

서울고등법원 2015. 4. 15 선고 2013나68834 판결 [소유권이전등기청구권 가등기말소]

---

## 재판경과

서울고등법원 2015. 4. 15 선고 2013나68834 판결

서울남부지방법원 2013. 9. 27 선고 2011가합21298 판결

## 전 문

원고, 피항소인 겸 항소인A

피고, 항소인 겸 피항소인B

변론 종결 2015. 3. 18.

판결 선고 2015. 4. 15.

제1심판결 서울남부지방법원 2013. 9. 27. 선고 2011가합21298 판결

## 주 문

1. 제1심판결의 주문 제2항 및 제4항 기재 부분을 아래와 같이 변경한다.

가. 별지 목록 기재 각 부동산의 각 7.6/12 지분 중 각 2/12 지분에 관한 소유권이전청구권가등기 말소 청구 부분의 소를 각하한다.

나. 당심에서 추가된 선택적 청구에 기하여,

1) 피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산의 각 5.6/12 지분에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2009. 5. 13. 접수 제17905호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하라.

2) 피고는 원고에게 129,959,045원 및 이에 대하여 2015. 1. 29.부터 2015. 4. 15.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 40%는 원고가, 나머지 60%는 피고가 각 부담한다.

3. 제1의 나. 2)항은 가집행할 수 있다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

피고는 원고에게, 별지 목록 기재 각 부동산 중 각 7.6/12 지분에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2009. 5. 13. 접수 제17905호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고, 316,129,300원 및 이에 대하여 이 사건 2015. 1. 27.자 청구취지 변경신청서 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라(원고는 당심에서 교환계약 해제를 원인으로 한 원상회복에 관한 청구취지를 감축하였고, 선택적 청구로서 교환계약 취소에 따른 부당이득반환 등 청구를 추가하였다).

### 2. 항소취지

가. 원고

제1심 판결의 피고에 관한 부분을 아래와 같이 변경한다. 피고는 원고에게, 별지 목록 기재 각 부동산 중 7.6/12 지분에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2009. 5. 13. 접수 제17905호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고, 316,129,300원 및 이에 대한 이 사건 2015. 1. 27.자 청구취지 변경신청서 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 금원을 지급하라(원고가 제1심에서 피고를 상대로 한 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 소유권이전청구권가등기 말소등기청구에 대하여, 제1심 법원은 그 중 제1심 공동피고 C에게 이전된

각 1/12 지분, 제1심 공동피고 D에게 이전된 각 1/12 지분, 제1심 공동피고 E에게 이전된 각 2.4/12 지분에 관한 말소등기 청구 부분의 소를 각하하였다. 이 부분에 대하여 원고가 항소하지 않았으므로, 원고의 소유권이전청구권가등기 말소 청구 중 4.4/12 지분(= 1/12 + 1/12 + 2.4/12)에 관한 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외되었다. 한편 원고가 당심에 이르러 최종적으로 청구취지를 감축함으로써 항소취지도 그 범위 내에서 감축된 것으로 선해한다).

나. 피고

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 교환계약의 체결

1) 원고와 피고는 2009. 2. 3. 원고 소유인 별지 목록 기재 각 부동산('F사우나'라는 상호로 목욕탕 영업을 하고 있던 곳이다. 이하 'F사우나'라고 한다)과 피고 소유인 안산시 단원구 G에 있는 H상가 제4층 제401호('H모텔'이라는 상호로 숙박업을 하고 있던 곳이다. 이하 'H모텔'이라 한다), I 소유인 강원도 횡성군 J 토지(이하 'J 토지'라 한다)를 서로 교환하기로 하는 계약(이하 '이 사건 교환계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 위 교환계약 당시 F사우나에는 채권최고액 39억 원, 채무자 원고, 근저당권자 주식회사 신한은행(이하 '신한은행'이라 한다)인 근저당권설정등기가 마쳐져 있었고, H모텔에는 채권최고액 10억 4,000만 원, 채무자 피고, 근저당권자 주식회사 국민은행(이하 '국민은행'이라 한다)인 근저당권설정등기가 마쳐져 있었으며, J 토지에는 2008. 5. 1. 가등기권자 피고인 소유권이전청구권가등기가 마쳐져 있었다.

3) 이 사건 교환계약에서, ① F사우나에 설정된 근저당권의 피담보채무 23억 7,300만 원과, F사우나의 구두, 매점, 세신 등의 용역 관련 보증금반환채무 4억 1,000만 원을 피고가 승계하고, ②

H모텔에 설정된 근저당권은 피고가 잔금 지급기일 전까지 책임지고 대출금 8억 원을 모두 변제하여 말소시키기로 하며, ③ 원고는 피고에게 교환 차액 1억 5,000만 원을 지급하되, 계약 당일 계약금 1,000만 원, 2009. 2. 11. 중도금 2,000만 원, 2009. 2. 18. 잔금 1억 2,000만 원을 각 지급하기로 하였다.

4) 원고는 피고에게 2009. 2. 3. 계약금 1,000만 원, 2009. 2. 11. 중도금 2,000만 원을 지급하였다. 그러나 피고는 잔금지급기일까지 H모텔에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하여 아니하였고, 이에 원고는 인천지방법원 2009카단2962호로 H모텔에 대하여 청구금액을 6,000만 원(원고가 피고에게 그때까지 지급한 금액의 배액이다)으로 한 가압류결정을 받아 2009. 2. 26. 가압류 기입등기가 마쳐졌다.

## 나. 교환 목적물의 추가 등

1) 원고와 피고는 2009년 4월 초순경 피고가 원고에게 이전해야 할 교환 목적물에 K 소유인 경기 양평군 L 임야(이하 'L 토지'라 한다)와 M 소유인 강원 횡성군 N, O, P, Q, R 각 임야(이하 통틀어 'S 토지'라 한다)를 추가로 이전하기로 약정하였다. 당시 L 토지에는 채권최고액 2,860만 원, 채무자 X, 근저당권자 T인 근저당권설정등기와 위 Y의 신청에 따른 2009. 1. 22.자 임의경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 있었고, S 토지에는 채권최고액 2억 1,000만 원, 채무자 Z, 근저당권자 봉산새마을금고인 근저당권설정등기가 마쳐져 있었다.

2) 피고는 2009. 4. 28. 원고 앞으로, ① J 토지 가등기에 기한 본등기의 지연에 따라 남양주시 U건물 104호, 105호(이하 통틀어 'U 건물'이라 한다)와 화성시 W아파트 상가동 102호, 103호(이하 통틀어 'W 건물'이라 한다)로 대체하고, ② L 토지 근저당권을 말소하며, ③ 2009. 5. 30.까지 F사우나의 등기인수 및 채무승계를 책임지고 마치기로 한다는 내용의 각서를 작성하였다.

3) 피고는 2009. 5. 12. 원고와 사이에, ① U 건물, W 건물을 원고에게 양도하고, ② F사우나 직원들의 퇴직금과 급여를 피고가 책임지며, ③ 2009. 5. 10. 기준 H모텔 연체이자 6,000만 원과 L 가압류 3,000만 원(근저당권의 피담보채무의 오기로 보인다)을 2009. 5. 15.까지 해결하고, ④ 2009. 5. 15.까지 F사우나의 등기인수 및 채무승계를 안 할 경우 H모텔, J 토지, L 토지, S 토지, U 건물, W 건물을 원고에게 이전하고, 피고는 모든 권리를 포기한다는 내용의 합의를 하였다.

## 다. 이 사건 교환계약의 이행 및 교환 목적물의 권리관계 변동

1) 원고 원고는 2009. 4. 2. 피고에게 F사우나를 인도하였고, 2009. 4. 3. 피고에게 교환 차액 3,000만 원을 추가 지급함으로써 교환 차액으로 합계 6,000만 원을 지급하였으며, 2009. 5. 13. 피고 앞으로 F사우나에 관하여 청구취지 기재 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳤다.

2) 피고 가) H모텔에 관하여 2009. 4. 6. 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳤는데, 기존 근저당권자인 국민은행의 신청에 따라 2009. 9. 29. 임의경매개시결정이 있었고, 2011. 1. 20. 임의경매로 인한 매각으로 AA 등 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 위 임의경매절차에서 매각대금은 채권자들에게 모두 배당되었고, 소유자인 원고는 배당을 받지 못하였다.

나) J 토지에 관한 피고의 위 소유권이전청구권가등기에 관하여 2009. 4. 10. 원고 앞으로 이전하는 부기등기가 마쳐졌다. 그러나 그 소유자인 I이 의정부지방법원 2011가단38295호로 원고를 상대로 위 소유권이전청구권가등기의 말소등기를 구하는 소를 제기하여 2012. 4. 4. 승소판결을 받아 확정됨으로써 원고 앞으로 이전된 소유권이전청구권가등기는 말소되었다.

다) L 토지에 관하여 2009. 4. 8. 원고 앞으로 소유권이전등기를 마쳤으나, 이 사건 교환계약 당시 이미 진행 중에 있었던 임의경매절차에서 2009. 10. 23. 임의경매로 인한 매각으로 AB 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 위 임의경매절차에서 매각대금은 채권자들에게 모두 배당되었고, 소유자인 원고는 배당을 받지 못하였다.

라) S 토지에 관하여 2009. 4. 15. 원고 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌고, 같은 날 채권최고액 2억 1,000만 원, 근저당권자 봉산새마을금고인 위 근저당권설정등기의 채무자는 2009. 4. 2. 계약인수를 원인으로 원고로 변경되었다. 그 후 근저당권자인 봉산새마을금고의 신청에 따라 2010. 1. 26. 임의경매개시결정이 있었고, 2011. 2. 28. 임의경매로 인한 매각으로 AC 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 위 임의경매절차에서 매각대금 110,880,000원은 근저당권자 봉산새마을금고(그 채권액은 197,342,465원이다)에게 모두 배당됨으로써 소유자인 원고는 배당을 받지 못하였다.

#### **라. 2009. 11. 14.자 합의**

이 사건 교환계약 이후 H모텔에 관하여 2009. 9. 29.자 임의경매절차가 개시되었고, L 토지는 기존

근저당권의 실행으로 제3자가 소유권을 취득하게 되자, 원고와 피고는 2009. 11. 14. 이 사건 교환계약의 이행과 관련하여 아래 내용의 합의를 하였다.

1. H모텔의 대출금 채무 중 2009. 4. 5. 이전은 피고측이, 2009. 4. 6. 이후는 원고측과 피고측이 협의하여 이자 정리하고 경매취하 시키도록 한다. 2009. 4. 6. 이후 이자 중 정상자는 원고측이 연체이자는 피고측과 원고측이 1/2씩 정산하도록 한다.
2. 피고는 J 토지 대신에 2009. 11. 14.자로 3억 원 상당의 물건을 원고에게 양도하고, 차액물건(5억 원 상당)의 양도는 2009. 11. 말까지 양도하도록 한다.
3. S 토지는 이자 정리를 협조하여 하고 정상화 하도록 한다.
4. L 토지는 물건 3억 원 상당 또는 현금 1억 5,000만 원 정으로 처리해서 2009. 11. 말까지 양도하도록 한다.
5. 원고측 AD 건 가처분, 가압류는 2009. 11. 말까지 해지하도록 한다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 18, 25호증, 을 제1, 7호증(가지번호가 있는 증거는 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 소 중 소유권이전청구권가등기 일부 말소청구 부분의 적법 여부에 관한 직권 판단

가. 가등기 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 가등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 가등기가 원인무효인 경우 주등기인 가등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소되는 것이며, 가등기 이전의 부기등기는 기존의 가등기에 의한 권리의 승계 관계를 등기부상에 명시하는 것뿐으로 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 가등기의 말소등기 청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고 양도인은 그 말소등기 청구에 있어서의 피고 적격이 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결 등 참조).

나. 살피건대, 앞서 든 각 증거와 이 법원의 감정인 AE에 대한 감정축탁결과에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, F사우나에 관한 이 사건 가등기 중 제1심 공동피고 C, D, E에 이전된 각 지분을 제외한 나머지 7.6/12 지분 중 2/12 지분에 관하여 2014. 4. 15. 주식회사 예광실업 앞으로 이전의 부기등기가 마쳐진 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 이 사건 소 중 위 2/12 지분에

관하여 말소를 구하는 청구 부분은 피고 적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다.

### 3. 계약해제를 원인으로 한 원상회복청구

#### 가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장 가) 이 사건 교환계약에 따른 피고의 원고에 대한 교환 목적물의 소유권이전의무가 이행불능이 되었고, 원고는 이 사건 소장 부분 송달로써 이 사건 교환계약을 해제하였으므로 이 사건 교환계약은 적법하게 해제되었다.

나) 설령 피고의 채무불이행을 원인으로 한 원고의 해제권 행사가 법정해제의 요건을 갖추지 못해 효력이 없다고 하더라도, 원고와 피고는 2009. 6. 또는 7.경 이 사건 교환계약을 합의해제 하였다.

다) 따라서 피고는 원고에게 이 사건 교환계약 해제에 따른 원상회복과 손해배상으로 청구취지 기재와 같이 이 사건 가등기 중 7.6/12 지분에 관한 말소등기절차를 이행할 의무와 ① 원고가 피고에게 교환 차액으로 기지급한 6,000만 원, ② F사우나의 사용이익 244,147,420원, ③ S 토지 근저당권자 봉산새마을금고에 2009. 7. 30.까지 납부한 이자 3,143,390원과 회생채권자인 봉산새마을금고에 변제하였거나 변제하여야 할 12,000,000원, ④ 피고가 F사우나를 점유한 기간 동안 납부하지 않은 공공요금 30,356,490원, ⑤ 피고가 F사우나를 점유한 기간 동안 납부하였어야 할 전기 점검료 1,100,000원, 엘리베이터 점검료 990,000원, 정수기 임대료 3,552,000원 합계 355,289,300원에서 피고가 F사우나 대출금이자로 납부한 39,160,000원을 상계한 나머지 316,129,300원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 피고의 주장 가) 피고는 원고에게 이 사건 교환계약에 따른 교환 목적물의 소유권을 이전함으로써 피고의 의무를 모두 이행하였으므로 원고의 법정해제권 행사는 이유 없을 뿐만 아니라, 원고가 피고로부터 이전받은 부동산을 반환하지 않고 이 사건 가등기의 말소를 구하는 것은 부당하다.

나) 피고는 2009. 6. 또는 7.경 원고와 이 사건 교환계약을 합의해제한 바가 없다.

#### 나. 판단

1) 피고의 채무불이행으로 이 사건 교환계약이 해제되었는지 여부 가) 피고가 2009. 4. 10. 원고 앞으로 J 토지에 관한 소유권이전청구권가등기를 이전하는 부기등기를 마쳤으나, 그 후 I이 원고를 상대로 한 가등기 말소등기청구 소송에서 승소판결을 받아 원고 앞으로 이전된 위 가등기가 말소된

사실은 앞서 인정한 바와 같으므로(피고가 2009. 4. 28.자 각서에서 J 토지 대신 양도하기로 한 U 건물, W 건물을 원고에게 양도하였다는 자료 또한 없다), 이 사건 교환계약에서 정한 피고의 J 토지 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었고, 원고는 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 교환계약 해제의 의사표시를 하였다.

나) 이에 대하여 피고는, 이 사건 교환계약과 그 후에 이어지 합의에 따라 H모텔과 S 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무를 모두 원고가 변제하기로 하여 원고 앞으로 소유권을 이전하여 주었으나, 원고가 그 채무를 제대로 변제하지 않아 H모텔과 S 토지가 모두 경매되어 제3자가 소유권을 취득하였으므로, 원고는 이 사건 교환계약을 해제할 수 없다고 항변한다.

해제권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물을 반환할 수 없게 된 때에는 해제권이 소멸하여 해제권자는 더 이상 계약을 해제할 수 없다(민법 제553조). 이 사건에서 보건대, S 토지에는 채권최고액 2억 1,000만 원, 근저당권자 봉산새마을금고인 근저당권이 설정되어 있었는데, 원고는 2009. 4. 15. S 토지의 소유권을 이전받으면서 2009. 4. 2. 계약인수를 원인으로 근저당권의 채무자를 원고로 하는 변경등기를 마쳤고, 그 후 근저당권자의 신청에 따라 진행된 임의경매절차에서 제3자가 그 소유권을 취득한 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 위 인정사실에 의하면, 이 사건 교환계약과 그에 이어진 합의에 따라 S 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무인 봉산새마을금고에 대한 채무는 원고가 그 소유권을 이전받으면서 함께 인수한 것으로 봄이 타당한데, 원고가 그 채무 변제를 제대로 하지 않아 S 토지에 관한 근저당권이 실행됨으로써 제3자에게 소유권이 귀속되어 피고에게 S 토지를 반환할 수 없게 되었으므로, 원고의 법정해제권은 소멸하였다. 피고의 위 항변은 이유 있다.

다) 이에 대하여 원고는 S 토지의 근저당권의 피담보채무를 인수하기로 한 계약인수는 형식적인 것에 불과하고, 원고와 피고 사이에서는 여전히 피고가 그 채무를 부담하기로 하였다는 취지로 주장하나, 갑 제18, 19호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 위 주장은 이유 없다.

라) 결국 피고의 채무불이행으로 이 사건 교환계약이 해제되었음을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2) 이 사건 교환계약의 합의해제 여부 가) 계약의 합의해제 또는 해제계약은 해제권의 유무를 불문하고 계약당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약으로서, 계약이 합의해제되기 위해서는 계약의 성립과 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것(합의)을 요건으로 하는바, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 한다. 그리고 계약의 합의해제는 명시적으로뿐만 아니라 당사자 쌍방의 묵시적인 합의에 의하여도 할 수 있으나, 묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 계약이 체결되어 그 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방치한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다. 이 경우에 당사자 쌍방이 계약을 실현할 의사가 없거나 포기할 의사가 있었는지 여부는 계약이 체결된 후의 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 참조).

나) 살피건대, 갑 제5, 28, 29, 30호증의 각 기재에 의하면, 원고와 피고는 2009. 7.경 '이 사건 교환계약은 물건만 원인무효로 한다'는 내용의 확인서(갑 제5호증)를 작성한 사실, 원고의 회생사건(의정부지방법원 2011회단6)에서 피고는 같은 법원 2011회확17호로 이 사건 교환계약이 쌍방간의 합의에 의하여 해지되었다고 주장하면서 원고에 대한 회생채권이 18억 원임을 확정해달라는 취지의 신청을 한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 한편, 을 제15호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 위 확인서의 이면에는 'AF씨와의 협의용으로 원고와 피고가 작성한 것임'이라고 기재되어 있고 그 옆에 원, 피고의 인장이 날인되어 있는 사실, 원고는 당심 제2차 변론준비기일에서 위 확인서는 AF과의 협의용으로 작성해달라는 피고의 요청에 따라 작성한 것으로, 2009. 7. 당시에는 형식적으로 작성한 것이 맞다고 진술한 사실을 인정할 수 있는바, 여기에 위 1. 라.항에서 본 2009. 11. 14.자 합의의 주된 내용이 이 사건 교환계약 중 이행불능된 교환 목적물을 대체하여 피고에게 새로운 목적물의 양도나 금전의 지급의무를 부가하는 내용인 점까지 더하여 보면, 앞서 인정한 사실만으로는 원고와 피고 사이에서 2009. 6. 또는 7.경 이 사건 교환계약의 해제에 관한 의사의 합치가 있었다고 인정하기에 부족하고,

달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 따라서 이 사건 교환계약이 합의해제 되었음을 전제로 한 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

#### 4. 이 사건 교환계약 취소를 원인으로 한 부당이득반환 등 청구

##### 가. 기망에 의한 이 사건 교환계약의 취소

앞서 든 각 증거와 갑 제14, 33호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래 사정에 비추어 보면, 피고는 이 사건 교환계약에 따른 피고의 의무, 즉 H모텔과 J 토지의 소유권을 원고에게 이전해줄 의사나 능력이 없었음에도 불구하고, 마치 그 소유권을 이전해줄 것처럼 원고를 기망하여 이 사건 교환계약을 체결하였고, 그 이후 2009. 11. 14.자 합의에 이르기까지 원, 피고 사이에서 이루어진 위 각 후속 합의 또한 이 사건 교환계약 내용을 일부 수정하거나 구체적 이행방법을 정한 것으로 여전히 피고의 기망에 의하여 이루어진 것으로 봄이 타당하다. 원고는 2014. 11. 26.자 준비서면으로 피고의 기망을 이유로 이 사건 교환계약과 그 후속 합의를 취소한다는 취지의 의사표시를 하였으므로, 이 사건 교환계약과 그 후속 합의는 모두 취소되었다.

1) 피고는 2008. 3. 30. I과 사이에서 피고 소유의 H모텔과 I 소유의 J 토지를 교환하되, H모텔 대출금채무와 임대차보증금반환 채무를 I이 승계하기로 하는 내용의 교환계약을 체결하였고, 이 사건 교환계약 당시에 위 교환계약의 효력은 유지되고 있었다(1은 2009. 2. 5.경 피고에게 위 교환계약의 해제 의사표시가 기재된 내용증명우편을 보낸 후 위 교환계약의 해제를 주장하면서 피고를 상대로 서울양지방법원 2009가단57024호로 부당이득반환청구의 소를 제기하였고, 위 법원은 2009. 4. 14. 위 교환계약이 해제되었다고 판단하였다). 즉 이 사건 교환계약 당시 부동산등기부에는 H모텔과 J 토지에 관한 처분권한을 모두 피고가 가지고 있는 것과 같은 외관이 갖추어져 있었으나, 애초부터 피고는 원고에게 H모텔과 J 토지를 동시에 이전해줄 수 없었다.

2) 피고는 2009. 4. 28. J 토지를 대체하여 원고에게 U 건물과 W 건물을 양도한다는 각서를 작성하였으나, 피고가 위 각 건물에 관한 처분권한이 있음을 인정할 수 있는 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라, 위 각서에 따른 피고의 다른 의무(L 토지 근저당권의 말소, F사우나 등기인수 및 채무승계)도 약속한 일자까지 전혀 이행되지 않았다. 또한 2009. 5. 12.자 약정에 따른 피고의 의무 또한 대부분

이행되지 않았다.

3) 한편 피고는 2009. 3. 5.경 AG와 사이에서, AG에게 H모텔을 양도하고 AG로부터 충주시 AH 외 1필지 토지와 현금 1억 원을 지급받기로 하는 교환계약을 체결하고, AG로부터 2009. 3. 5.부터 2009. 4. 2.까지 합계 1억 원을 지급받기도 하였다.

4) 피고는 2009. 11. 14.자 합의에 따라 J 토지에 갈음하여 3억 원 상당의 물건과 5억 원 상당의 물건을 늦어도 2009. 11. 말까지 양도하기로 하였는데, 피고가 3억 상당의 물건이라고 하면서 2010. 1. 20. 제공한 해남토지의 시가는 3억 원에 훨씬 미치지 못하였고, 5억 원 상당의 물건에 관하여는 특정조차 하지 못하는 등 그 이행을 하지 않았으며, L 토지 대신 제공하기로 한 3억 원 상당의 물건 또는 현금 1억 5,000만 원의 제공의무 또한 전혀 이행하지 않았다.

#### **나. 이 사건 교환계약의 취소에 따른 피고의 의무**

1) 이 사건 가등기 중 일부 지분의 말소 이 사건 교환계약이 취소됨으로써 피고 앞으로 마쳐진 이 사건 가등기는 그 원인이 소멸하였으므로, 특별한 사정이 없으면 피고는 F사우나의 소유자인 원고에게 이 사건 가등기 중 앞서 살펴본 C, D, E, 주식회사 예광실업에 이전된 각 지분을 제외한 나머지 5.6/12 지분에 관한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 부당이득반환 등 가) 이 사건 교환계약이 취소됨으로써 피고는 원고에게 이 사건 교환계약에 따라 이행받은 급부를 부당이득으로 반환할 의무가 있는바, 원고가 피고에 대하여 위 3. 가. 1) 다)항 같이 합계 316,129,300원과 그 지연손해금의 지급을 구하고 있으므로, 아래에서는 각 항목별로 그 의무의 인정여부 및 범위에 관하여 판단한다.

##### **나) 판단의 전제**

부당이득반환은 원물반환이 원칙이나, 수익자가 받은 목적물을 반환할 수 없을 때에는 그 가액을 반환하여야 하고, 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존하는 한도 내에서 위 가액을 반환할 책임이 있는 반면, 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(민법 제747조, 제748조 참조). 여기에서 악의의 수익자란 법률상 원인이 없음을 알면서 이득을 얻은 사람을 말하는 것으로, 기망에 의한 행위로 상대방으로부터 이익을 얻은 자는 현저히 신의에 반하는 행위에 의해 이득을 얻은 자로서 그 이득의 반환을 애초부터 예상하였어야 할

것이므로, 그 행위가 취소될 경우 수익 당시부터 악의의 수익자로 보아야 한다. 이 사건에서 보건대, 피고의 기망으로 이 사건 교환계약이 취소되었으므로 그 취소에 따른 부당이득반환의무의 범위를 정함에 있어서 피고는 악의의 수익자이다.

#### 다) 구체적 판단

##### ① 원고가 피고에게 교환 차액으로 지급한 금원

원고가 피고에게 교환 차액으로 2009. 2. 3. 1,000만 원, 2009. 2. 11. 2,000만 원, 2009. 4. 3. 3,000만 원을 지급한 사실은 앞서 인정한 바와 같으므로, 피고는 원고에게 위 6,000만 원을 반환할 의무가 있다.

##### ② F사우나 사용이익

원고는, 피고가 2009. 4. 2.부터 2010. 2. 11.까지 F사우나를 점유하면서 직접 또는 제1심 공동피고 주식회사 오빌개발사우나(이하 '오빌개발'이라 한다)를 통하여 사우나 영업을 하였으므로, 위 기간 F사우나 사용이익 상당의 금원을 반환하여야 한다고 주장함에 대하여, 피고는 자신이 실제 점유한 기간은 2009. 4. 2.부터 2009. 5. 27.까지이므로 사용이익은 위 기간에 한정되어야 하며, 2010. 1. 8.부터는 원고가 직접 F사우나를 운영하였다고 다툰다.

살피건대, 악의의 수익자인 피고로서는 F사우나를 실제 운영하였는지 여부와 관계없이 F사우나를 점유하는 기간 동안의 임대료 상당의 부당이득금을 원고에게 반환할 의무가 있다고 할 것인바, 다툴 없는 사실, 갑 제20호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 피고는 2009. 4. 2. 원고로부터 F사우나를 인도받아 사우나 영업을 하던 중 2009. 5. 28. 오빌개발에게 F사우나 내부 수리공사를 도급한 사실, 오빌개발은 2009. 6. 29. 착공하여 공사를 진행하던 중 2009. 7. 25. 피고의 사정으로 단전, 단수가 되어 공사를 중단하였고, 피고로부터 공사대금을 지급받지 못하게 되자 공사대금에 충당하기 위하여 2009. 9. 21.부터 피고로부터 F사우나 영업권을 위임받아 영업을 한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 원고가 제출한 증거만으로는 피고가 2010. 2. 11.까지 F사우나를 점유한 사실을 인정하기에 부족하고, 다만 피고는 2010. 1. 8.부터 원고가 F사우나를 직접 운영하였다고 주장함으로써 그 무렵까지는 F사우나를 점유하고 있던 사실을 인정하고 있으므로, 피고가 F사우나를 점유한 기간은 위임관계에 있는 오빌개발이 직접 점유한 기간을 포함하여 2010. 1. 7.까지로

인정한다. 한편 이 법원의 감정인 AE에 대한 감정촉탁결과에 변론 전체의 취지를 더하여 보면 2009. 4. 2.부터 2010. 1. 7.까지 F사우나의 월 임대료는 23,500,477원인 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 원고에게 위 기간 F사우나 사용이익 상당의 부당이득금 216,052,772원(= 23,500,477원 × (9개월 + 6일/31일)을 반환할 의무가 있다.

### ③ S 토지 관련 지급 금원

원고가 S 토지에 설정된 근저당권자 봉산새마을금고인 근저당권의 피담보채무를 인수하여 근저당권의 채무자를 원고로 변경하는 등기를 마친 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 갑 제38, 39호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 원고가 2009. 4. 28.부터 2009. 7. 30.까지 S 토지 근저당권자인 봉산새마을금고에 합계 3,143,390원을 지급한 사실, 그 후 2014. 12.까지 추가로 600,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있다(원고는 회생채권자인 봉산새마을금고에 대한 변제계획에 따라 2022년까지 변제할 예정인 금원까지 모두 포함하여 12,000,000원의 반환을 청구하고 있으나, 원고가 실제 지급한 금원을 초과하는 부분은 이유 없다). 원고가 봉산새마을금고에 납부한 이자와 변제한 대출금 채무는 채무인수에 따라 원고 자신의 채무를 변제한 것이기는 하나, 이는 이 사건 교환계약에 따라 원고가 피고에게 이행하여야 할 의무의 하나로 부담하게 된 것이므로, 이 사건 교환계약이 취소되는 이상 피고는 원고에게 위 3,743,390원(= 3,143,390원 + 600,000원)을 부당이득금으로 반환할 의무가 있다.

### ④ 수도료, 전기료, 전화요금

원고는, 피고가 F사우나를 점유하는 기간 동안 발생한 수도, 전기, 전화요금 등 각종 공공요금 30,356,490원을 납부하지 않음으로써 원고가 F사우나의 점유를 이전받은 후 이를 대납하는 손해를 입었다고 주장한다.

살피건대, 피고가 2009. 4. 2.부터 2010. 1. 7.까지 F사우나를 점유한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 갑 제34 내지 36호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 위 기간 동안 F사우나에 부과된 수도, 전기, 전화요금으로 원고가 인도받은 이후 대납한 금원은 ㉠ 수도료 8,553,493원[= 2009. 12.부터 2010. 2. 28.까지의 수도료 17,894,780원 × {38일(2009. 12. 1.-2010. 1. 7.)/90일(2009. 12. 1.-2010. 2. 28.)} + 2009. 4.부터 2009. 8.까지의 지하수 사용료

997,920원], ㉠ 전기료(TV수신료 포함) 10,573,293원{= 5,100,860원 + 4,248,140원 + 1,224,293원(= 5,421,870원 × 7일/31일)}, ㉡ 전화료, 케이블TV 사용료 196,097원(= 868,430원 × 7일/31일)인 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 원고에게 19,322,883원(= ㉠ + ㉡ + ㉢)을 지급할 의무가 있다.

⑤ 전기 점검료, 엘리베이터 점검료, 정수기 임대료

원고는 피고가 F사우나를 점유하는 기간 동안 발생한 전기 점검료 110만원, 엘리베이터 점검료 99만원, 정수기 임대료 3,552,000원을 대납하게 된 손해를 입었다고 주장한다.

살피건대, 전기 점검료, 엘리베이터 점검료는 그 성질상 F사우나 건물의 통상의 필요비 성격을 갖는 것으로, 이 사건 교환계약이 취소된 이상 소유자인 원고가 부담하여야 하는 비용이다. 한편 갑 제42호증의 기재만으로는 정수기 임대료에 관한 원고의 주장을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 소결론

이 사건 교환계약이 취소됨에 따라 피고가 원고에게 지급하여야 할 부당이득금은 299,119,045원(= ① 60,000,000원 + ② 216,052,772원 + ③ 3,743,390원 + ④ 19,322,883원)인바, 여기에서 원고 스스로 인정하고 있는 피고가 F사우나 근저당권 피담보채무의 이자로 납부한 39,160,000원을 상계하면 259,959,045원(= 299,119,045원 - 39,160,000원)이 남게 된다.

## 다. 피고의 주장에 관한 판단

1) 피고의 주장 이 사건 교환계약의 취소로 원고 역시 피고에 대하여 아래와 같은 부당이득반환의무를 부담하는바, 이는 피고가 원고에게 이 사건 가등기의 일부 지분을 말소할 의무와 동시이행의 관계에 있거나 또는 피고가 원고에게 부당이득으로 반환하여야 할 금원에서 공제되어야 한다는 취지로 주장한다. 즉, ① 원고가 소유권을 이전받은 H모텔, L 토지, S 토지의 소유권을 피고에게 이전해주어야 할 것이나, 근저당권의 실행으로 제3자에게 소유권이 이전되었으므로 위 부동산의 가액을 반환하여야 하고, ② H모텔, J 토지, L 토지, S 토지를 점유, 사용하였으므로 그 사용이익을 반환하여야 하며, ③ 피고가 F사우나의 근저당권 피담보채무를 위하여 납부한 이자는 원고가 인정하는 39,160,000원이 아닌 78,320,000원이므로 위 금원을 모두 반환하여야 하며, ④ 피고가

F사우나를 인도받은 후 수리를 위하여 공사대금 130,000,000원을 지출하였으므로 위 금원 또한 반환하여야 하고, ⑤ F사우나 내 유체동산의 경매대금 26,000,000을 반환하여야 한다.

2) 판단 가) 쌍무계약이 취소되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우, 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무의 이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되는 결과가 되므로 각 당사자의 반환의무는 동시이행관계에 있으므로(대법원 2007. 12. 28. 선고 2005다38843 판결 등 참조), 원고가 피고에 대하여 부담하는 부당이득반환의 범위에 관하여 본다.

나) 구체적 판단

① H모텔, L 토지, S 토지의 가액 상당의 반환

㉠ 계약의 취소로 인한 부당이득반환의무는 원물반환의 형태로 이행하는 것이 원칙이고(민법 제747조 제1항), 원물반환이 불가능한 경우에 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존하는 한도 내에서 가액반환 의무가 인정된다(민법 제748조 제1항).

㉡ 먼저, H모텔, L 토지에 관하여 보건대, 위 각 부동산의 소유권이 원고에게 이전되었다가 이미 설정되어 있던 근저당권에 기하여 임의경매가 실행되어 제3자에게 매각되었는데, 위 임의경매절차에서 매각대금은 채권자들에게 모두 배당되었고 잔여액이 없는 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 위 인정사실에 의하면, 위 각 부동산의 매각으로 원고가 피고에게 위 각 부동산 자체를 반환하는 것은 불가능하게 되었는바, 피고의 기망으로 이 사건 교환계약을 체결한 선의의 수익자인 원고에게 현존하는 이익이 있다고 할 수 없다. 그뿐만 아니라 H모텔과 L 토지의 근저당권 피담보채무는 모두 피고가 책임지고 말소시키기로 하였는데 이를 이행하지 않음으로 해서 경매가 진행되어 제3자에게 매각된 것이므로, 위 각 부동산이 반환불능에 이르는 데에 원고는 책임이 없고, 오히려 피고에게 그 책임이 있다.

㉢ 다음으로 S 토지에 관하여 보건대, 원고가 이 사건 교환계약에 따라 S 토지의 소유권을 이전 받을 당시 위 토지에는 채권최고액을 210,000,000원으로 하는 근저당권이 이미 설정되어 있었는데, 그 후 위 근저당권에 기한 임의경매가 실행되어 매각대금 110,880,000원은 근저당권자 봉산새마을금고(채권액 197,342,465원)에게 배당됨으로써 잔여액이 없는 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 여기에서 원고가 반환해야 할 이익은 원물반환이 불가능하게 될 당시의 S 토지의 시가에서

원고가 S 토지를 취득하기 전부터 담보되었던 채무액을 공제한 금액이라고 할 것인바, 위 인정사실에 의하면, 원물반환이 불가능하게 될 당시 원고가 피고에게 반환하여야 할 이익이 남아있거나 원고에게 이익이 현존한다고 볼 수 없다.

따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

#### ② H모텔, J 토지, L 토지, S 토지 사용이익

원고가 위 각 부동산을 사용, 수익하여 그 이익이 현존하는 사실을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고의 위 주장 또한 이유 없다.

#### ③ F사우나의 근저당권 피담보채무를 위하여 납부한 이자

이 사건 교환계약 당시 F사우나에 설정되어 있는 근저당권의 피담보채무를 피고가 승계하기로 약정한 사실은 앞서 본 바와 같다. 이 사건 교환계약이 취소됨으로써 피고의 피담보채무 승계 약정 또한 소급적으로 소멸하였으므로, 원고는 피고에게 그 동안 피고가 위 근저당권의 피담보채무의 변제를 위하여 지출한 금원을 반환할 의무가 있다. 피고는 위 근저당권의 대출금 채무 이자로 78,320,000원을 지급하였다고 주장하는바, 피고가 그 이자로 39,160,000원을 지급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 위 금원을 초과하여 지급한 사실을 인정할 증거가 없다.

#### ④ F사우나에 지출한 공사대금

갑 제21호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 피고는 2009. 4. 2. 원고로부터 F사우나를 인도받은 후 2009. 5. 28. 원고의 승낙을 받아 F사우나 영업을 위하여 오빌개발에게 F사우나 보수 내장공사를 도급한 사실, 피고는 2009. 9. 21. 오빌개발과 공사대금을 총 1억 3,000만 원으로 합의하고, 오빌개발에게 F사우나 운영권을 위임하여 운영 수익금으로 공사대금에 우선 충당하기로 한 사실, 원고는 2010. 1. 8. F사우나를 다시 인도받아 운영한 사실, 한편 오빌개발이 피고를 상대로 의정부지방법원 2010가합4650호로 제기한 공사대금 청구 소송에서 위 법원은 피고에 대하여 오빌개발이 이미 지급받은 1,000만 원을 공제한 1억 2,000만 원과 그 지연손해금을 지급할 것을 명하는 판결을 선고하여 위 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면 위 공사비 1억 3,000만 원은 피고가 원고의 승낙을 받아 F사우나를 보존, 개량하기 위하여 부담한 비용으로 원고가 그로부터 얼마 지나지 않아 다시 F사우나를 인도받아 운영함으로써 그로 인한 이익을

향유하게 되었고, 원고가 피고로부터 반환받는 F사우나의 사용이익, 즉 임료 상당의 부당이득에는 위와 같이 피고가 투자한 비용으로 증가한 가치가 반영되어 있으므로, 공사비 1억 3,000만 원은 피고가 반환하여야 할 이득에서 공제되어야 한다.

#### ⑤ F사우나 유체동산 경매대금

피고는 F사우나 내 시설물에 대한 유체동산 강제집행절차에서 낙찰받은 매수인으로부터 시설물을 다시 매수하는 데에 2,600만 원의 비용을 지출하였으므로, 원고는 피고에게 위 금원을 부당이득으로 반환하여야 한다고 주장하나, 을 제14, 26호증의 각 기재만으로는 원고에 대한 채권자가 위 유체동산 강제집행을 신청하여 제3자가 이를 낙찰받았고, 피고가 그 제3자에게 매수대금으로 2,600만 원을 지급한 사실을 인정하기에 부족하다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

3) 소결론 결국 피고가 원고에게 반환하여야 할 부당이득금에서 원고 스스로 상계를 인정하고 있는 F사우나 근저당권 피담보채무 이자 39,160,000원 외에 F사우나 공사대금 1억 3,000만 원이 추가로 공제되어야 한다.

### 라. 소결론

따라서 피고는 원고에게 129,959,045원(= 259,959,045원 - 130,000,000원) 및 이에 대하여 이 사건 2015. 1. 27.자 청구취지 변경신청서 송달 다음날인 2015. 1. 29.부터 피고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2015. 4. 15.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 5. 결론

원고의 이 사건 청구 가운데 F사우나의 각 7.6/12 지분 중 주식회사 예광실업 앞으로 이전된 각 2/12 지분에 관한 이 사건 가등기 말소 청구 부분의 소는 부적법하므로 각하하고, 당심에서 추가된 선택적 청구인 이 사건 교환계약 취소를 원인으로 한 부당이득반환 등 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 기각하여야 한다.

제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 해당 부분(제1심판결 주문 제2항 및 제4항 부분)을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사유남석**

판사이석재

판사권기만

별지