

서울북부지방법원 2021. 7. 22 선고 2020가합26304(본소), 2020가합27499(반소) 판결  
[소유권이전등기 등 청구의 소 · 건물인도]

---

전 문

원고(반소피고) A

소송대리인 법무법인 신광

담당변호사 권두영, 권경열

피고(반소원고) B 주식회사

소송대리인 변호사 추봉준

변 론 종 결 2021. 6. 3.

판 결 선 고 2021. 7. 22.

주 문

1. 이 사건 반소의 예비적 청구 중 손해배상청구 및 원상복구비용상환청구 부분을 각하한다.
2. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 451,294,278원 및 그중 369,900,000원에 대하여는 2021. 1. 12.부터 다 갚는 날까지 연 12%의, 80,000,000원에 대하여는 2019. 10. 1.부터 2020. 2. 10.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의, 1,394,278원에 대하여는 2020. 2. 11.부터 2021. 7. 22.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 원고(반소피고)의 나머지 본소 청구와 피고(반소원고)의 반소 중 주위적 청구 및 나머지 예비적 청구를 각 기각한다.

4. 소송비용은 본소, 반소를 합하여 피고(반소원고)가 부담한다.

## 청 구 취 지

본소: 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)에게 451,294,278원 및 그중 369,900,000원에 대하여는 2021. 1. 12.부터 다 갚는 날까지 연 12%의, 81,394,278원에 대하여는 2019. 10. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소: 원고는 피고에게 별지 목록 기재 부동산을 인도하고, 2019. 6. 5.부터 별지 목록 기재 부동산 인도일까지 월 2,000,000원의 비율로 계산한 돈과 3,000,000원 및 이에 대한 이 사건 반소 청구취지변경 및 청구원인보충서 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

## 이 유

### 1. 인정사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1, 4, 6호증, 을 제2, 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 인정할 수 있다.

가. 피고는 주택건설업, 건설공사업 등을 영위하는 회사이다.

나. 주식회사 C(이하 ‘소외 회사’라 한다)은 주택건설업, 건축공사업 등을 목적으로 설립된 회사로서 2018. 12. 3. 상법 제520조의2 제1항1)에 의하여 해산하였는데, D는 주식회사 C의 사내이사로서 대표자였다.

다. 원고를 포함한 서울 강북구 E 대 109㎡ 외 13필지 토지의 소유자 14명(이하 ‘조합원들’이라 한다)은 2017. 2. 14. 소외 회사와 사이에 조합원들은 소외 회사에 그 소유 토지를 평당 1,040만

원에 매도하고, 소외 회사는 위 토지 지상의 건물을 철거하여 다세대주택을 신축한 뒤 조합원들에게 평당 1,500만 원(실사용면적: 동호수 우선지정)에 매도하는 내용의 약정을 하였다. 원고는 위 약정 당시 소외 회사로부터 신축될 공동주택의 F동 G호와 H동 I호를 분양받기로 하였다.

라. 그 무렵 피고는 조합원들의 동의를 얻어 소외 회사가 조합원들과 각 체결한 계약을 승계하였고, 2017. 9. 29.부터 2019. 2. 1.까지 사이에 서울 강북구 E 대 109㎡ 외 13필지에 관하여 각 소유권이전등기를 마친 뒤 2019. 4. 25. 서울 강북구 E 대 109㎡에 나머지 13필지의 토지를 합병하였다. 이로써 서울 강북구 E 대 109㎡는 E 대 1,330㎡가 되었다.

마. 피고는 2018. 8.경 서울 강북구 E 대 1,330㎡ 위에 J건물 4개동(이하 '이 사건 공동주택'이라 한다)을 완공하여 2019. 5. 23. 이 사건 공동주택에 대하여 소유권보존등기를 마쳤다.

## 2. 본소 청구에 대한 판단

### 가. 원고의 주장 요지

#### 1) 매매계약 해제로 인한 전보배상 청구

#### 가) 주위적 주장

원고는 2019. 6. 3. 피고로부터 이 사건 공동주택 중 K동 L호를 매매대금 3억 100만 원에 매수하는 계약을 체결한 이후 2019. 7.경 동일한 조건으로 매매목적물을 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 H동 M호'라 한다)으로 변경하기로 합의하였고, 이후 피고는 아무런 조건 없이 2019. 11. 30.까지 이 사건 H동 M호에 대한 소유권이전등기절차를 이행하기로 약정하였는바, 원고와 피고는 이 사건 H동 M호의 매매가격을 위 K동 L호의 매매가격인 3억 100만 원으로 묵시적으로 합의하였다. 가사 그와 같은 묵시적 합의가 인정되지 않더라도, 원고는 2017. 2. 6. 피고와 사이에 원고가 매수하는 주택의 분양가격을 평당 1,300만 원으로 약정하였으므로, 이 사건 H동 M호의 전용면적 73.83㎡(22.33평)에 위 분양가격 평당 1,300만 원을 적용하면 그 매매가격은 290,290,000원(= 1,300만 원 × 22.33평)이 된다. 그런데 피고는 위 매매가격을 훨씬 상회하는 과도한 매매대금을 주장하며 이 사건 H동 M호에 대한 소유권이전등기절차의 이행을 거절하고 있는바, 원고는 이 사건 2020. 8. 14.자 청구취지 및 청구원인변경 신청서의 송달로써 피고의 이행지체 내지 이행거절을

이유로 이 사건 H동 M호에 대한 매매계약을 해제하였다. 따라서 주위적으로, 피고는 원고에게 이 사건 H동 M호에 대한 매매계약의 이행지체 내지 이행거절로 인한 전보배상으로 그 시가 상당액인 3억 6,990만 원 및 이에 대하여 이 사건 H동의 감정기준일 다음날인 2021. 1. 12.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 나) 예비적 주장

만일 원고와 피고 사이에 이 사건 H동 M호의 매매대금에 관하여 묵시적 합의가 성립되지 않음으로써 이 사건 H동 M호에 대한 매매계약의 성립이 인정되지 않는다면, 원고와 피고가 2019. 6. 3. K동 L호를 매매목적물로 체결한 매매계약이 여전히 유효하다고 할 것인데, 피고가 위 계약의 목적물인 K동 L호를 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐줌으로써 원고에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었으므로, 원고는 이를 이유로 위 매매계약을 해제하는 바이다. 따라서 예비적으로, 피고는 원고에게 K동 L호에 대한 매매계약의 이행불능으로 인한 전보배상으로 K동 L호의 시가 상당액인 3억 5,480만 원 및 이에 대하여 K동 L호의 감정기준일 다음날인 2021. 1. 12.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 2) 정산금 청구

원고와 피고는 2019. 6. 3. K동 L호에 대한 매매계약을 체결할 당시 피고가 매수하는 원고 소유의 서울 강북구 N 대 119㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 매매대금 중 피고가 인수한 원고의 대출금채무 상당액 121,394,278원 및 K동 L호의 매매대금 3억 100만 원을 공제한 나머지 8,000만 원을 피고가 원고에게 2019. 9. 30.까지 지급하기로 약정하였는데, 피고가 위 대출금채무 중 1억 2,000만 원만 변제하여 나머지 1,394,278원을 원고가 부담하였으므로, 피고는 원고에게 미지급 정산금 81,394,278원(= 8,000만 원 + 1,394,278원) 및 이에 대하여 약정변제기 다음날인 2019. 10. 1.부터 이 사건 소장 송달일까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 나. 전보배상 청구에 관한 판단

## 1) 손해배상책임의 발생

가) 먼저, 원고와 피고 사이에 이 사건 H동 M호를 매매대금 3억 100만 원에 매매하는 내용의 분양계약이 체결되었는지 여부에 관하여 보건대, 갑 제2 내지 5호증, 갑 제9 내지 12호증, 갑 제23, 24호증, 을 제1호증, 을 제4 내지 7호증의 각 기재에 의하면, 원고의 배우자인 O이 2017. 2. 6. 소외 회사와 사이에, 소외 회사는 원고 소유의 이 사건 토지를 평당 1,300만 원에 매수하고, 원고는 소외 회사로부터 주택을 평당 1,300만 원(실사용면적)에 분양받되, 만일 이 약정이 외부인에게 누출되는 경우 이 약정은 효력이 없으며 일반 토지매입가액(평당 1,040만 원) 및 일반 주택분양가(평당 1,500만 원)를 적용하기로 약정(이하 '이 사건 2017. 2. 6.자 약정'이라 한다)한 사실, 소외 회사는 2017. 2. 16. 원고에게 'N 주택을 매입함에 있어 평당 가격을 일천오백만원에 매입하기로 확인합니다'라는 내용의 '매입확인서'(이하 '이 사건 매입확인서'라 한다)를 교부한 사실, 원고는 2017. 2. 27. 소외 회사와 사이에 이 사건 토지 및 그 지상 연와조 단독주택 69.7㎡를 매도하되, '분양가격은 평당 1,300만 원(실사용면적)에 매입 신축 건물에 입주하기로 하고, 매매대금은 분양대금으로 정산한다'는 내용의 매매계약을 체결한 사실, 원고가 2018. 5. 5. 피고와 사이에 이 사건 토지를 매매대금 4억 4,980만 원에 매도하되, 이 사건 토지를 담보로 대출받은 원고의 대출금채무 121,394,278원 상당을 피고가 인수하는 내용의 매매계약을 체결한 사실, 원고와 피고가 2018. 6. 4. '매매대금 중 대출금 121,394,278원을 공제한 나머지 잔금이 3억 8,100만 원임을 확인한다'는 내용의 확인서(이하 '이 사건 2018. 6. 4.자 확인서'라 한다)를 작성한 사실, 원고가 2019. 6. 3. 피고와 사이에 '이 사건 공동주택 중 K동 L호를 원고에게 매매대금 3억 1,000만 원에 분양하고, 분양 후 남은 정산금 8,000만 원은 남은 호실이 분양되는 대로 2019. 9. 30.까지 지급할 것을 약속한다'는 내용의 분양계약(이하 '이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약'이라 한다)을 체결한 사실<sup>2)</sup>을 인정할 수 있고, 위 인정사실 및 갑 제15, 16, 20호증, 을 제8호증, 을 제11호증의 1, 2, 을 제12호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고와 피고는 이 사건 토지의 매매대금과 관련하여 이 사건 2017. 2. 6.자 약정에 기재된 평당 1,300만 원(35.99평 × 1,300만 원 = 467,870,000원)과 이 사건 매입확인서에 기재된 평당 1,500만 원(35.99평 × 1,500만 원 = 539,850,000원)을 각 주장하며 다툼이 있던 중 2018. 6. 4. 상호

양보하여 이 사건 토지의 매매대금을 502,394,278원(= 피고가 인수하는 원고의 대출금채무 121,394,278원 + 미지급 정산금 381,000,000원)으로 합의한 것으로 보이는 점, ② 이후 원고와 피고는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약을 체결하면서 원고가 매수하는 K동 L호의 매매가격을 이 사건 2017. 2. 6.자 약정에 기재된 평당 1,300만 원3) 이 아닌 3억 100만 원으로 약정하였는바, 원고와 피고는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약을 통해 원고가 피고로부터 매수하는 주택의 매매가격에 대하여도 이 사건 2017. 2. 6.자 약정과는 다른 별도의 합의를 한 것으로 보이는 점, ③ 원고는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약을 체결한 직후 피고에게 분양목적물을 이 사건 H동 M호로 변경하여 달라는 취지로 요청하였는데, 원고와 피고 사이에 위와 같은 이 사건 토지의 매매대금 및 K동 L호의 매매대금을 각 합의한 경위, 2.39㎡에 불과한 이 사건 H동 M호(58.31㎡)와 K동 L호(55.92㎡)의 전용면적 차이 등에 비추어 보면, 원고는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약과 동일한 조건으로 분양목적물만을 이 사건 H동 M호로 변경하여 줄 것을 요청하였다고 봄이 상당한 점, ④ 피고는 원고로부터 위와 같이 분양목적물을 이 사건 H동 M호로 변경하여 달라는 요청을 받은 무렵인 2019. 6. 5.경 원고의 자녀가 이 사건 H동 M호에 이삿짐을 옮길 수 있도록 출입문 비밀번호를 알려주는 등 이에 협조하였던 것으로 보이는바, 원고의 위 요청을 묵시적으로 승낙하였다고 볼 수 있는 점, ⑤ 피고는, 분양목적물을 이 사건 H동 M호로 변경하면서 원고에게 매매대금을 3억 7,200만 원으로 기재한 부동산분양계약서(을 제8호증)를 교부하였는데, 원고가 위 계약서의 작성을 거절하였으므로 이 사건 H동 M호에 대한 매매계약이 성립하지 아니하였다는 취지로 주장하나, 위 부동산분양계약서는 2019. 9. 20.자로 작성되어 피고의 위 주장과 같이 피고의 서명날인만 있고 원고의 서명날인이 없는데, 피고는 그 이후 원고에게 이 사건 H동 M호에 대하여 신탁회사로부터 소유권이전등기를 이전받으면 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳐주기로 약정하였던 것으로 보이는 점(갑 제16호증) 등을 종합하면, 원고와 피고 사이에 2019. 7.경 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약과 동일한 내용으로 매매목적물을 이 사건 H동 M호로 변경하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 하다)이 체결되었다고 봄이 상당하다.

나) 다음으로, 이 사건 매매계약이 해제되었는지 여부에 관하여 보건대, 채무불이행을 이유로 한 계약해제에 있어서 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우로서, 이른바 '이행거절'로 인한

계약해제의 경우, 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여(대법원 1992. 9. 14. 선고 92다9463 판결 등 참조) 이행지체시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 매우 완화되어 있으므로, 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 이외에 계약 당시나 계약 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정함에 있어서는 이행거절의사가 명백하고 총국적으로 표시되어야 할 것인바(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다22971 판결 등 참조), 원고가 이 사건 공동주택 중 P동 L호4)에 대한 소유권이전등기절차의 이행 및 미지급 정산금 81,394,278원의 지급을 구하며 이 사건 소를 제기한 사실, 피고는 답변서 및 2020. 6. 29.자 준비서면에서 피고는 원고와 사이에 K동 L호에 대하여 분양계약을 체결하였는데, 원고가 K동 L호 대신 이 사건 H동 M호를 매매대금 3억 7,200만 원에 분양받기로 하고 이를 점유하고 있음에도 그 분양대금과 이 사건 토지의 매매대금에 대한 정산을 거부하고 있다는 취지로 주장하며 이를 다툰 사실, 이 법원의 조정회부결정에 따라 2020머37916호로 2020. 7. 1. 및 2020. 7. 23. 각 진행된 조정기일에서 원고와 피고 사이에 조정이 성립되지 아니한 사실, 이후 원고가 2020. 8. 14.자 청구취지 및 청구원인변경 신청서에서 피고가 위 조정절차에서 이 사건 H동 M호의 매매대금을 3억 7,200만 원으로 주장하고, 원고에게 81,394,278원의 정산금 채권을 포기할 것을 요구하는 등 이행거절의 의사를 명시적으로 표시하였다는 등의 이유로 이 사건 매매계약에 대한 해제의 의사표시를 하였고, 위 2020. 8. 14.자 청구취지 및 청구원인변경 신청서가 같은 날 피고에게 도달한 사실은 기록상 명백하다.

그런데 원고와 피고 사이에 2019. 7.경 이 사건 H동 M호에 대하여 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약과 동일한 내용으로 매매대금을 3억 100만 원으로 하는 이 사건 매매계약이 체결된 사실은 앞서 본 바와 같은바, 피고가 이 사건 매매계약의 체결 사실 자체를 부인하거나, 그 매매대금을 3억 7,200만 원으로 주장하며 나머지 정산금의 지급을 거절한 것은 이 사건 매매계약에 따른 자신의 의무를 이행하지 아니할 뜻을 명백히 표시한 것으로서 이행거절에 해당한다고 할 것이므로, 이 사건 매매계약은 원고의 해제의 의사표시가 피고에게 도달한 2020. 8. 14. 적법하게 해제되었다고 봄이 상당하다.

다) 이 사건 매매계약이 피고의 이행거절로 인하여 해제된 이상 특별한 사정이 없는 한 피고는

원고에게 이로 인해 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다.

## 2) 손해배상책임의 범위

나아가 피고의 손해배상책임의 범위에 관하여 보건대, 채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우 그 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이고(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004다51825 판결 등 참조), 한편 이행지체에 의한 전보배상에 있어서의 손해액 산정은 본래의 의무이행을 최고한 후 상당한 기간이 경과한 당시의 시가를 표준으로 하고, 이행불능으로 인한 전보배상액은 이행불능 당시의 시가 상당액을 표준으로 할 것인바, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은, 채무자가 이행거절의 의사를 명백히 표시하여 최고 없이 계약의 해제나 손해배상을 청구할 수 있는 경우에는 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 한다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결 등 참조). 감정인 Q에 대한 시가감정촉탁결과에 의하면, 이 사건 H동 M호에 대한 2021. 1. 11. 기준 시가 감정평가액이 3억 6,990만 원인 사실을 인정할 수 있고, 갑 제17호증의 기재에 변론 전체의 취지에 의하면, 피고가 이 사건 매매계약에 대한 이행거절의 의사를 표시한 2020. 7. 23.경 이 사건 H동 M호의 시가도 같은 금액일 것으로 추인할 수 있으므로, 피고는 원고에게 이 사건 매매계약의 이행거절로 인한 전보배상으로 이 사건 H동 M호의 시가 상당액인 3억 6,990만 원 및 이에 대하여 이행청구일 후로서 원고가 구하는 2021. 1. 12.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다5).

## 다. 정산금 청구에 관한 판단

### 1) 청구원인에 관한 판단

피고가 2018. 6. 4. 원고와 사이에 이 사건 토지의 매매대금 지급에 갈음하여 원고의 대출금채무 121,394,278원을 인수하기로 약정하고, 이를 공제한 나머지 잔금이 3억 8,100만 원임을 확인한다는 내용의 이 사건 2018. 6. 4.자 확인서를 작성한 사실, 원고와 피고가 2019. 6. 3. 이 사건 토지의 매매대금 중 피고가 인수한 원고의 대출금채무 상당액 121,394,278원 및 K동 L호의 매매대금 3억 100만 원을 공제한 나머지 정산금 8,000만 원을 2019. 9. 30.까지 지급한다는 내용의

이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약을 체결한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고가 2018. 6. 25. 원고의 대출금채무 121,394,278원 중 1억 2,000만 원을 변제한 사실은 원고가 자인하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약에서 약정한 미지급 정산금 8,000만 원과 미변제 대출금채무 1,394,278원(= 121,394,278원 - 120,000,000원)을 합한 81,394,278원 및 그중 미지급 정산금 8,000만 원에 대하여는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약에서 정한 변제기 다음날인 2019. 10. 1.부터 이 사건 소장 송달일인 2020. 2. 10.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의, 미변제 대출금채무 1,394,278원에 대하여는 원고의 이행청구의 의사가 표시된 이 사건 소장 송달일 다음날인 2020. 2. 11.부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2021. 7. 22.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

원고는, 미변제 대출금채무 1,394,278원에 대하여도 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약에서 정한 변제기 다음날인 2019. 10. 1.부터 지연손해금의 지급을 구하나, 위 미변제 대출금 1,394,278원의 지급의무는 피고가 인수한 원고의 대출금채무를 원고가 대신 변제함으로써 발생한 손해배상채무에 해당하고, 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 이행기의 정함이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담한다고 할 것인바, 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약에서 피고의 대출금채무 미변제로 인한 손해배상채무에 관하여도 그 변제기를 2019. 9. 30.로 약정하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 2) 항변에 관한 판단

피고는, 이 사건 2017. 2. 6.자 약정에서 이 사건 토지의 매매대금을 467,870,000원(= 평당 1,300만 원 × 35.99평)으로 정하였는데, 원고의 배우자 O이 원고를 설득하기 위해 필요하다고 하면서 원고에게 보여준 후 바로 폐기하겠다고 하기에 이 사건 토지의 매매대금을 평당 1,500만 원으로 기재한 이 사건 매입확인서를 작성하여 준 것이므로, 이는 통정의 허위표시에 해당하여 그 효력이 없고, 가사 유효하게 성립하였다고 하더라도, 피고(D)가 O의 기망행위에 속아 작성하여 준

것이므로, 이 사건 2020. 6. 29.자 준비서면의 송달로써 이를 취소하는바, 이 사건 토지의 매매대금을 502,394,278원으로 정한 이 사건 2018. 6. 4.자 확인서도 위와 같이 법적 효력이 없는 이 사건 매입확인서에 기초하여 작성된 것이므로, 이 사건 2018. 6. 4.자 확인서 중 피고가 양보한 34,524,278원(= 502,394,278원 - 467,870,000원)의 추가 지급약정 부분은 효력이 없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 매입확인서가 피고측과 원고의 배우자 O이 통모하여 허위로 작성하였다거나, O이 D를 기망하여 이 사건 매입확인서를 작성, 교부받았다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 원고와 피고가 2018. 6. 4. 상호 양보하여 이 사건 토지의 매매대금을 502,394,278원으로 합의한 사실, 이후 2019. 6. 3. 이 사건 토지의 매매대금이 502,394,278원임을 전제로 피고가 미지급 정산금 8,000만 원을 2019. 9. 30.까지 지급하기로 약정한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 가사 이 사건 매입확인서가 무효 내지 취소되어 효력이 없다고 하더라도, 이 사건 2018. 6. 4.자 확인서에서 정한 원고와 피고의 위 합의가 함께 실효된다고 볼 수는 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

#### 라. 소결

따라서 피고는 원고에게 이 사건 매매계약의 이행거절로 인한 전보배상으로 3억 6,990만 원, 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약에 따른 미지급 정산금 8,000만 원, 인수한 대출금채무 불이행으로 인한 손해배상 1,394,278원을 합한 451,294,278원(= 369,900,000원 + 80,000,000원 + 1,394,278원) 및 그중 3억 6,990만 원에 대하여는 이행청구일 후로서 원고가 구하는 2021. 1. 12.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의, 8,000만 원에 대하여는 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약에서 정한 변제기 다음날인 2019. 10. 1.부터 이 사건 소장 송달일인 2020. 2. 10.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의, 1,394,278원에 대하여는 원고의 이행청구의 의사가 표시된 이 사건 소장 송달일 다음날인 2020. 2. 11.부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2021. 7. 22.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진

등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 3. 반소 청구에 대한 판단

#### 가. 피고의 주장 요지

원고는 2019. 6. 5.부터 현재까지 이 사건 H동 M호를 불법점유하고 있으므로, 피고에게 이 사건 H동 M호를 인도하고, 이 사건 H동 M호에 대한 원상복구비용 300만 원, 불법점유로 인한 손해배상으로 점유개시일인 2019. 6. 5.부터 이 사건 H동 M호의 인도일까지 월 200만 원의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다. 따라서 주위적으로 이 사건 H동 M호의 점유권에 기하여, 예비적으로 이 사건 H동 M호의 소유자인 R 신탁회사(이하 '신탁회사'라 한다)에 대한 피고의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 신탁회사의 원고에 대한 소유권에 기한 방해배제청구권 등을 대위행사하여 그 이행을 구한다.

#### 나. 주위적 청구에 관한 판단

##### 1) 인정사실

갑 제19호증, 을 제9호증의 각 기재에 의하면, 피고가 2019. 5. 31. 신탁회사에 이 사건 H동 M호에 관하여 2019. 5. 28. 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐준 사실, 피고가 신탁회사와 사이에 신탁부동산을 계속 점유사용하는 내용으로 신탁계약을 체결한 사실을 인정할 수 있고, 원고가 2019. 7. 31.경 피고로부터 이 사건 H동 M호를 인도받아 그 무렵부터 현재까지 원고의 자녀인 S가 이를 점유하고 있는 사실은 원고가 인정하고 있다.

##### 2) 인도청구

불법점유를 이유로 하여 그 명도 또는 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 자를 상대로 하여야 하고 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도 또는 명도청구는 부당하다고 할 것인바(대법원 1999. 7. 9. 선고 98다9045 판결 등 참조), 위 1)항 인정사실에 의하면, 피고가 제출한 증거만으로는 원고가 이 사건 H동 M호를 현실적으로 점유하고 있는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가

없으므로, 원고를 상대로 이 사건 H동 M호의 인도를 구하는 피고의 위 주장은 이유 없다.

### 3) 불법점유로 인한 손해배상청구

위 1)항 인정사실에 의하면, 원고는 2019. 7. 31.부터 현재까지 자녀인 S를 통해 이 사건 H동 M호를 간접점유함으로써 피고가 이 사건 H동 M호를 점유사용하지 못하게 하는 손해를 입게 하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고에게 위 기간 이 사건 H동 M호의 사용수익 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다.

피고는, 원고가 2019. 6. 4.부터 이 사건 H동 M호를 점유하였다고 주장하나, 피고도 원고(S)가 2019. 6. 4.경 이 사건 H동 M호에 이삿짐만 일부 옮겨 놓은 채 직접 거주하지 않은 사실은 자인하고 있고(2021. 5. 25.자 준비서면), 피고가 제출한 증거만으로는 원고 내지 S가 2019. 6. 4.경부터 이 사건 H동 M호를 점유하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

원고는, 원고가 피고의 동의 내지 동시이행항변권에 기하여 이 사건 H동 M호를 점유할 정당한 권원이 있으므로, 불법점유로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원고와 피고 사이에 2019. 7.경 이 사건 H동 M호에 대한 이 사건 매매계약이 체결된 사실, 원고(S)가 2019. 7. 31. 피고로부터 이 사건 H동 M호를 인도받은 사실, 원고가 2020. 8. 14. 피고의 이행거절을 이유로 이 사건 매매계약을 해제한 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실에 의하면, 원고는 2019. 7. 31.부터 이 사건 매매계약이 해제된 2020. 8. 14.까지 이 사건 H동 M호의 매수인의 지위에서 피고의 동의를 얻어 이를 점유하였다고 봄이 상당하고, 이 사건 매매계약이 해제된 이후에는 원고의 이 사건 H동 M호에 대한 인도의무와 동시이행관계에 있는 피고의 전보배상의무를 이행 받을 때까지 이를 점유할 권원이 있다고 할 것이다. 원고의 위 항변은 이유 있으므로 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

### 4) 원상복구비용 청구

살피건대, 원고(S)가 이 사건 H동 M호의 싱크대, 벽지, 바닥재 등의 시설을 훼손하였다거나, 이에 대한 원상복구비용으로 300만 원이 소요될 것이라는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없고, 경험칙에 비추어 부동산의 점유 사실만으로 위와 같은 사실이 추인된다고 볼 수도 없으므로, 피고의 위 주장은

이유 없다.

## 5) 소결

따라서 피고의 반소 중 주위적 청구는 이유 없다.

## 다. 예비적 청구

### 1) 원고의 본안전 항변에 관한 판단

원고는, ① 피보전권리인 신탁회사에 대한 피고의 이 사건 H동 M호에 관한 소유권이전등기청구권이 가압류되어 있고, ② 소유권이전등기청구권이라는 특정채권의 보전을 위하여 채무자인 신탁회사의 인도청구 등을 대위하는 것은 보전의 필요성이 인정되지 않으며, ③ 원고를 상대로 직접 이 사건 H동 M호의 인도를 구할 수 있음에도 우회적인 방법으로 채권자대위권을 행사하는 것은 권리남용에 해당하므로, 피고의 반소 중 예비적 청구는 채권자대위권 행사에 필요한 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 항변한다.

채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는데, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 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 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 피고의 반소 중 예비적 청구는 피고가 이 사건 H동 M호의 수탁자인 신탁회사에 대하여 갖는 이 사건 H동 M호에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 신탁회사를 대위하여 이 사건 H동 M호의 인도청구권, 불법점유로 인한 손해배상청구권 및 원상복구비용상환청구권을 행사하면서 원고에게 직접 그 이행을 구하는 것인바, 그중 신탁회사의 원고에 대한 불법점유로 인한 손해배상청구권 및 원상복구비용상환청구권은 피고의 신탁회사에 대한 소유권이전등기청구권과 밀접하게 관련되어 있다거나, 피고가 신탁회사의 위 손해배상청구권 등을

대위하여 행사하지 않으면 피고의 소유권이전등기청구권이 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 그 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 반소의 예비적 청구 중 신탁회사를 대위하여 원고에게 손해배상 및 원상복구비용의 상환을 청구하는 부분은 채권자대위에 있어 보전의 필요성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

그러나 신탁회사의 원고에 대한 이 사건 H동 M호에 대한 인도청구권은 피고의 신탁회사에 대한 이 사건 H동 M호에 대한 소유권이전등기청구권과 밀접한 관련이 있고, 피고의 소유권이전등기청구권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에 해당하는 것으로 봄이 상당하고6), 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있으며(대법원 1992. 11. 10. 선고 92다4680 전원합의체판결 취지 등 참조), 피고가 점유권에 기하여 이를 직접 청구할 수 있음에도 신탁회사를 대위하여 청구한다는 사정만으로 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 원고의 위 본안전 항변은 이 사건 반소의 예비적 청구 중 불법점유로 인한 손해배상청구 및 원상복구비용상환청구 부분에 대한 범위 내에서 이유 있고, 인도청구에 대한 부분은 이유 없다.

## 2) 본안에 관한 판단(인도청구 부분)

앞서 본 바와 같이 이 사건 H동 M호에 대한 원고의 직접점유 사실이 인정되지 아니하므로, 이 부분에 대한 피고의 예비적 청구도 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

## 4. 결론

그렇다면 이 사건 반소의 예비적 청구 중 손해배상청구 및 원상복구비용상환청구 부분은 부적법하여 각하하고, 원고의 본소 청구는 제2의 라.항에서 인정한 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 원고의 나머지 본소 청구와 피고의 반소 중 주위적 청구 및 나머지 예비적 청구는 이유 없어 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장    판사 남기주, 판사 김성래, 판사 심용아

## 별지

## 목록

## (1동의 건물의 표시)

서울 강북구 E에 있는 J건물 H동

철근콘크리트구조 (철근)콘크리트지붕 5층 공동주택(다세대-도시형 생활주택)

1층 19.18㎡

2, 3층 각 131.63㎡

4층 96.07㎡

5층 86.06㎡

## (대지권의 목적인 토지의 표시)

서울 강북구 E 대 1,330㎡

## (전유부분 건물의 표시)

제3층 M호 철근콘크리트구조 58.31㎡

## (대지권의 표시)

소유권대지권 1,330분의 47.44. 끝.

1)상법 제520조의2(휴면회사의 해산)

① 법원행정처장이 최후의 등기후 5년을 경과한 회사는 본점의 소재지를 관할하는 법원에 아직 영업을 폐지하지 아니하였다는 뜻의 신고를 할 것을 관보로써 공고한 경우에, 그 공고한 날에 이미 최후의 등기후 5년을 경과한 회사로써 공고한 날로부터 2월 이내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 신고를 하지 아니한 때에는 그 회사는 그 신고기간이 만료된 때에 해산한 것으로 본다. 그러나 그 기간 내에 등기를 한 회사에 대하여는 그러하지 아니하다.

2) 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약 당시 작성한 계약서는 소외 회사의 대표자였던 D 명의로 작성되어 있는데, 피고는 D가 실질적으로 경영하는 회사인 것으로 보이고, 피고가 원고와 사이에 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약을 체결한 사실을 다투지 아니하였다.

3) 앞서 본 바와 같이 원고와 소외 회사는 이 사건 2017. 2. 6.자 약정 당시 원고가 이 사건 토지를 매도하는 가격뿐만 아니라 장래 건축될 공동주택을 분양받는 가격도 모두 평당 1,300만 원으로 약정하였다.

4) 원고는 최초 소장에서 이 사건 2019. 6. 3.자 분양계약의 목적물은 ‘P동 L호’이고, 당시 작성한 계약서에 기재된 ‘K동 L호’는 오키라는 취지로 주장하였다.

5) 원고의 주위적 주장을 전부 인용하였으므로 예비적 주장에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다.

6) 피고는 신탁회사에 대하여 갖는 신탁계약에 기한 이 사건 H동 M호에 대한 점유사용청구권을 보전하기 위하여 이를 청구할 수도 있을 것으로 보인다.