

서울고등법원 2022. 2. 24 선고 2021나2016896 판결 [소유권이전등기 청구 등]

---

## 전 문

원고, 피항소인 1. A

2. B

원고들 소송대리인 법무법인 로드맵

담당변호사 남기룡, 김영주

피고, 항소인 C 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 평산

담당변호사 최남식, 손영호, 김서연

변 론 종 결 2021. 1. 11.

판 결 선 고 2022. 2. 24.

제1 심판결 서울남부지방법원 2021. 4. 22. 선고 2020가합105198 판결

## 주 문

1. 제1심판결의 예비적 청구에 관한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 각 기각한다. 피고는 원고들에게 각 131,000,000원 및 이에 대하여 2021. 3. 25.부터 2022. 2. 24.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다투는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고의 원고들에 대한 나머지 항소를 각 기각한다.
3. 소송총비용 중 60%는 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

[주위적 청구취지] 제1심판결 별지1 부동산의 표시 기재 건물에 관하여, 피고는 원고 A로부터 63,000,000원을 제1심 공동 피고 D 주식회사(이하 '제1심 공동 피고 신탁 회사'라 한다) 명의의 은행계좌로 지급받은 다음 원고 A에게 2018. 4. 16.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. 제1심판결 별지2 부동산의 표시 기재 건물에 관하여, 피고는 원고 B으로부터 63,000,000원을 제1심 공동 피고 신탁 회사 명의의 은행계좌로 지급받은 다음 원고 B에게 2018. 4. 16.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

[예비적 청구취지] 피고는 원고들에게 각 194,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 2021. 3. 24.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 2. 항소취지

제1심판결 중 예비적 청구에 관한 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 각 기각한다.

## 이 유

### 1. 이 법원의 심판범위

제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만 일부 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만이 항소한 경우 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되지만, 항소심의 심판범위는 피고가 불복신청한 범위, 즉 예비적 청구를 인용한 제1심판결의 당부에만 한정되는 것이므로 주위적 청구는 심판대상이 되지 않는다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2002므852 판결 참조).

### 2. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는, 피고가 항소이유로 주장하는 아래 사항에 대하여 추가로

판단하는 것을 제외하고는 제1심판결 제16면 17행까지의 해당 부분 기재와 같으므로(이 법원의 심판범위에서 제외되는 주위적 청구 부분에 관한 기재는 제외) 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 3. 피고의 항소이유 및 이에 대한 판단

가. 제1심판결에 판단누락, 주문과 이유 설시의 불일치가 있다는 주장에 관하여

1) 피고는 제1심이 원고들의 주위적 청구와 관련하여 '원고들이 피고에게 나머지 분양대금 각 6,300만 원을 지급하면 이전등기를 청구할 수 있다'는 판단만 하였을 뿐이고 피고에 대한 청구를 기각한다는 판단을 하지 아니한 채 제1심판결 주문에 '원고들의 주위적 청구를 기각한다'고 판단함으로써 판단 누락과 주문과 이유 설시의 불일치가 존재한다고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 예비적 청구만이 이 법원의 심판범위에 속하므로 피고의 위 항소이유는 그 자체로 이유 없다.

또한 제1심은, 원고들이 피고에게 나머지 분양대금 각 6,300만 원을 지급하는 동시에 이 사건 구분건물에 관하여 이 사건 분양계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있으나, 피고가 제1심 공동 피고 신탁 회사에 대하여 이 사건 신탁계약 중 이 사건 구분건물에 관한 부분을 해지할 수 없으므로 그 해지권을 대위 행사한다는 원고들의 주위적 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다고 판단하였다. 원고들의 주위적 청구는 제1심 공동 피고 신탁 회사에 대하여는 피고에 대하여 신탁등기의 말소등기절차와 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구하고, 제1심 공동 피고 조합에 대하여는 신탁 일부 해지에 대하여 동의를 의사표시를 구하며, 피고에 대하여는 2018. 4. 16.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것인바, 제1심판결은 원고들이 피고를 대위하여 제1심 공동 피고 신탁 회사에 대한 해지권을 행사할 수 없다는 이유로 원고들의 주위적 청구를 모두 기각한 취지이므로, 제1심판결에 피고가 주장하는 바와 같은 판단누락, 주문과 이유 설시의 불일치가 존재한다고 볼 수도 없다. 이 부분 피고의 항소이유 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

2) 또한 피고는 제1심판결이 원고들의 제1예비적 청구에 대하여 전혀 판단하지 않았다고 주장한다.

살피건대, 원고들은 제1심에서 주위적 청구가 기각될 경우 피고에 대하여 이행불능 내지 이행거절을 원인으로 이 사건 분양계약을 해제하고 이로 인한 손해배상을 예비적으로 청구하였는데, 원고는 항소이유로 이 사건 분양계약의 해제 원인으로 제1예비적으로 이행불능을, 제2예비적으로 이행거절을 주장하면서 제1예비적 청구에 대한 판단이 누락되었다는 취지로 주장하는 것으로 보인다. 그러나 이행불능 내지 이행거절을 원인으로 분양계약을 해제한다는 주장은 공격방법에 불과한 것으로서 제1심은 피고의 이행거절을 이유로 이 사건 분양계약이 적법하게 해제되었다고 본 다음 피고에 대하여 손해배상을 명하였는바, 제1심판결이 원고들의 예비적 청구에 대하여 판단을 누락하였다고 볼 수 없다. 이 부분 피고의 항소이유 주장도 이유 없다.

나. 매매대금이 1억 5,700만 원임을 전제로 원고들의 채무불이행을 이유로 이 사건 분양계약을 해제한다는 주장에 관하여

1) 피고는 이 사건 분양계약의 매매대금 액수가 1억 5,700만 원임을 전제로 다음과 같이 주장한다. 즉 매매대금이 1억 2,000만 원으로 기재된 매매계약서가 없으므로 매매대금을 1억 2,000만 원으로 인정할 수는 없고, 미지급 매매대금이 6,300만 원이라는 원고들의 주장은 2억 2,000만 원짜리 매매계약서와 1억 5,700만 원짜리 영수증을 짜깁기한 주장이며, 원고들이 피고에게 최소한 1억 5,700만 원은 매매대금으로 보장해 준다고 하였고 피고로서도 분담금 없이 대물변제 받기로 한 원룸의 평가액인 1억 2,000만 원에 조합원의 추가 분담금인 3,700만 원을 합한 1억 5,700만 원만 보장되면 손해 보는 것이 아니었기 때문에 이 사건 분양계약의 매매대금을 각 1억 5,700만 원으로 계약하기로 한 것이다. 이후 원고들이 계약금 명목으로 각 2,000만 원씩 지급한 후 미지급 매매대금이 6,300만 원에 불과하다고 주장하고 있는바, 원고들의 채무불이행 또는 이행거절 의사 표명을 이유로 2021. 6. 15.자 항소이유서 송달에 의하여 이 사건 분양계약을 해제하고, 원고들이 지급한 계약금 각 2,000만 원도 물취한다. 따라서 원고들이 피고의 이행거절을 이유로 손해배상을 청구하는 것은 부당하다.

2) 살피건대 갑 제1 내지 5, 7호증, 을 제2, 11호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 제1심이 “원고들과 피고는 이 사건 분양계약 체결 당시 분양 대금을 실제로는 각 1억 2,000만 원으로 하되 형식상으로 각 2억 2,000만 원으로 정하여, 그중 1억

5,700만 원은 이미 지급받은 것으로 하는 분양계약서를 작성하고, 원고들이 피고에게 미지급 분양 대금 6,300만 원을 지급하면 이 사건 구분건물의 소유권을 이전해주기로 합의하였다”고 판단한 것은 정당하다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 실무상 분양계약에서 매도인 측은 미분양 해소를 위하여 분양가를 할인해 주지만 기존 가격에 분양받은 수분양자들이 이를 알고 불만을 제기할 것을 우려하여 소위 “업(UP)계약서”를 작성하기도 한다. 원고들은 피고 측 S 회장이 1억 2,000만 원으로 분양계약을 체결한 사실을 기존 수분양자가 알면 불만이 제기될 수 있다고 하면서 업계약서 작성을 요청하였다고 주장하고 있는바, 업계약서 작성 경위에 관한 원고들 주장에 수긍이 간다.

② 이 사건 분양계약서의 총매매금액란에는 2억 2,000만 원이 기재되어 있고, 현재까지 납부한 금액란에는 수기로 “일억오천칠백만원”이라고 기재되어 있는데, 이 부분에 매도인인 피고의 인영이 날인되어 있으며, 앞으로 납부할 금액란에는 6,300만 원이 기재되었다.

③ 피고가 2018. 4. 28. 원고들로부터 각 2,000만 원을 지급받은 다음 원고들에게 계약금 및 중도금 전액이라고 기재한 1억 5,700만 원의 영수증을 작성해 주었다.

④ 피고는 이 사건 매매대금을 1억 2,000만 원으로 기재한 진정한 매매계약서가 없으므로 실질적 매매대금을 1억 2,000만 원으로 인정할 수 없다고 주장하나, 이 사건 분양계약서, 각 영수증(갑 제3호증)의 기재에 의하면 원고들이 미지급한 매매대금이 각 6,300만 원(= 분양계약서의 매매대금 2억 2,000만 원 - 영수증에 기재된 계약금 및 중도금 전액 1억 5,700만 원)이라는 사실을 알 수 있다. 또한 피고 측 S 회장은 2017. 11. 30. 원고 B와 사이에 “원고들과 피고 사이에 분담금 없애고, 그 꼭대기 V, W호(J호, K호를 지칭하는 것으로 보인다) 하나씩 1억 2천씩 가져가신다고 하는 거.,” “이 사건 매매대금 1억 2천만 원에서 삼천 육칠백 만원을 공제하면 공사비 전체가 줄어든다.”는 취지로 통화하였는바(갑 제12호증의 2, 갑 제13호증의 2), 이에 비추어 이 사건 분양계약서의 실제 매매대금이 1억 2,000만 원임을 충분히 추측할 수 있다. 실제 매매대금 1억 2,000만 원 중 원고들이 지급한 계약금 2,000만 원과 주민분담금 3,700만 원을 공제하면 원고들이 피고에게 지급해야 할 잔금은 각 6,300만 원이 되는데, 이는 위에서 본 각 6,300만 원(분양계약서의 매매대금 2억 2,000만 원 - 영수증에 기재된 계약금 및 중도금 전액 1억 5,700만 원)과 정확히 일치한다(한편 피고는 2021.

10. 22.자 준비서면에서 원고들과 이 사건 분양계약을 체결한 사실이 없다고도 주장하나, 피고는 2019. 7. 26.자 준비서면 이래 이 사건 분양계약을 체결한 사실을 자백하였는바, 위 자백이 진실에 반하고 착오에 의한 것임을 인정할 아무런 증거가 없으므로 위 주장은 받아들일 수 없다).

⑤ 피고는 이 법원에 이르러 “2억 2,000만 원짜리 매매계약서는 원고들이 피고로부터 이 사건 구분건물의 매각권한을 위임받아 구분건물을 제3자에게 매각하고 지급받은 대금 중 1억 5,700만 원을 피고에게 지급하고 남은 매매대금을 원고들이 취득하기로 한 것”이라는 주장을 새롭게 하고 있다. 그러나 피고의 위 주장을 인정할 아무런 증거가 없고, 원고들이 제3자에게 매매할 매매대금인 2억 2,000만 원으로 기재한 매매계약서를 피고와 작성할 이유도 없다.

다. 미지급 매매대금이 공제되어야 한다는 주장에 관하여

1) 피고는 이 사건 분양계약이 해제됨에 따라 원고들이 각 6,300만 원의 매매대금을 지급하지 않아도 되는 이익을 얻게 되었으므로 손해배상액수에서 원고들이 미지급한 매매대금이 공제되어야 한다고 주장한다.

2) 채무자가 계약을 이행하지 않을 의사를 명백히 표시한 경우, 채권자는 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 있다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다214210 판결 참조).

갑 제3호증의 기재에 의하면, 이 사건 분양계약에서 잔금 6,300만 원은 입주와 동시에 지불하기로 하고, 잔금 지불과 동시에 매매물건을 넘겨주기로 약정하였는바, 피고가 2019. 4.경 및 2019. 5.경부터 미지급 매매대금 6,300만 원 이외에 원고들이 추가로 중도금 1억 5,700만 원을 지급할 의무가 있다고 다투면서 원고들이 이를 지급하지 않는다는 이유로 2019. 7. 26.자 준비서면의 송달로 이 사건 분양계약을 해제한다는 취지로 주장한 점 등에 비추어 보면, 피고가 매매목적물에 관한 소유권이전등기의무의 이행을 거절함으로 말미암은 원고들의 손해는 이행거절 당시의 시가 상당액에서 원고들이 피고에게 지급하지 않아도 되는 6,300만 원의 미지급 매매대금을 공제한 금액이라고 봄이 타당하다. 따라서 피고의 이 부분 공제 주장은 이유 있다.

3) 갑 제21호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하면 이 사건 구분건물의 시가는 2019. 4. 23. 당시

각 1억 9,400만 원이고, 이는 이행거절 당시인 피고가 이 사건 분양계약을 해지한다는 의사를 표시한 2019. 7. 26.자 준비서면의 송달일인 2019. 7. 26.경에도 동일할 것으로 추단된다. 따라서 피고는 원고들에게 이행거절에 따른 손해배상으로 각 131,000,000원(= 194,000,000원 - 63,000,000원) 및 이에 대하여 원고들이 구하는 바에 따라 이 사건 2021. 3. 24.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달 다음 날인 2021. 3. 25.부터 피고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2022. 2. 24.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 4. 결론

원고들의 피고에 대한 예비적 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 예비적 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결의 예비적 청구에 관한 부분 중 위 인정 금액을 초과하여 지급을 명한 피고 패소 부분은 부당하므로 이를 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 각 기각하며, 피고의 원고들에 대한 나머지 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장    판사 이영창, 판사 김세종, 판사 김종우