

창원지방법원 2023. 4. 28 선고 2022나54884 판결 [계약금반환청구등]

---

## 재판경과

창원지방법원 2023. 4. 28 선고 2022나54884 판결

창원지방법원 마산지원 2022. 4. 21 선고 2021가소119855 판결

## 전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 변호사 권연경

피고, 피항소인 1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 우리마루

담당변호사 남명진

변 론 종 결 2023. 3. 24.

판 결 선 고 2023. 4. 28.

제1 심판결 창원지방법원 마산지원 2022. 4. 21. 선고 2021가소119855 판결

## 주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.

2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

### 청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 원고에게, 주위적으로 피고 B은 3,000만 원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을, 예비적으로 피고 C는 3,000만 원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 이 유

#### 1. 기초 사실

가. 원고는 2021. 7. 3. 피고 B으로부터 김해시 D아파트 E호에 관한 분양권을 3억 3,190만 원에 매수하는 계약을 체결하였다(이하 ‘이 사건 계약’이라 한다). 피고 C는 피고 B을 대리하여 위 계약을 체결하였고, 공인중개사 F은 위 계약을 중개하였다.

나. 원고는 같은 날 피고 B에게 계약금 3,000만 원을 지급하였다.

다. 이 사건 계약 제2조는 ”본 계약을 매도자가 위반한 경우, 계약금액의 배액을 배상해 주어야 하며, 매수자가 본 계약을 위반한 경우 계약금은 매도자에게 귀속된다. 본 계약서에 기재되지 않은 사항은 관련법과 일반 관례에 따른다. 또한, 지정 기일 중 중도금을 납부하지 않음으로서 발생한 이자 등은 잔금일을 기준으로 계산한다“라고 규정하고 있다.

라. 이 사건 계약의 특약사항(이하 ‘이 사건 특약’이라 한다) 중 이 사건과 관련 있는 부분은 아래와 같다.

[특약사항]

1. 본 계약은 G 지역주택조합(이하 '이 사건 조합'이라 한다) 아파트 분양권 전매계약이며, 조합원 승계계약임. 양수인과 양도인은 G 지역주택조합 조합원자격에 대하여 공인중개사에게 충분히 설명을 들었고 조합원자격에 부합한다고 고지하여 본계약을 체결함
  2. 양수인은 G 지역주택조합 아파트 조합원의 권리와 의무를 계약일로부터 전부 승계하며, 양수인은 입주시까지, 양도인은 승계시까지 각 조합원자격을 유지하여야 하며 이에 이의 없기로 한다.
  3. 양수인과 양도인은 G지역 지역주택조합 조합원자격 부적격으로 승계 불가할 시에는 양도인은 영수한 계약금을 손해배상금으로 배액상환하고, 양수인이 양도인을 대리하여 조합에 납부한 금액 전액을 반환하며, 양수인은 계약금 귀속으로 본 계약은 해제되며, 이에 민 · 형사상 이의 없기로 한다.
- 마. 이 사건 조합의 규약(이하 '이 사건 규약'이라 한다) 중 이 사건과 관련 있는 부분은 아래와 같다.

이 사건 규약

#### 제8조(조합원의 자격)

조합원의 자격요건은 주택법령에 정한 조합원의 자격요건을 말하며 다음 각 호와 같다.

① 주택조합설립인가 신청일부터 당해 조합주택의 입주가능일까지 주택을 소유하지 아니하거나 주거전용면적 85제곱미터 이하의 주택 1채를 소유한 세대주인 자. 다만, 지역주택조합의 조합원이 근무 · 질병치료 · 유학 · 결혼 등 부득이한 사유로 인하여 세대주자격을 일시적으로 상실한 경우로서 시장 · 군수 또는 구청장이 인정하는 경우에는 조합원자격이 있는 것으로 본다.

② 주택조합설립인가 신청일 현재 경남, 부산광역시, 울산광역시에 6개월 이상 거주하여 온 자

#### 제11조(조합원 지위의 양도)

① 조합원이 그 권리를 양도할 때에는 관계법령에 적합하여야 하며 관할 시, 군, 구청에서 양도계약서에 검인을 받아 조합에서 권리의무승계 계약서를 작성하여야 한다. 양도 즉시 검인 및 권리의무승계계약서를 작성하여야 한다. 양도 즉시 검인 및 권리의무승계계약서

를 작성하지 아니한 경우 이로 인한 불이익에 대하여 해당 조합원은 조합에 이익을 제  
기할 수 없다.

② 조합은 검인받은 양도계약서 사본을 제출받아 권리의무승계계약서에 첨부하여 보관하고  
조속히 조합설립인가권자에게 조합원 변경인가를 신청하여야 한다. 양도자는 변경인가를  
받을 때까지 조합원자격을 유지하여야 하며, 양수자는 변경인가를 받아야 조합원이 될  
수 있다.

③ 제1항의 규정에 의한 양도계약서 및 권리의무승계계약서에는 인감도장을 날인하여야 하  
고, 인감증명서를 첨부하여야 한다.

바. 원고는 이 사건 계약 체결 당시 주택 1채를 소유 중이었는데, 위 계약 체결 후 원고의 배우자가  
과거에 주택 1채를 소유한 적이 있었다는 사실이 확인되어 이른바 ‘1가구 2주택자’에 해당함을 이유로  
이 사건 조합의 조합원자격이 없다는 통보를 받았다. 사. 피고 C는 2021. 8. 30. 원고에게  
문자메시지로 이 사건 계약의 해제 및 계약금 물취를 통보하였다.

【인정 근거】다툼 없는 사실, 갑 제1, 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 피고 C의 본안전항변에 대한 판단

### 가. 본안전항변 요지

원고와 피고 B은 이 사건 특약 제3항으로써 향후 제소하지 않기로 합의하는 이른바 부제소 합의를  
하였으므로 이를 위반한 이 사건 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

### 나. 판단

1) 앞서 든 증거에 의하면, 이 사건 특약 제3항으로 ”민·형사상 이의 없기로 한다“라고 약정한 사실이  
인정되기는 한다.

2) 그러나 앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면,  
원고와 피고 B이 이 사건 계약 체결 당시 위 계약의 효력에 관하여 향후 제소하지 않기로  
합의하였다고 인정하기 부족하고, 달리 인정할 만한 증거가 없다. 피고의 본안전항변은 받아들이지

않는다.

가) 이 사건 특약 제3항은 계약의 일방 당사자가 이 사건 조합원의 자격을 득하지 못함을 이유로 이 사건 계약이 더는 유지될 수 없을 때, 계약금을 해약금으로 하여 매도인은 계약금 배액을 상환하고 매수인은 지급한 계약금이 물취되며, 그 이행에 관하여 서로 이의가 없기로 약정하는 규정으로 판단된다.

나) 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결 참조).

원고는 아래에서 살피는 바와 같이 이 사건 계약이 민법 제103조 위반이거나 원시적 불능이므로 무효라고 주장하고 있는 점을 고려하면, 이 사건 계약의 당사자들이 이 사건 계약이 민법 제103조 위반 또는 원시적 불능에 해당하는지 여부까지 구체적으로 검토하고 이를 배제할 의도로 위와 같이 약정하였다고 보기는 어렵다고 판단된다.

### 3. 피고 B에 대한 주위적 청구에 관한 판단

#### 가. 청구원인의 요지

1) 이 사건 계약은 아래와 같은 이유로 효력이 없음에도 피고 B은 법률상 원인 없이 원고가 지급한 계약금 상당의 이익을 보았고, 원고는 같은 액수 상당의 손해를 입었다. 따라서 위 피고는 원고로부터 수령한 계약금 3,000만 원 상당을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

가) 이 사건 특약은 조합원자격 부적격으로 승계불가 시에 계약이 해제된다는 내용을 담고 있다.

‘조합원자격 부적격’이란 표현은 그 내용이 불명확할 뿐만 아니라, 양수인의 부적격을 이유로 양도인이 계약을 해제할 수 있도록 한 것은 당사자 일방에게만 불리한 규정으로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용을 한 것이므로 민법 제103조에 의해 무효이다. 따라서 이 사건 계약은 효력이 없다.

나) 이 사건 계약은 원고가 피고 B으로부터 이 사건 조합의 조합원 지위를 승계하는 계약이다. 그런데

원고는 이 사건 계약 체결 당시 이미 위 조합의 조합원자격을 갖추지 못한 상태였다. 따라서 이 사건 계약은 원시적 불능인 급부를 목적으로 하므로 무효이다.

2) 설령 이 사건 계약 내지 이 사건 특약이 유효하더라도, 이 사건 특약에서 정한 손해배상액의 예정액 3,000만 원은 부당히 과다하므로 민법 제398조 제2항에 의하여 감액되어야 한다.

## 나. 판단

1) 이 사건 계약이 민법 제103조 위반으로 무효인지 여부에 관한 판단

다툼 없는 사실, 앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 특약의 내용이 불명확하다거나 일방 당사자에게만 불리한 규정이라고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 있는 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 앞서 본 이 사건 조합 규약 제11조 제2항에 의하면, 이 사건 조합의 조합원 지위 양도는 이 사건 조합이 권리를 양도하려는 조합원으로부터 관할 시·군·구청으로부터 검인받은 양도계약서 사본을 제출받아 조합설립인가권자에게 조합원 변경인가를 신청하여, 그 변경인가를 받아 이뤄진다. 따라서 조합원자격 여부는 조합설립인가권자 등으로부터 심사를 거쳐 판단되므로, 이 사건 특약의 내용이 불명확하다고 보기 어렵다. 원고 역시 '원고의 조합원자격은 부동산 공인중개사 사무실에서 원고가 제출한 서류를 이 사건 조합을 통하여 국토교통부에 심사신청을 하여 확인한 것이다'고 밝히고 있다(원고의 2022. 2. 4.자 준비서면 1쪽 참조).

(2) 이 사건 특약이 당사자 일방에게만 불리한 규정으로 볼 수 없다. 이 사건 계약은 원고와 피고 B이 사적 자치와 계약자유 원칙에 따라 합의로써 그 내용을 자유롭게 결정한 것이다. 원고는 이 사건 특약 제3항의 '조합원자격 부적격'은 오직 양수인에게만 발생할 수 있어 양수인에게 불리한 조항이라고 주장한다. 그러나 이 사건 특약 제2항은 양도인에게도 승계시까지 조합원자격을 유지할 의무를 부과하고, 이 사건 규약 제8조 제1항 역시 주택조합설립인가 신청일부터 당해 조합주택의 입주가능일까지 조합원자격 조건을 유지할 것을 요구하므로, 원고가 주장하는 조합원자격 부적격 문제는 사후적인 사유로 인하여 양도인에게도 얼마든지 발생할 수 있다. 결과적으로 이 사건 특약

제3항은 ① 양도인인 피고가 사후적으로 조합원자격을 상실하게 되어 그 지위를 양수인인 원고에게 이전해 주지 못할 경우와 ② 원고가 조합원자격을 상실하여 조합원의 지위를 인수하지 못할 경우를 모두 예정한 규정으로 판단된다. 따라서 이 사건 계약이 양수인인 원고에게만 일방적으로 불리한 규정으로 볼 수는 없다.

2) 이 사건 계약이 원시적 불능으로 무효가 되는지 여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 주택법(2015. 7. 24. 법률 제13435호로 일부 개정되기 전의 것) 제32조 제5항 및 같은 법 시행령(2014. 12. 23. 대통령령 제25880호로 일부 개정되기 전의 것) 제38조 제1항은 지역주택조합의 주택조합설립인가신청일부터 해당 조합주택의 입주가능일까지 세대원 전원이 주택을 소유하지 아니하거나 주거전용면적 60㎡ 이하의 주택 1채를 소유한 세대주인 자에 한하여 조합원이 될 수 있다고 규정하고 있다. 위와 같은 지역주택조합의 조합원자격에 관한 구 주택법이나 그 시행령의 규정은 단순한 단속규정에 불과할 뿐 효력규정이라고 할 수 없어 당사자 사이에 이를 위반한 약정을 하였다고 하더라도 그 약정이 당연히 무효라고 할 수는 없다. 다만 당사자가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에 비로소 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위에 해당하게 된다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다281999, 282008 판결 참조).

나) 이 사건의 경우

앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 계약이 원시적 불능으로 무효라고 보기 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

- (1) 앞서 살핀 바와 같이 지역주택조합의 조합원자격에 관한 주택법 및 그 시행령의 규정은 단순한 단속규정에 불과하다. 따라서 원고가 주택법령상 조합원자격을 갖추지 못한 상태에서 이 사건 계약을 체결하였다 하더라도 원고와 피고 B이 통정하여 단속규정을 위반하는 법률행위를 하였음을 인정할 증거가 없는 이상, 이 사건 계약이 원시적 불능이라거나 강행규정에 위반하여 무효라고 보기 어렵다.
- (2) 앞서 살핀 바와 같이 이 사건 조합의 조합원 지위 양도는 조합설립인가권자에게 조합원 변경인가를 신청하여, 그 변경인가를 받아 이뤄진다. 이 사건 계약이 위와 같은 인가절차를 예정하고 있는 이상,

설령 위 계약이 원고의 조합원자격 미충족으로 인하여 이행불능이 되었다고 하더라도, 이를 원시적 불능이라고 단정하기는 어렵다.

(3) 이 사건 특약은 원고가 실제로 조합원자격을 갖추었는지 여부에 상관없이 '조합원자격에 부합한다고 고지함'을 전제로 체결되었고(이 사건 특약 제1항 참조), 조합원자격 부적격으로 판명될 경우 계약금이 몰취되도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 계약에서 객관적으로 드러난 당사자들의 의사는 원시적 불능과 후발적 불능을 따지지 않고 계약당사자 중 어느 일방이 조합원자격을 상실하는 경우 이로 인한 책임을 지기로 약정한 것으로 해석된다. 이점에서도 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

3) 손해배상액의 예정으로서 부당히 과다하므로 감액되어야 한다는 주장에 관한 판단

가) 앞서 본 이 사건 특약의 내용에 비추어 보면, 위 특약은 위약금의 약정으로 봄이 상당하고, 손해배상액의 예정으로 추정된다(민법 제398조 제4항). 한편 민법 제398조 제2항에 의하면, "손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원이 이를 적당히 감액할 수 있다."고 규정하고 있다. 여기서 '부당히 과다한 경우'라 함은 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻하는 것으로 보아야 한다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다73852 판결 참조).

나) 앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 특약으로 정한 손해배상액의 예정액이 부당히 과다하다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 계약을 위반할 경우 계약금 상당액을 위약금으로 약정함은 지극히 자연스러운 상관행이다.

채무액에 대한 예정액의 비율에 관하여 보면, 이 사건 계약의 매매대금 총액은 3억 3,190만 원이고 계약금은 3,000만 원으로, 위약금은 계약총액의 약 10%로 적정하다고 판단된다.

(2) 원고가 제출한 자료만으로는 이 사건 특약으로 정한 손해배상액의 예정액이 부당하거나

과다하다는 사정을 찾을 수 없고, 오히려 원고가 계약금을 몰취당한 이유는 전적으로 원고의 귀책사유에 의한 것이다.

다. 소결

결국 원고의 피고 B에 대한 주위적 청구는 받아들일 수 없다.

#### 4. 피고 C에 대한 예비적 청구에 관한 판단

가. 청구원인의 요지

피고 C는 이 사건 아파트를 사실상 소유하고 있는 사람으로, 이 사건 계약 체결 과정에서 원고와의 협상을 주도하였을 뿐만 아니라 원고로부터 실질적으로 이 사건 아파트 계약금을 수령한 사람이다. 원고는 이 사건 계약 유지를 위하여 노력하였음에도, 피고 C는 당초의 계약 내용과는 달리 추가금을 요구하는 등 무리한 요구를 하였을 뿐만 아니라, 2021. 8. 30. 원고에게 원고의 조합원자격 부적격을 이유로 이 사건 계약 해제 및 계약금 몰취의 의사표시를 하였다.

원고는 위와 같은 피고 C의 불법행위로 인하여 계약금 3,000만 원 상당의 손해를 입었으므로, 피고 C는 원고에게 위 돈 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.

나. 판단

1) 앞서 든 각 증거에 의하면, 피고 C가 피고 B를 대리하여 이 사건 계약을 체결한 후, 원고에게 "추석 전까지 많이 기다렸는데.. 결국 추석을 지날 것 같군요", "얼마나 더 기다려야 결정이 날지 많이 궁금합니다"등의 문자메시지를 보낸 사실이 인정되기는 한다.

2) 그러나 피고 C가 이 사건 계약의 당사자가 아님은 당사자 사이에 다툼이 없고, 달리 원고가 제출한 증거들만으로는 피고 C가 고의·과실로 원고에게 불법행위를 했다는 사정이 전혀 드러나지 않는다. 나아가 대리인에게 대한 의사표시는 직접 본인에 대하여 효력이 생기고(민법 제114조 제1항, 제2항), 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 할 것이므로(대법원

1994. 2. 8. 선고 93다39379 판결 참조), 계약금을 수령할 권한 역시 있다고 봄이 상당하다. 따라서 피고 C가 원고로부터 이 사건 계약의 계약금을 수령하였다고 하더라도 이는 피고 B에게 그 효력이 미칠 뿐이고, 이것만으로 피고 C가 원고에게 계약금 상당을 반환할 의무가 발생한다고 보기도 어렵다.

#### 다. 소결

따라서 원고의 피고 C에 대한 예비적 청구 또한 받아들이지 않는다.

### 5. 결론

원고의 피고 B에 대한 주위적 청구 및 피고 C에 대한 예비적 청구는 이유 없으므로 모두 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론이 같아 정당하므로, 원고의 항소를 기각한다.

재판장    판사 김구년, 판사 정수미, 판사 강 웅