

서울남부지방법원 2013. 9. 27 선고 2011가합21298 판결 [소유권이전등기청구권 가등기말소]

재판경과

서울고등법원 2015. 4. 15 선고 2013나68834 판결

서울남부지방법원 2013. 9. 27 선고 2011가합21298 판결

전문

원고A

피고1. B

2. C

3. D

4. E

5. 주식회사 오빌개발사우나

변론 종결 2013. 8. 30. (피고 E를 제외한 나머지 피고들에 대하여)

무변론(피고 E에 대하여)

판결 선고 2013. 9. 27.

주문

1. 원고의 피고 B에 대한 소 중 별지 목록 기재 각 부동산 중 피고 C의 각 1/12 지분, 피고 D의 각 1/12 지분, 피고 E의 각 2.4/12 지분에 관한 소유권이전청구권가등기 말소 청구 부분과 피고 C, D, E에 대한 각 소를 각하한다.

2. 피고 B는 원고로부터 39,160,000원을 지급받음과 동시에 원고에게,
 - 가. 별지 목록 기재 각 부동산 중 각 7.6/12 지분에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2009. 5. 13. 접수 제17905호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고,
 - 나. 60,000,000원을 지급하라.
3. 피고 주식회사 오빌개발사우나는 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2009. 5. 13. 접수 제17905호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
4. 원고의 피고 B에 대한 나머지 청구를 기각한다.
5. 소송비용 중 원고와 피고 B 사이에 생긴 부분의 2/3는 원고가, 나머지는 피고 B가 각 부담하고, 원고와 피고 C, D, E 사이에 생긴 부분은 원고가 부담하고, 원고와 피고 주식회사 오빌개발사우나 사이에 생긴 부분은 피고 주식회사 오빌개발사우나가 부담한다.
6. 제2의 나항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

원고에게, 피고 B는 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2009. 5. 13. 접수 제17905호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고, 피고 C, D, E, 주식회사 오빌개발사우나는 위 소유권이전청구권가등기의 말소등기에 대하여 각 승낙의 의사표시를 하라. 피고 B는 원고에게 351,073,059원과 이에 대하여 2009. 9. 29.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

이 유

1. 피고 B에 대한 소 중 일부 소유권이전청구권가등기 말소 청구 부분 및 피고 C, D, E에 대한 각 소의

적법 여부에 관한 판단

원고는, 피고 B가 원고와 체결한 교환 계약에 따라 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 청구취지에 기재된 바와 같은 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마친 다음 피고 C에게 각 1/12 지분에 관하여, 피고 D에게 각 1/12 지분에 관하여, 피고 E에게 각 2.4/12 지분에 관하여 위 교환 계약에 기한 소유권이전청구권을 양도하고 이 사건 가등기 이전의 부기등기를 마쳐주었는데, 위 교환 계약이 해제되어 이 사건 가등기가 원인 없는 무효의 등기로 되었다고 주장하면서, 피고 B를 상대로 이 사건 가등기 중 피고 C, D, E에게 이전된 각 지분 부분에 관하여 말소등기절차의 이행을 구하고 있고, 피고 C, D, E를 상대로 각 이 사건 가등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 구하고 있다.

살피건대, 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 피고적격이 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결 등 참조). 한편, 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송의 상대방은 등기상 이해관계가 있는 제3자여야 하고, 그러한 자가 아닌 자를 상대로 한 위와 같은 소송은 피고적격이 없는 자에 대한 청구로서 부적법하다(대법원 1974. 6. 25. 선고 73다211 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결 등 참조).

이 사건으로 돌아와 보건대, 먼저 피고 B를 상대로 한 이 사건 가등기 중 피고 C, D, E에게 이전된 각 지분 부분에 관한 말소 청구 부분은, 원고의 주장 자체에 의하더라도 이 사건 가등기의 양수인인 피고 C, D, E가 아니라 양도인인 피고 B에 대하여 이 사건 가등기의 원인무효를 이유로 하여 그 말소를 구하고 있음이 명백하므로, 이 부분 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다. 다음으로 피고 C, D, E를 상대로 한 각 소는, 원고의 주장 자체에 의하더라도 피고 C, D, E은 이 사건 가등기 중 각자의 지분에 해당하는 부분에 대한 등기명의인으로서 각자의 지분 부분에 대하여는 말소등기의

당사자가 되는 한편 나머지 지분 부분에 대하여는 아무런 이해관계가 없어 이 사건 가등기의 말소등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 아님이 명백하므로, 위 각 소 역시 피고적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다(위 피고들이 각자의 지분 부분에 관하여 말소등기 청구의 피고적격이 있음은 별론으로 한다).

2. 피고 B에 대한 나머지 청구 부분에 관한 판단

가. 기초 사실

1) 교환 계약의 체결 가) 원고와 피고 B는 2009. 2. 3. 원고 소유인 별지 목록 기재 각 부동산('F 사우나'라는 상호로 목욕탕 영업을 하고 있는 곳이다. 이하 'F 사우나'라 한다)과 피고 소유인 안산시 단원구 G에 있는 건물('H 모텔'이라는 상호로 숙박업을 하고 있는 곳이다. 이하 'H 모텔'이라 한다), 피고 B가 I에 대하여 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 I 소유인 강원도 횡성군 J 토지(이하 'J 토지'라 한다)를 서로 교환하기로 하는 계약을 체결하였다.

나) 당시 F 사우나에는 채권최고액을 3,900,000,000원, 채무자를 원고, 근저당권자를 주식회사 신한은행으로 하는 근저당권설정등기가 마쳐져 있었고, H 모텔에는 채권최고액을 1,040,000,000원, 채무자를 피고 B, 근저당권자를 주식회사 국민은행으로 하는 근저당권설정등기가 마쳐져 있었으며, J 토지에는 가등기권자를 피고 B로 하는 소유권이전청구권가등기가 마쳐져 있었다.

다) 원고와 피고 B는, F 사우나에 설정되어 있는 위 근저당권의 피담보채무는 피고 B가 인수하고, H 모텔에 설정되어 있는 위 근저당권의 피담보채무는 원고가 인수하지 않고 피고 B가 그대로 변제하며, 교환 차액을 150,000,000원으로 정하여 원고가 피고 B에게 이를 지급하되, 계약 당일에 계약금으로 10,000,000원을, 2009. 2. 11. 중도금으로 20,000,000원을, 2009. 2. 18. 잔금으로 120,000,000원을 지급하기로 약정하였다.

2) 교환 목적물의 추가 가) 원고와 피고 B는 위와 같이 교환 계약을 체결한 후 2009년 4월 초순경 피고 B가 원고에게 이전해야 할 교환 목적물을 추가하는 약정을 하였는데, 구체적으로는 K 소유인 경기 양평군 L 토지(이하 'L 토지'라 한다), M 소유인 강원 횡성군 N, O, P, Q, R 각 토지(이하 통틀어 'S 토지'라 한다)를 추가로 이전하기로 약정하였다. 당시 L 토지에는 T의 근저당권 실행으로 인하여

2009. 1. 21. 임의경매개시결정이 내려지고 그 등기가 마쳐져 있었으며, S 토지에는 채권최고액을 210,000,000원, 채무자를 M, 근저당권자를 봉산새마을금고로 하는 근저당권설정등기가 마쳐져 있었다.

나) 그 후 원고와 피고 B는 2009년 4월 하순경 또다시 피고 B가 원고에게 이전해야 할 교환 목적물을 추가하는 약정을 하였는데, 구체적으로는 남양주시 U 건물 중 주식회사 신한은행 소유인 제104호 및 V 소유인 제105호(이하 통틀어 'U 건물'이라 한다), 화성시 W 건물 상가동 중 주식회사 휴스콘건설 소유인 제102호 및 제103호(이하 통틀어 'W 건물'이라 한다)를 추가로 이전하기로 약정하였다(이하에서는 위 가, 나항의 각 추가 약정을 포함하여 앞서 본 원고와 피고 B 사이의 교환 계약을 '이 사건 교환 계약'이라 한다).

3) 교환 계약의 이행 가) 피고 B는 이 사건 교환 계약에 따라 원고에게 2009. 4. 6. H 모텔에 관하여 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 2009. 4. 8. L 토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳐 주었으며, 2009. 4. 10. J 토지에 관하여 피고 B 명의로 마쳐져 있던 소유권이전청구권가등기를 이전하는 부기등기를 마쳐 주었고, 2009. 4. 15. S 토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳐 주었으나, U 건물과 W 건물에 관하여는 소유권이전등기를 마쳐 주지 못하였다.

나) 원고는 이 사건 교환 계약에 따라 피고 B에게 2009. 2. 3. 교환 차액 중 계약금 10,000,000원을, 2009. 2. 11. 중도금 20,000,000원을, 2009. 4. 3. 잔금 중 일부인 30,000,000원을 지급하였고, 2009. 5. 13. F 사우나에 관하여 이 사건 가등기를 마쳐 주었다.

[인정 근거] 갑 제1, 2, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18호증, 을 제1, 7호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 이 사건 교환 계약의 해제에 관한 판단

1) 피고 B의 채무 불이행으로 인하여 해제되었는지 여부 원고는 이 사건 교환 계약에 따른 피고 B의 원고에 대한 H 모텔, J 토지, L 토지, S 토지의 각 소유권 이전 의무가 이행불능 상태이고, 원고가 피고 B에 대하여 채무 불이행을 이유로 이 사건 교환 계약을 해제한다는 의사를 표시하였으므로, 이 사건 교환 계약은 해제되었다고 주장한다.

살피건대, 갑 제7, 9, 10, 11, 15호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 교환 계약에

따라 피고 B가 원고에게 소유권이전등기를 마쳐 준 H 모텔, L 토지, S 토지에 관하여 위 소유권이전등기 이전에 이미 설정되어 있던 각 근저당권이 실행되어 그 각 소유권이 제3자에게 넘어간 사실, 피고 B가 원고에게 소유권이전청구권을 양도한 J 토지 역시 그 소유자인 I과 피고 B 사이의 다른 소송에서 위 소유권이전청구권이 해제로 인하여 소멸하였다는 판결이 내려지고 그 판결에 따라 피고 B의 소유권이전청구권가등기가 말소된 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 교환 계약에 따른 피고 B의 위 각 부동산에 대한 소유권 이전 의무는 그 이행이 불가능하게 되었다고 할 것이고, 이와 같은 이행불능을 이유로 하여 이 사건 교환 계약을 해제한다는 원고의 의사표시가 담긴 이 사건 소장 부분이 2012. 2. 12. 피고 B에게 송달된 사실은 기록상 명백하므로, 이 사건 교환 계약이 피고 B의 채무 불이행으로 인하여 해제되었다는 원고의 주장은 일응 이유 있다.

이에 대하여 피고 B는, H 모텔에 관하여는 이 사건 교환 계약 체결 당시 기존에 설정되어 있던 근저당권의 피담보채무를 피고 B가 변제하기로 약정하였으나 그 후 2009년 4월경 그 약정을 변경하여 위 근저당권의 피담보채무를 원고가 변제하기로 하였고, S 토지에 관하여는 이 사건 교환 계약 체결 당시부터 원고가 기존에 설정되어 있던 근저당권의 피담보채무를 변제하기로 약정하였는데, 원고가 위 각 피담보채무를 제대로 변제하지 아니하여 위 각 근저당권이 실행됨으로써 위 각 부동산의 소유권이 제3자에게 넘어간 것이므로, 원고는 피고 B의 채무 불이행을 이유로 하여 이 사건 교환 계약을 해제할 수 없다고 항변한다.

살피건대, 해제권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물을 반환할 수 없게 된 때에는 해제권이 소멸하여 해제권자는 더 이상 계약을 해제할 수 없게 되므로(민법 제553조 참조), 과연 원고의 고의나 과실로 인하여 H 모텔 또는 S 토지의 반환이 불가능하게 된 것인지를 살펴보면, 먼저 H 모텔에 관하여는, 을 제4호증은 그 진정성립을 인정할 자료가 없어 증거로 삼을 수 없고, 원고와 피고 B가 2009년 4월경 H 모텔에 설정되어 있던 근저당권의 피담보채무를 원고가 변제하는 것으로 이 사건 교환 계약을 변경하였다는 사실에 부합하는 듯한 을 제13호증의 기재는 믿기 어려우며, 달리 원고의 고의 또는 과실로 인하여 H 모텔을 피고 B에게 반환할 수 없게 되었다는 점을 인정할 자료가 없으나, 한편, S 토지에 관하여는, 이 사건 교환 계약 체결 당시 S 토지에는 채권최고액을 210,000,000원, 채무자를 M, 근저당권자를 봉산새마을금고로 하는 근저당권설정등기가 마쳐져 있었음은 앞에서 본

바와 같고, 갑 제11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 S 토지에 관하여 이 사건 교환 계약에 따라 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 날과 같은 날인 2009. 4. 15. 위 근저당권설정등기에 관하여 계약 인수를 원인으로 하여 채무자를 원고로 변경하는 변경등기가 마쳐진 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 의하면 원고는 위 근저당권의 피담보채무를 인수하였다고 봄이 상당하므로, S 토지에 관하여 위 근저당권이 실행되어 소유권이 제3자에게 넘어간 것은 원고가 자신이 인수한 위 근저당권의 피담보채무의 변제를 게을리 한 데에 기인하는 것이어서, 결국 S 토지는 원고의 고의 또는 과실로 인하여 피고 B에게 반환할 수 없게 되었다고 봄이 상당한바, 이처럼 이 사건 교환 계약의 목적물 중의 하나인 S 토지의 반환이 원고의 고의 또는 과실로 인하여 불가능하게 된 이상 이 사건 교환 계약 전체에 대한 원고의 해제권은 소멸되었다고 할 것이어서, 피고의 위 항변은 이유 있다.

이에 대하여 원고는 S 토지에 관한 위 근저당권의 피담보채무는 실제로 피고 B가 부담해야 채무인데 형식적으로만 원고가 위 피담보채무에 관한 계약을 인수하기로 하는 원고와 피고 B 사이의 약정에 따라 위 근저당권의 등기부상 채무자 명의만을 원고로 변경한 것이라고 재항변하나, 갑 제18, 19호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 위 재항변은 이유 없다.

결국 피고 B의 채무 불이행으로 인하여 이 사건 교환 계약이 해제되었다는 원고의 주장은 이유 없다.

2) 당사자 사이의 합의에 의하여 해제되었는지 여부 살피건대, 갑 제5, 6, 21호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고와 피고 B는 2009년 7월경 'F 사우나와 H 모텔, J 토지, L 토지, S 토지의 교환 매매를 원인 무효로 한다'는 취지의 확인서를 작성한 사실, 원고와 피고 B는 2009. 12. 8. '피고 B가 원고에게 F 사우나를 영업권을 포함하여 모든 행위를 양도하였다'는 내용의 양도양수각서를 작성한 사실, 피고 주식회사 오빌개발사우나가 원고와 피고 B를 상대로 제기한 공사대금 등 청구 소송(의정부지방법원 2010가합4650)에서 '원고와 피고는 2009. 9. 28. 이 사건 교환 계약을 합의해제하였다'는 점이 인정된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 의하면 이 사건 교환 계약은 원고와 피고 B의 합의에 의하여 해제되었다고 봄이 상당하다.

따라서 피고 B는 이 사건 교환 계약의 해제에 따른 원상회복의 의무의 이행으로서 원고로부터

지급받은 물건 또는 금전을 반환할 의무가 있다.

다. 원상회복 의무의 범위에 관한 판단

원고는 피고 B에 대하여 원상회복 의무의 이행으로서 F 사우나에 관하여 마쳐진 이 사건 가등기 중 앞서 살펴본 피고 C의 각 1/12 지분, 피고 D의 각 1/12 지분, 피고 E의 각 2.4/12 지분을 제외한 나머지 부분에 관한 말소등기절차의 이행과 원고가 교환 차액의 일부로 지급한 60,000,000원, 피고 B가 이 사건 교환 계약에 따라 반환 의무를 인수한 F 사우나 내 이발 용역 계약자에 대한 용역 보증금 중 원고가 대신하여 반환한 3,000,000원, 그리고 이 사건 교환 계약이 체결된 때로부터 해제될 때까지의 기간 동안 F 사우나의 사용으로 인한 이익 288,073,059원을 합한 351,073,059원 및 이에 대하여 2009. 9. 29.부터 계산한 이자 또는 지연손해금의 지급을 구하고 있다.

살피건대, 원고가 이 사건 교환 계약에 따라 피고 B에게 이 사건 가등기를 마쳐 주고 교환 차액 중 60,000,000원을 지급하였음은 앞에서 본 바와 같으므로, 이 사건 교환 계약의 해제에 따라 피고 B는 원고에게 위 가등기와 위 60,000,000원을 원상으로 회복할 의무가 있다.

나아가 ① 용역 보증금 중 원고가 대신하여 반환하였다고 주장하는 3,000,000원 부분에 관하여 보면, 원고의 주장 자체에 의하더라도 피고 B가 이 사건 교환 계약에 따라 위 용역 보증금 반환 채무를 인수하였다는 것이어서, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 교환 계약이 해제된 이상 위 용역 보증금 채무의 인수 약정 역시 그 효력이 소급적으로 소멸하고 그 원상회복에 따라 원고가 위 용역 보증금 채무를 다시금 부담하게 된다고 할 것이므로, 원고가 위 용역 보증금 중 3,000,000원을 반환한 것은 자신의 채무를 이행한 것으로서 피고 B가 원상회복해야 할 대상에 포함되지 않으므로, 원고의 이 부분 청구는 이유 없다. 또한 ② F 사우나의 사용이익 288,073,059원 부분에 관하여 보면, 갑 제22호증의 각 기재만으로는 이 사건 교환 계약이 체결된 때로부터 해제될 때까지의 기간 동안 F 사우나의 사용으로 인한 이익이 288,073,059원이라는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 청구도 이유 없다. 마지막으로 ③ 2009. 9. 29.부터 계산한 이자 또는 지연손해금 부분에 관하여 보면, 합의해제는 해제권의 유무에 불구하고 계약 당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약으로서, 그 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는

해제에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로, 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해제로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니고(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다16011 판결 등 참조), 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행 관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이므로(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다43370 판결 등 참조), 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 교환 계약이 합의해제되었고 아래에서 살펴보는 바와 같이 피고 B의 위 60,000,000원 반환 의무와 동시이행의 관계에 있는 원고의 채무가 존재하는 이상, 피고 B는 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 없다고 할 것이어서, 원고의 이 부분 청구 역시 이유 없다.

그렇다면 피고 B는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 원상회복 의무의 이행으로서 별지 목록 기재 각 부동산 중 앞서 본 피고 C, D, E의 각 지분을 제외한 나머지 7.6/12 지분에 관하여 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행하고 위 60,000,000원을 지급할 의무가 있다.

라. 피고 B의 동시이행 항변에 관한 판단

피고 B는, 원고 역시 이 사건 교환 계약의 해제로 인하여 피고 B에 대하여 원상회복 의무를 부담하고, 위 교환 계약에 따라 피고 B가 원고에게 소유권을 이전한 H 모텔, L 토지, S 토지의 각 소유권이 근저당권의 실행으로 인하여 제3자에게 넘어갔으므로, 원고로부터 위 각 부동산의 가액에 상당하는 금원과 위 각 부동산 및 J 토지의 각 사용이익, 그리고 피고 B가 F 사우나에 들인 비용(근저당권의 피담보채무에 대한 이자 78,320,000원, 공사 대금 130,000,000원, 유체동산 매매 대금 26,000,000원)을 반환받을 때까지는 원고의 청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 한다.

살피건대, 계약의 해제로 인하여 쌍방 당사자가 부담하는 원상회복 의무는 서로 동시이행의 관계에 있으므로(민법 제549조, 제536조 참조), 원고가 피고 B에 대하여 부담하는 원상회복 의무가 있는지를 살펴보면, 먼저 피고 B가 F 사우나에 설정되어 있던 근저당권의 피담보채무에 대한 이자로 지출하였다고 주장하는 78,320,000원 부분에 관하여는, 이 사건 교환 계약 당시 F 사우나에는 근저당권이 설정되어 있었고 원고와 피고 B는 위 근저당권의 피담보채무를 피고 B가 인수하기로 약정하였던 사실은 앞에서 본 바와 같으므로, 이 사건 교환 계약이 해제됨과 동시에 위 근저당권의

피담보채무 인수 약정의 효력은 소급적으로 소멸한다고 할 것이고 그로 인한 원상회복에 따라 원고는 위 근저당권의 피담보채무를 다시금 부담하게 된다고 할 것이어서, 피고 B가 위 근저당권의 피담보채무의 변제로 지출한 금액이 있다면 원고는 이를 피고 B에게 반환할 의무가 있다고 할 것인데, 갑 제24호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 피고 B는 이 사건 교환 계약이 체결된 이후 위 근저당권의 피담보채무에 대한 이자로 39,160,000원을 지출한 사실을 인정할 수 있으나, 위 금액을 초과하여 이자를 지급하였다는 사실을 인정할 증거는 없으므로, 결국 원고는 피고 B에게 위 39,160,000원을 반환할 의무가 있고 이는 피고 B의 원고에 대한 앞서 본 의무와 동시이행의 관계에 있다고 할 것이다.

다음으로 ① 피고 B가 주장하는 H 모텔, L 토지의 가액 부분에 관하여는, 계약의 해제로 인한 원상회복 의무는 원물반환의 형태로 이행하는 것이 원칙이고(민법 제747조 제1항 참조) 원물반환이 불가능한 경우에는 채무자에게 책임 있는 사유로 인한 반환불능의 경우에만 가액반환 의무가 인정된다고 할 것인데, L 토지에 대하여는 이 사건 교환 계약 체결 전인 2009. 1. 21. 이미 기존에 설정되어 있던 근저당권의 실행으로 인하여 임의경매개시결정이 내려져 있었던 사실은 앞에서 본 바와 같고, 갑 제10호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 위 임의경매개시결정에 기한 경매로 인하여 원고로부터 제3자에게로 L 토지에 대한 소유권이 넘어간 사실을 인정할 수 있으므로, L 토지의 반환불능은 피고 B가 자신이 부담하는 위 근저당권의 말소 의무를 이행하지 않은 점에 기인하는 것이어서 원고의 고의나 과실에 의한 것이라고 보기 어렵고, 한편 H 모텔의 반환불능 역시 원고의 고의나 과실에 의한 것으로 보기 어려움은 앞에서 살펴본 바와 같으므로, 위 각 토지의 반환불능이 원고에게 책임 있는 사유로 인한 것이라는 점을 인정하기는 어렵다고 할 것이어서, 원고가 피고 B에게 위 각 토지의 가액에 상당하는 금액을 반환할 의무가 있다고 할 수 없다. 또한 ② 피고 B가 주장하는 S 토지의 가액 부분에 관하여는, S 토지의 반환불능이 원고의 고의 또는 과실에 의한 것임은 앞에서 살펴본 바와 같으므로 원고에게는 일응 S 토지에 대한 가액반환 의무가 인정될 여지가 있다고 할 것이나, 여기에서 말하는 '가액'이란 원물반환이 불가능하게 될 당시의 대상 물건의 시가에서 반환의무자가 그 물건을 취득하기 전부터 그 물건에 의하여 담보되었던 채무액을 공제한 금액이라고 할 것인데(서울고등법원 2013. 6. 14. 선고 2012다87364, 87371 판결 등 참조), 원고가 이 사건

교환 계약에 따라 S 토지의 소유권을 이전 받을 당시 위 토지에는 채권최고액을 210,000,000원으로 하는 근저당권이 이미 설정되어 있었음은 앞에서 본 바와 같고, 갑 제25호증의 2의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 S 토지의 원물반환이 불가능하게 된 2011. 3. 28. 당시 S 토지의 시가는 110,955,839원, 위 근저당권에 의하여 담보되는 채무액은 197,342,465원이었던 사실을 인정할 수 있으며, 위 시가 110,955,839원에서 위 채무액 197,342,465원을 공제하면 남는 금액이 없음은 계산상 명백하므로, 결국 원고에게 피고 B에 대하여 S 토지의 가액에 상당하는 금원을 반환할 의무가 있다고 보기 어렵다. 또한 ③ 피고 B가 이 사건 교환 계약을 체결하고 난 후 F 사우나의 보수를 위하여 피고 주식회사 오빌개발사우나와 공사 계약을 체결하고 그 공사 대금으로 지급하였다고 주장하는 130,000,000원 부분과 F 사우나의 유체동산이 경매로 매각되어 이를 다시 매수하는 데 지출하였다고 주장하는 매매 대금 26,000,000원 부분에 관하여는, 위 주장 자체에 의하더라도 피고 B는 이 사건 교환 계약과는 별개로 위 공사 계약을 체결하고 위 유체동산을 매수하였다는 것이므로, 위 각 대금에 관하여 피고 B가 원고에게 별도로 부당이득의 반환을 구할 여지가 있음은 별론으로 하고, 위 각 대금의 반환 의무가 이 사건 교환 계약의 해제로 인한 원고의 원상회복 의무에 포함된다거나 이 사건 교환 계약과 견련관계가 있는 채권으로서 피고 B의 원고에 대한 원상회복 의무와 동시이행의 관계에 있다고 인정하기는 어렵다. 마지막으로 ④ H 모텔, J 토지, L 토지, S 토지에 대한 각 사용이익 부분에 관하여는, 그 사용이익의 액수를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고에게 피고 B에 대한 위 각 사용이익의 반환 의무를 인정하기 어렵다.

그렇다면 피고 B의 위 동시이행 항변은 위 39,160,000원의 지급을 구하는 범위 내에서 이유 있다.

마. 소결

따라서 피고 B는 원고로부터 39,160,000원을 지급받음과 동시에 원고에게, 별지 목록 기재 각 부동산 중 앞서 본 7.6/12 지분에 관하여 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행하고, 60,000,000원을 지급할 의무가 있다.

3. 피고 주식회사 오빌개발사우나에 대한 청구에 관한 판단

가. 청구의 표시

원고는 이 사건 교환 계약에 따라 피고 B에 대하여 이 사건 가등기를 마쳐 주었다. 그런데 이 사건

교환 계약에 따른 피고 B의 H 모텔, J 토지, L 토지, S 토지에 관한 각 소유권 이전 의무의 이행이 불가능하게 되었고, 원고는 피고 B에 대하여 위 이행불능을 이유로 하여 이 사건 교환 계약을 해제한다는 의사를 표시하였다. 그렇다면 이 사건 교환 계약은 해제되었다고 할 것이므로 위 교환 계약을 원인으로 하여 마쳐진 이 사건 가등기는 말소되어야 하고, 이 사건 가등기에 기한 소유권이전청구권을 가압류한 피고 주식회사 오빌개발사우나는 위 가등기의 말소등기에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자로서 실체법상 위 말소등기에 대하여 승낙을 할 의무를 부담한다. 따라서 원고는 피고 주식회사 오빌개발사우나에 대하여 이 사건 가등기의 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구한다.

나. 공시송달에 의한 판결

그 밖의 판결 이유는 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 의하여 생략한다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고 B에 대한 소 중 피고 C, D, E의 각 지분에 관한 이 사건 가등기 말소 청구 부분과 피고 C, D, E에 대한 각 소는 부적법하므로 각하하고, 원고의 피고 B에 대한 위 각하 부분을 제외한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하며, 원고의 피고 주식회사 오빌개발사우나에 대한 청구는 이유 있어 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사오기두

판사정신구

판사서범욱

별지