계약에 따른 소유권이전등기절차의 이행을 구한다. 이에 대해 피고는, 원고의 위 이행청구는 심급의 이익을 박탈하여 부적법하고, 원고의 소유권이전등기청구권은 시효로 소멸되었으며, 원고가 동시이행으로 지급하여야 할 잔금은 195억 원 및 그중 175억 5,000만 원에 대한 2008. 1. 3.부터 지급일까지 연 12%의 비율로 계산한 지연이자라고 주장한다.

나. 주위적 청구 중 원상회복반환 청구에 관한 판단

1) 이행불능을 원인으로 한 해제권 행사 주장에 관한 판단

가) 피고의 주장이 환송판결의 기속력에 반하거나 실기한 방어방법인지 여부

이 사건 매매계약이 이행불능인지 여부에 관하여 판단하기에 앞서, 원고는 피고의 위와 같은 명의신탁 주장이 환송판결의 기속력에 반하고, 실기한 방어방법으로서 각하되어야 한다고 주장하므로 이를 먼저 살펴본다.

(1) 환송 후 항소심의 소송절차는 환송 전 항소심의 속행이므로 당사자는 원칙적으로 새로운 사실과 증거를 제출할 수 있음은 물론, 소의 변경, 부대항소의 제기 이외에 청구의 확장 등 그 심급에서 허용되는 모든 소송행위를 할 수 있고(대법원 1991. 11. 22. 선고 91다18132 판결 등 참조), 한편 환송을 받은 법원은 변론을 거쳐 새로운 증거나 보강된 증거에 의하여 본안의 쟁점에 관하여 새로운 사실인정을 할 수 있는 것이므로, 그 심리과정에서 당사자의 주장·입증이 새로이 제출되거나 보강되어 상고법원의 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생긴 때에는 환송판결의 기속

력은 미치지 아니한다(대법원 1992. 9. 14. 선고 92다4192 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다87000 판결 등 참조).

위 법리에 의하면, 피고는 환송 후 당심에서 이 사건 증여에도 불구하고 이 사건 매매계약이 이행불능에 이르지 아니하였다는 특별한 사정에 대하여 새롭게 주장·증거를 제출할 수 있고, 피고의 위 주장에 대한 당부를 판단한다고 하여 환송판결의 기속력에 반하지 아니한다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

(2) 법원은 당사자의 고의 또는 중대한 과실로 시기에 늦게 제출한 공격방어방법이 그로 인하여 소송의 완결을 지연하게 하는 것으로 인정될 때에는 이를 각하할 수 있다(민사소송법 제149조 제1항). 그런데 실기한 공격방어방법이라 하더라도 따로 심리하거나 증거조사를 하여야 할 사항이 남아 있어 어차피 기일의 속행을 필요로 하고 그 속행기일의 범위 내에서 공격방어방법의 심리도 마칠 수 있거나 공격방어방법의 내용이 이미 심리를 마친 소송자료의 범위 안에 포함되어 있는 때에는 소송의 완결을 지연시키는 것으로 볼 수 없으므로, 이와 같은 경우에는 각하할 수 없다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47615 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003두988 판결 등 참조).

이 사건에서 피고가 환송 후 당심의 첫 변론기일(2019. 11. 8.자 제4차 변론기일)에서야 처음으로 '이 사건 증여는 피고에게 부과될 세금을 줄이기 위하여 편의상 명의신탁하여 AX 등에게 소유권이전등기를 마쳐준 것으로써 피고 앞으로 소유권등기를 회복하여 원고에게 이전등기해 줄 수 있다(피고의 2019. 11. 1.자 준비서면).'라고 주장하였음은 기록상 명백하다. 그러나 원고가 환송 전 당심에 이르러서 이행불능을 원인으로 한 해제 주장을 추가하였고 환송 전 당심이 원고의 소유권이전등기청구권이 상사시효로 소멸되었다는 피고의 항변을 받아들여 원고의 해제권 행사가 부적법하다고

보아 원고의 청구를 기각하는 내용의 판결을 하였는데, 상고심에 이르러 원고의 해제가 적법하다는 취지의 파기환송판결이 내려짐에 따라 피고는 승소를 위해 새로운 항변을 할 필요가 생겼다고 볼 수 있는 점, 또한 원고도 환송 후 당심에서 2019. 11. 4.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서로써 이 사건 위약금 약정에 기한 손해배상청구를 추가하고, 그 후 이 사건 예비적 청구도 추가함에 따라 그에 관한 공방을 위해 변론기일이 속행되어 제9차 변론기일에 이르러 비로소 변론이 종결된 점에 의하면, 피고의 명의신탁 주장은 실기한 방어방법이라거나 소송의 완결을 지연시키는 것으로 보기 어렵다. 원고의 위 주장도 이유 없다.

나) 이행불능 및 해제권 행사에 관한 법리

채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불가능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다(민법 제546조). 계약해제권은 일종의 형성권으로 당사자 사이에 그 행사기간에 관한 약정이 있는 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 권리가 발생한 때부터 10년 내에 행사하여야 하고, 이 기간을 도과한 때에는 해제권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013다63356 판결 등 참조). 매도인의 매매계약상 의무가 이행불능이 되어 이를 이유로 매매계약을 해제하는 때에는 상대방의 잔금지급의무가 매도인의 위 의무와 동시이행관계에 있다고 하더라도 그 이행의 제공을 필요로 하는 것이 아니다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결 등 참조).

채무의 이행불능이란 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라, 사회생활의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 채무자의 이행 실현을 기대할 수 없는 경우를 의미하고, 매수인에게 부동산의 소유권이전등기를 해줄 의무를 지는

매도인이 그 부동산에 관하여 다른 사람에게 이전등기를 마쳐 준 때에는 매도인이 그 부동산의 소유권에 관한 등기를 회복하여 매수인에게 이전등기해 줄 수 있는 특별한 사정이 없어야 비로소 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능의 상태에 이르렀다고 할 수 있다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99129 판결 등 참조). 한편 이행불능의 사실에 대하여는 채권자가 이를 입증하여야 하나(대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다207538 판결 등 참조), 매도인이 위와 같이 다른 사람에게 이전등기를 마쳐준 때에는 등기를 회복하여 매수인에게 이전등기해 줄 수 있는 특별한 사정이 있다는 점을 채무자인 매도인이 입증해야 한다.

다) 이 사건 매매계약이 이 사건 증여로 인하여 이행불능이 되었는지 여부

피고가 2010. 12. 3. 피고의 처와 자녀들인 AX 등에게 증여를 원인으로 이 사건 부동산의 총 4/5 지분을 이전한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그런데 앞서 든 증거들과 을가 제17, 21, 38, 39호증의 각 기재(가지번호 포함, 이하 같음) 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래의 사정을 종합하여 보면, 원고가 이 사건 매매계약을 해제한 2017. 9. 8. 무렵에는 피고의 소유권이전등기의무 이행을 기대할 수 없었다고 보이고, 피고의 위와 같은 명의신탁 주장 및 그와 관련한 을가 제12 내지 17, 20 내지 37, 41 내지 48, 50 내지 54호증의 각 기재만으로는 이 사건 부동산의 소유권 등기를 회복하여 매수인에게 이전등기해 줄 수 있는 특별한 사정이 있다고 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 매매계약은 이 사건 증여로 인하여 이행불능의 상태에 이르렀다.

(1) 원고는 환송 전 당심에서 'AX 등은 피고와 가족관계에 있는 것으로 보이는데, 피고가 원고로부터 잔금을 지급받는다면 AX 등에 대한 증여에도 불구하고 여전히

히 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 수 있는지 여부를 밝혀 달라.'는 내용이 담긴 항소이유서를 제출하였으나, 피고는 환송판결 이전까지 이에 관한 명시적인 답변을 하지 아니하였고, 이 사건 매매계약이 원고의 잔금 미지급에 따른 귀책사유로 자동해제 되었다거나 원고의 소유권이전등기청구권이 시효로 소멸되었다 등의 주장만 하였다. 또한 피고는 이 사건 소송 이전에도 원고에게 이 사건 매매계약이 해제되었다고 통보하고 주민제안동의를 철회하는 등 매매계약을 유지할 수 없다는 입장을 보여 왔고, 원고에게 매도할 경우 철거하게 될 이 사건 부동산 지상 건물을 리모델링하고 월세를 올려 받았다고도 하였다. 이러한 점에 비추어 보면 피고는 원고의 해제권 행사 당시 이 사건 매매계약을 이행할 의사가 없었던 것으로 보인다.

(2) 피고의 소유권이전등기의무는 타인에게 권리가 이전됨으로써 일견 매수인의 입장에서는 이행불능으로 볼 여지가 있고, 피고가 주장하는 양자간 등기명의신탁과 같은 사유는 피고의 등기명의 회복 의사 유무에 따라 원고에 대한 소유권이전등기 이행 가능성이 좌우될 소지가 많다. 원고는 위와 같이 피고의 소유권이전등기절차의무의 이행이 불투명한 상황에서 채무의 본래 내용대로의 이행을 구하기보다는 이 사건 매매계약을 해제하여 계약에서 벗어나고자 하였는바, 위와 같은 채권자의 의사 역시 이행불능 여부를 판단함에 있어 고려되어야 한다.

(3) 피고는 2019. 11. 22. 법무법인 천지인에 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차 이행에 필요한 피고 및 AX 등의 등기권리증(을가 제21호증), 2019. 10.경 발행한 부동산 매도용 인감증명서(을가 제17호증) 등 필요 서류를 교부하여 보관시킨 다음 2019. 12. 5.자 준비서면의 송달로 원고에게 위 이행제공 사실을 알렸다. 그러나 피고가 환송 후 당심에서 AX 등으로부터 등기를 회복할 수 있다고 주장하며 이를 뒷

받침하기 위해 제출한 사실확인서(을가 제12호증), 등기권리증, 인감증명서 등은 모두 원고의 해제권 행사일 이후에 작성·발급되거나 제출된 것으로서 원고가 해제권 행사 당시 이 사건 매매계약의 이행을 기대할 수 있었는지 여부를 판단하는 데에 별다른 영향을 미칠 수 없다.

라) 이행불능을 원인으로 한 해제권 행사의 적법 여부

위와 같이 피고가 AX 등에게 2010. 12. 3. 이 사건 부동산의 총 4/5 지분을 이전함으로써 원고에 대한 소유권이전등기의무의 이행이 불가능하게 되었고, 원고가 피고에게 남은 이 사건 부동산의 1/5 지분만으로는 이 사건 사업을 위한 이 사건 매매계약의 목적을 달성할 수 없다고 봄이 타당하므로, 위 지분 이전 당시 원고에게 이 사건 매매계약 전부에 대한 해제권이 발생하였다. 원고가 그로부터 10년 내에 계약해제권을 행사하여 이 사건 매매계약은 2017. 9. 8. 적법하게 해제되었으므로, 피고는 원고에게 원상회복으로서 이미 지급받은 계약금 및 잔금 일부를 반환할 의무가 있다.

이에 대해 피고는, 상행위인 이 사건 매매계약상 해제권의 제척기간은 5년이고 원고가 이행불능으로 인한 해제권 발생 시인 2010. 12. 3.으로부터 5년이 경과하여 해제권을 행사하였으므로 그 해제는 효력이 없다는 취지로 주장하나, 피고의 위 주장은 앞서 살펴 본 위 나)항의 법리 및 이 사건 매매계약상 해제권의 제척기간이 10년임을 전제로 이 사건 매매계약이 적법하게 해제되었다고 판단한 환송판결의 기속력에 반하여 받아들일 수 없다.

또한 피고는, 피고가 AX 등에게 이 사건 부동산의 총 4/5 지분만을 이전하여 이 사건 매매계약의 일부만 이행불능이 된 것이므로 원고로서는 민법 제572조 제1항에 따라 대금감액 청구만 할 수 있다고 주장하나, 민법 제572조 제1항이 규정하는 매

수인의 대금감액 청구권은 매매목적물의 일부가 계약 당시에 이미 멸실된 경우에 매도인의 담보책임으로서 인정되는 것이므로, 피고가 이 사건 매매계약 이후 AX 등에게 이 사건 부동산의 일부 소유권을 이전한 이 사건에서는 대금감액 청구권이 인정될 수 없다. 따라서 피고의 위 주장도 이유 없다.

마) 해제권 행사가 신의칙에 반하는지 여부

피고는, 원고가 자신의 잔금지급의무를 미루다가 10년이 다 되어가는 시점에 이르러 미지급 잔금을 지급하거나 피고에 대한 이행 최고도 없이 이 사건 매매계약을 해제한 것은 신의성실의 원칙에 반한다고 주장한다.

권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는다면 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 입을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다22083, 22090 판결, 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다17479 판결 등 참조).

이 사건에서 피고가 주장하는 것과 같이 원고가 잔금 지급을 장기간 지연해 온 것은 맞으나, 원고로서는 이 사건 매매계약에서 종국적으로 벗어나기 위한 방법으로 이 사건 2016. 2. 29.자 소장과 2017. 8. 29. 항소이유서로써 매매계약 해제권을 행사할 수 있다고 보이므로, 원고의 해제권 행사 및 원상회복 청구가 원고에게 아무런 이익이 없거나 사회질서에 위반된다고 보기 부족하다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

2) 원상회복의 범위

가) 원고가 이 사건 매매계약에 따라 피고에게 2007. 10. 2. 19억 5,000만 원을, 2008. 3. 26. 3억 원을 각 지급한 사실은 앞서 인정한 바와 같다.

따라서 피고는 원고에게 이 사건 매매계약의 해제에 따른 원상회복으로서 22억 5,000만 원(= 19억 5,000만 원 + 3억 원) 및 그중 19억 5,000만 원에 대하여는 위 2007. 10. 2.부터, 3억 원에 대하여는 위 2008. 3. 26.부터 각 이 사건 2018. 4. 26.자 청구취지 및 청구원인변경신청서 송달일인 2018. 4. 27.까지는 상법이 정한 연 6%의 범위 내에서 원고가 구하는 연 5%의 비율로 계산한 법정이자를, 그 다음날부터 피고가 각 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 환송 후 당심 판결 선고일인 2020. 7. 24.까지는 상법이 정한 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금을, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 원고가 구하는 바에 따라 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 이를 초과하는 원고의 지연손해금에 관한 청구는 이유 없다.

나) 피고는, 2008. 3. 26. 지급한 3억 원은 잔금 일부가 아니라 이 사건 매매계약서 제9조 제5항에 따른 연 12%의 지연이자 약 4억 7,890만 원의 일부로 받은 것으로서 피고에게 귀속되어야 하고, 이 사건 매매계약 제9조 제3항에 따라 계약금 19억 5,000만 원도 피고에게 귀속되어야 한다는 취지로 주장하므로 살피건대, 갑 제2호증의 1, 을가 제1호증의 1, 2의 각 기재만으로는 위 3억 원을 잔금의 지연이자 중 일부라거나 이 사건 매매계약 해제시에도 피고에게 귀속되는 것으로 정하였다고 보기 부족하고, 이 사건 매매계약 제9조는 그 내용과 취지에 비추어 원고의 잔금지급 지체로 매매계약이 적법하게 해제될 경우를 전제로 계약금 19억 5,000만 원이 피고에게 귀속되는 것으로 정하였다고 해석되므로, 원고의 해제권 행사로 매매계약이 해제된 이 사건에서

는 계약금 귀속에 관한 피고의 위 주장을 받아들일 수 없다.

3) 소결론

따라서 피고는 원고에게 원상회복으로 위 2)의 가)항의 돈을 지급할 의무가 있고, 원고의 주위적 주장을 받아들여 주위적 청구를 인용하므로 원고의 각 예비적 주장은 따로 판단하지 아니한다.

다. 주위적 청구 중 손해배상청구에 관한 판단

1) 피고의 본안전 항변에 관한 판단

피고는, 원고가 환송 후 당심에서 2019. 11. 4.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서로 추가한 이 부분 손해배상청구가 심급의 이익을 박탈하고, 실기한 공격방법에 해당하며, 원상회복청구만 하겠다는 종전 태도와도 다른 것으로서 신의칙에 반하여 허용되어서는 안 된다고 주장한다.

민사소송법 제262조 제1항에 의하면, 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때까지 청구의 취지를 변경할 수 있고, 다만 소송절차를 현저히 지연시키는 경우에는 청구의 변경이 허용되지 않는다. 이 사건 위약금 약정에 따른 손해배상청구가 이 사건 매매계약 해제를 전제로 하여 청구기초에 변경이 없는 점, 제1심부터 이 사건 매매계약 제6조 제2항의 의미 및 해석 등에 관하여 공방이 있어 이 부분 심리를 위하여 종전의 소송자료를 대부분 이용할 수 있으므로 소송절차가 현저히 지연된다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 심급의 이익을 박탈하거나 실기한 공격방법이라 보기 어렵고, 원상회복청구를 하다가 손해배상청구까지 추가한 자체만으로 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다(다만 아래에서 보는 바와 같이 실질적인 권리행사 면에서 원고의 손해배상청구는 신의칙에 반한다). 따라서 피고의 위 본안전 항변은 이유

없다.

2) 이 사건 위약금 약정에 기한 손해배상청구권 인정 여부

가) 당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있고, 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다(민법 제398조 제1항, 제4항). 이 사건 위약금 약정은 '피고가 이 사건 매매계약을 위반하여 매매계약이 해제될 경우 피고가 원고에게 이미 지급받은 금액의 배액 및 소요금액(원고가 투자한 사업 관련 비용)을 배상하여야 한다.'라고 정하고 있는바, 그 문언상 피고의 채무불이행으로 이 사건 매매계약이 해제될 경우 피고가 원고에게 지급하여야 할 손해배상액의 예정이다.

이 사건에서, 이 사건 매매계약이 피고의 이행불능으로 인하여 해제되었고, 원고가 피고에게 계약금 19억 5,000만 원과 잔금 중 3억 원을 지급하였음은 앞서 인정한 바와 같으며, 원고가 이 사건 사업과 관련하여 비용을 지출하였음을 인정할 증거는 없는데, 원고는 이 사건 위약금 약정에 따라 적어도 이미 지급받은 금액인 22억 5,000만 원의 배액인 45억 원은 손해배상으로 청구할 수 있다고 주장하면서 그 중 22억 5,000만 원만 일부로 구하고 있다.

나) 그런데 원고가 이 사건 위약금 약정에 기한 손해배상 예정액을 청구하려면, 매수인인 원고 자신 역시 매매계약에 충실하여야 함은 신의칙상 당연한 전제인바, 신의칙 위반이나 권리남용 여부는 직권으로 조사할 수 있고, 피고도 위에서 본 바와 같이 이 사건 위약금 약정이 형평에 반하거나 신의칙에 위반한다는 취지의 주장도 하고 있으므로 원고의 손해배상청구가 신의칙에 반하는지 여부를 살펴본다.

앞서 든 증거와 인정사실에 의하면, 원고가 계약상대방인 피고에게 손해배상 예정액의 지급을 청구할 수 있을 정도로 이 사건 매매계약에 충실하였다고 볼 수 없

고, 오히려 원고가 먼저 자신의 잔금지급 의무를 이행하지 아니함으로써 상대방인 피고의 채무불이행을 야기하게 한 면이 있다고 볼 수 있으므로, 신의칙상 원고는 피고에 대하여 손해배상 예정액의 지급을 구할 수 없다.

(1) 피고는 이 사건 매매계약 제9조에 기한 원고의 잔금지급의무 이행만을 독촉하다가 2008. 8. 2. 이 사건 매매계약이 자동적으로 해제 내지 실효되었다고 본 나머지 자신의 소유권이전등기절차를 적법하게 이행제공하지 않은 탓으로 적법한 해제권을 행사하지 못하였다. 그로 인해 이 사건 매매계약이 유효하게 성립하고 있음에도 2010. 12. 3. AX 등에게 이 사건 증여를 하여 이행불능 상태를 초래하였다. 그러나 그와 같은 피고의 계약해제 절차상의 문제 및 채무불이행에 앞서 원고가 최종 잔금기한인 2008. 8. 2.을 경과하고 그 후에도 장기간 잔금 지급의무를 이행하지 못하였음에도 피고의 소유권이전등기의무 이행불능으로 인해 원고 자신의 이행제공을 하지 않았고서도 이 사건 매매계약을 해제할 수 있게 되었다.

(2) 원고는 이 사건 소장에서부터, 오히려 피고의 계약 해제가 적법할 경우를 가정하여 예비적으로 자신의 계약금 몰취 조항이 감액되어야 한다고 주장하였는데, 도리어 환송 후 당심에 이르러서는 이 사건 매매계약 해제에 따른 원상회복청구에서 더 나아가 위약금 약정에 기한 손해배상청구를 하고 있다.

(3) 이 사건 위약금 약정은 피고의 귀책사유로 매매계약이 해제될 경우 계약금 외에도 지급받은 매매대금 전액의 2배를 배상해야 하고, 원고가 지출한 사업 소요비용까지 매도인에게 배상하도록 규정하고 있는데, 반면 이 사건 매매계약 제6조 제2항 후단에서 규정하는 원고의 귀책사유로 매매계약이 해제될 경우에는 원고에게 계약금만 반환받을 수 없도록 규정하고 있다. 이러한 위약금 약정의 차이는 원고가 이 사

건 사업을 유지하고자 매도인들이 이 사건 매매계약에서 쉽게 이탈할 수 없도록 무거운 배상금을 두게 한 것인데, 실제 원고는 이 사건 사업을 위해 매도인들에게 계약금과 잔금 중 극히 일부만 지급하였을 뿐 그 외에 매매계약일로부터 10년이 도과하도록 사업 추진을 하였다고 볼 만한 사정을 찾기 어려워, 피고의 이행불능으로 인해 원고가 현실적으로 입은 손해도 미미할 것으로 보인다.

다) 따라서 원고의 이 사건 위약금 약정에 기한 손해배상청구에 관한 주장은 받아들이지 아니한다.

라. 주위적 청구에 관한 결론

따라서 피고는 원고에게 원상회복으로 22억 5,000만 원 및 그중 19억 5,000만 원에 대하여는 2007. 10. 2.부터, 3억 원에 대하여는 2008. 3. 26.부터 각 2018. 4. 27.까지는 연 5%의 비율로 계산한 법정이자를, 그 다음날부터 2020. 7. 24.까지는 연 6%의 비율로 계산한 지연손해금을, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 원고의 손해배상청구는 이유 없다.

이행불능을 원인으로 한 해제를 전제로 하는 원고의 주위적 청구를 일부 받아들여 이를 인용하는 이상 이와 논리적으로 양립할 수 없는 원고의 예비적 청구에 관하여는 더 나아가 판단하지 않는다.

4. 결론

그렇다면 원고의 주위적 청구 중 원상회복에 관한 청구 부분은 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 위 청구 부분에 관한 나머지 청구는 이유 없어 기각하며, 환송 후 당심에서 추가한 손해배상청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다.

제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여

위 인정 범위 내에서 취소하고 위 인정 금액의 지급을 명하며, 원고의 나머지 항소와 환송 후 당심에서 추가한 손해배상청구는 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 한창훈

판사 박은영

판사 김민아

별지

목록

1. 서울 광진구 AA 대 375㎡

2. 서울 광진구 AE 대 106.8㎡ 중 8.4/32.3 지분

3. (1동의 건물의 표시)

서울 광진구 AA, AH, AE [도로명주소] 서울 광진구 BB

철근콘크리트조 및 시멘트블럭조 스라브 및 스텔지붕 4층 사무실 및 점포

1층 431.97㎡, 2층 398.02㎡, 3층 398.02㎡, 4층 81.65㎡, 지하1층 453.22㎡

(전유부분의 건물의 표시)

제1층 BC호

철근콘크리트조 233.32㎡, 시멘트블럭조 33.95㎡, 근린생활시설(사무실)

4. (1동의 건물의 표시)

제3항 기재와 같음

(전유부분의 건물의 표시)

제2층 BD호

철근콘크리트조 233.32㎡

5. (1동의 건물의 표시)

제3항 기재와 같음

(전유부분의 건물의 표시)

제3층 BE호

철근콘크리트조 233.32㎡

6. (1동의 건물의 표시)

제3항 기재와 같음

(전유부분의 건물의 표시)

제4층 BF호

철근콘크리트조 31.07㎡

7. (1동의 건물의 표시)

제3항 기재와 같음

(전유부분의 건물의 표시)

제지하층 BG호

철근콘크리트조 293.22㎡. 끝.