

서울고등법원

제22민사부

판 결

사 건 2018나2050087 소유권이전등기 청구 등
원고, 항소인 A
소송대리인 법무법인(유한) 동인 담당변호사 최종모, 이종창
피고, 피항소인 1. B
소송대리인 법무법인 카이로스 담당변호사 조용익
2. C
소송대리인 법무법인 영민 담당변호사 권남인
제1심판결 서울남부지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017가합111117 판결
변론종결 2019. 4. 4.
판결선고 2019. 6. 13.

주 문

1. 제1심판결 중 피고 C에 대한 부분을 취소한다.
2. 원고의 피고 C에 대한 소를 모두 각하한다.
3. 원고의 피고 B에 대한 항소를 기각한다.
4. 원고와 피고 C 사이의 소송 총비용과 원고와 피고 B 사이의 항소비용은 원고가 부

담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다. 서울 영등포구 D 대 99㎡에 관하여, 피고 C은 피고 B에게 서울남부지방법원 등기국 2017. 6. 2. 접수 124556호로 마친 소유권이전등기의 말소등기 절차를 이행하고, 피고 B은 원고에게 2017. 2. 21. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행하라. 별지 목록 기재 조합원 아파트에 관하여, 피고 C은 피고 B에 대하여 피고 C과 E구역 주택재개발정비사업조합 사이에 체결된 조합원아파트 공급계약자 명의변경절차를 이행하고, 피고 B은 원고에 대하여 피고 B과 E구역 주택재개발정비사업조합 사이에 2015. 4. 21. 체결된 공급계약에 기한 공급계약자 명의변경절차를 이행하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 피고 B과 E구역 주택재개발정비사업조합 사이의 아파트 공급계약 체결

1) 피고 B은 E구역에 포함된 서울 영등포구 D 대 99㎡(이하 '이 사건 대지'라 한다)의 소유자로, E구역 주택재개발정비사업에 따른 별지 목록 기재 조합원 아파트(이하 '이 사건 아파트'라 한다)의 공급대상자였다.

2) 피고 B은 2015. 4. 21. E구역 주택재개발정비사업조합과 사이에 이 사건 아파트에 관하여 추가분담금을 108,725,851원으로 하는 조합원 아파트 공급계약을 체결하였다.

나. 원고와 피고 B 사이의 매매계약 체결

1) 원고는 2017. 2. 21. 공인중개사 K의 중개로 피고 B의 자녀이자 대리인인 F과 이 사건 아파트의 분양권을 매매대금 610,000,000원에 매수하기로 하되, 매매계약서상 매매대금은 590,000,000원으로 기재하여 분양권 매매계약(이하 '이 사건 1 매매계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 1 매매계약에 따르면, 원고는 계약 시에 피고 B에게 계약금 48,000,000원(이하 '이 사건 계약금'이라 한다)을 지급하고, 피고 B의 용자금 채무를 승계하는 한편, 나머지 잔금 294,127,393원은 2017. 5. 27.에 지급하며, 피고 B은 원고에게 잔금 지급과 동시에 이 사건 아파트의 분양권(분양계약서 당첨권)을 넘겨주기로 하였다.

3) 원고는 2017. 2. 21. 피고 B에게 매매예약 예치금 명목으로 10,000,000원, 2017. 2. 22. 38,000,000원을 지급함으로써 계약금 48,000,000원을 지급하였다.

4) 원고는 2017. 2. 22. 피고 B에게 위 계약금 외에도 20,000,000원(이하 '이 사건 추가지급금'이라 한다)을 추가로 지급하였다.

다. 원고와 피고 B 사이의 추가 특약, K의 금전 지급 및 원고의 이사 준비

1) 그 후 원고는 2017. 3. 13. 피고 B과 사이에 아래와 같은 내용의 추가 특약(이하 '이 사건 추가약정'이라 한다)을 체결하였고, K은 피고 B에게 15,000,000원을 지급하였다.

1. 피고 B은 중개업자의 요청이 있을시 원고의 금융기관 대출에 적극 협조하여야 하며, 필요한 자서행위 및 서류제출을 중개업소에 제출해야 한다. 본조항의 불이행으로 발생하는 손해는 피고 B이 부담해야 한다.

2. 피고 B은 중개업자의 요청이 있을시, 원고와 협조하여 잔금지불 및 본주택 입주증을 교부받고 보존등기취득세(취득세 1.1% 원고 부담)를 예치하고 본부동산을 주택으로 이전하는 업무에 협조해야 한다.
- 원고는 상기 1, 2항이 이행될 경우 취득세 절감액 중 750만 원 및 중개수수료 250만 원 총 일천만 원을 중개업자에게 지불한다.

2) 원고는 2017. 5. 10. G에 이 사건 1 매매계약의 용자금과 잔금의 지급을 위하여 410,000,000원의 대출신청을 하였고, 그 무렵 이삿짐센터에 보관이사 견적을 받았다.

라. 피고 B의 해제 의사표시와 이 사건 계약금 배액 상당의 교부

1) 피고 B은 2017. 5. 24. 19:39경 원고에게 "아주마 1억 5천을 손해 보는 것보다 위약금조로 4천8백만원 무는 것이 나을 것 같애, 해약통고하고 하는 것이 낫은 것임..."이라는 내용의 문자메시지를 보내어 이 사건 1 매매계약 해제(이하 '이 사건 해제'라 한다)의 의사표시를 하였고, 이에 원고는 곧바로 피고 B에게 "6800만원이 들어가있고요. 해약하시려면 6800만원 주시고 저희 이사비용 다 물어내세요. 이사하루 앞두고 해약이라니요?, 6800에 두배 배상하셔야합니다"라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

2) 피고 B은 원고에게 그 다음 날인 2017. 5. 25. 68,000,000원, 2017. 5. 30. 48,000,000원, 합계 116,000,000원을 지급하였다.

마. 피고들 사이의 매매계약 체결과 소유권이전등기 경로

1) 피고 B은 2017. 5. 29. 피고 C과 사이에 이 사건 아파트에 관하여 실제 매매대금은 715,000,000원으로 하되 매매계약서에는 총 매매대금을 590,000,000원으로 기재하여 매매계약(이하 '이 사건 2 매매계약'이라 한다)을 체결하였다.

2) 피고 C은 2017. 6. 2. 피고 B에게 지급하기로 한 잔금 중 일부인 221,000,000

원을 지급하였고, 피고 B은 같은 날 피고 C에게 이 사건 대지에 관하여 서울남부지방법원 2017. 6. 2. 접수 124556호로 소유권이전등기(이하 '이 사건 소유권이전등기'라 한다)를 마쳐주었다.

바. 원고의 피고들에 대한 형사고소 처분결과

이에 원고는, '피고 B이 이 사건 1 매매계약을 체결하여 원고에 대한 소유권이전 등기의무가 있음에도 피고 C과 이중으로 이 사건 2 매매계약을 체결하고 피고 C에게 이 사건 소유권이전등기를 마쳐 주었다'는 이유로 피고들을 배임죄로 각 형사고소하였으나, 의정부지방법검찰청 고양지청은 2018. 7. 26. 피고들에 대하여 증거불충분으로 각 혐의없음 결정을 하였다(이하 위 형사고소 사건을 '관련 형사사건'이라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 11, 14, 16, 17호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을가 제1, 4, 7호증, 을나 제1, 17, 18호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 피고 B에 대한 소유권이전등기청구 및 공급계약자 명의변경절차 이행청구

가. 청구원인에 관한 판단

위 인정사실에 의하면, 원고는 2017. 2. 21. 피고 B으로부터 이 사건 아파트의 분양권을 매수하였으므로, 이 사건 1 매매계약에 따라 피고 B은 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 대지에 관하여 2017. 2. 21. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 및 이 사건 아파트에 관하여 공급계약자 명의변경절차를 각 이행할 의무가 있다.

나. 해제 항변에 관한 판단

이에 대하여 피고 B은 이 사건 1 매매계약은 합의해제되었거나 해약금 해제약정에 따라 피고 B의 해제의 의사표시에 의하여 적법하게 해제되었다고 항변한다.

살피건대, 피고 B이 제출한 증거들만으로는 이 사건 1 매매계약이 합의해제 되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거는 없다.

다만 이 사건 1 매매계약서(갑 제4호증) 제2조에 "본 계약을 매도자가 위반한 경우 계약금액의 배액을 배상해 주어야 한다. 본 계약서에 기재되지 않은 사항은 관련법과 일반관례에 따른다."라고 기재되어 있고, 민법 제565조 제1항은 "매매의 당사자 일방이 계약당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다."라고 정하고 있는데, 피고 B은 앞서 본 바와 같이 2017. 5. 24. 원고에게 이 사건 1 매매계약을 해제하겠다는 의사표시를 하였고, 2017. 5. 25.과 2017. 5. 30. 두 차례에 걸쳐 116,000,000원을 지급함으로써 이 사건 계약금 48,000,000원의 배액인 96,000,000원과 이 사건 추가지급금 20,000,000원을 상환하였다.

따라서 이 사건 1 매매계약은 피고 B이 원고에게 이 사건 계약금의 배액을 상환하고 해제 의사표시를 함으로써 2017. 5. 30. 해제되었다고 봄이 타당하므로, 피고 B의 해제 항변은 이유 있다.

다. 원고의 '이행의 착수' 재항변에 관한 판단

이에 대하여 원고는 아래 1) 내지 4)항에서 보는 바와 같은 각 사유를 들어 피고 B의 해제의 의사표시가 있기 이전에 이미 원고 또는 피고 B의 이행의 착수가 있었으므로, 이행의 착수 이후에 이루어진 피고 B의 해제는 아무런 효력이 없다고 재항변 한다.

민법 제565조 제1항에서 '당사자 일방이 이행에 착수'하였다고 함은 반드시 계약

내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는 것은 아니지만 객관적으로 외부에서 인식할 수 있을 정도로 채무 이행행위의 일부를 행하거나 또는 이행에 필요한 전제행위를 행하는 것으로서 단순히 이행의 준비를 하는 것만으로는 부족하다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다72274, 72281 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 93다1114 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 아래 사정을 종합하면 원고가 주장하는 아래 1) 내지 4)의 각 사유만으로는 원고가 객관적으로 외부에서 인식할 수 있을 정도로 채무 이행행위의 일부 또는 이행에 필요한 전제행위를 행하였다고 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이에 반하는 원고의 위 재항변은 받아들일 수 없다.

1) 이 사건 추가지급금 2,000만 원의 지급

원고는 2017. 2. 22. 계약금 이외에 피고 B에게 추가로 지급한 2,000만 원은 이 사건 1 매매계약의 매매대금의 일부로서 지급된 것이므로, 이는 이 사건 1 매매계약의 이행 착수에 해당한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제6호증의 기재에 의하면, 원고가 피고 B으로부터 발행받은 영수증에 '이 사건 추가지급금을 매매대금 일부로 영수하였다'는 취지가 기재되어 있는 사실이 인정되기는 한다.

그러나 앞서 본 사실과 갑 제4, 6호증, 을 나 제18호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 ① 이 사건 추가지급금의 지급 경위에 관하여 이 사건 1 매매계약을 중개한 K은 관련 형사사건에서 '원고가 피고 B에게 이른바 다운계약서 작성으로 인한 계약서상의 매매대금 5억 9,000만 원과 실제 매매대금 6억

1,000만 원과의 차액 2,000만 원을 보전하기 위하여 이 사건 추가지급금을 별도로 현금으로 지급한 것'이라고 진술하였는바, 이는 소위 다운계약서 작성 시의 거래 관행에 비추어 충분히 설득력이 있고, ② 이 사건 추가지급금은 2017. 2. 22. 이 사건 계약금과 함께 지급되었는데, 이 사건 1 매매계약의 계약서에는 중도금에 관한 약정이 별도로 기재되어 있지 않고 계약금과 잔금에 관한 약정만이 표시되어 있을 뿐이며, ③ 만약 이 사건 추가지급금을 이 사건 1 매매계약의 중도금 또는 매매대금 잔금의 일부로 해석한다면 피고 B은 계약금 지급과 동시에 중도금 또는 매매대금 잔금의 일부를 지급받은 것이 되어 매매계약 체결과 동시에 해약금 해제의 기회를 곧바로 상실하게 되는데, 이는 이 사건 1 매매계약서 제2조에 해약금 해제 약정을 그대로 둔 것과 정면으로 배치되는 점 등을 종합하면, 원고가 이 사건 추가지급금을 지급하였다고 하여 이를 중도금 또는 잔금 지급을 위한 이행행위의 일부를 한 것이라고 할 수 없고, 피고 B이 이 사건 추가지급금의 지급을 요청한 것을 두고 해약금 해제를 위한 기한의 이익을 포기하거나 해약금 해제를 하지 않겠다는 의사를 표시한 것으로 볼 수도 없다.

2) 이 사건 추가약정의 체결 및 매매대금 증액 지급

원고는 피고 B의 매매대금 증액 요구로 이 사건 1 매매계약의 매매대금을 1,500만 원 증액하기로 하되, 공인중개사 K이 그중 500만 원을 부담하고 원고가 나머지 1,000만 원을 부담하기로 하고, 대신 피고 B은 원고의 잔금 대출에 협력하겠다는 내용으로 이 사건 추가약정이 이루어졌고, 이에 따라 K이 우선 피고 B에게 1,500만 원을 지급하고 추후 원고가 K에게 1,000만 원을 지급하기로 하였음을 전제로, 이 사건 추가약정에 따라 K이 1,500만 원을 지급한 것은 이 사건 1 매매계약의 이행 착수에 해당한다고 주장한다.

그러나 이 사건 추가약정의 내용은, 어디까지나 피고 B은 K의 요청이 있을 시 원고의 금융기관 대출 및 소유권이전에 협력하고, 원고는 피고 B이 이러한 협력의무를 이행하면 K에게 취득세 절감에 대한 대가 및 중개수수료 명목으로 1,000만 원을 지급한다는 것이고, 원고의 주장과 같이 원고가 피고 B에게 직접 1,000만 원 내지 1,500만 원을 매매대금에서 증액하여 지급하기로 하는 것이 이 사건 추가약정의 내용이 아니다. 달리 원고가 주장하는 매매대금 증액과 관련하여 원고와 피고 B 사이에 매매계약서를 작성하거나 기존 매매계약서를 수정한 흔적을 발견할 수 없고, 앞서 본 바와 같이 단지 K이 피고 B에게 1,500만 원을 지급한 사실만 인정될 뿐이다.

K이 피고 B에게 지급한 1,500만 원은 그 법적 성격이 무엇이든지 간에 계약당사자인 원고가 아닌 K이 피고 B에게 지급한 돈에 불과하고, 이 사건 계약금과 이 사건 추가지급금 지급일인 2017. 2. 22. 이후 피고 B의 이 사건 1 매매계약 해제 이전에 원고가 피고 B에게 어떠한 명목으로도 매매대금과 관련하여 돈을 지급한 자료는 찾을 수 없다.

나아가 이 사건 추가약정에서 피고 B의 위와 같은 금융기관 대출 및 소유권이전 협력의무를 규정한 것을 두고 이 사건 1 매매계약에 따른 채무의 이행행위의 일부를 하거나 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 함으로써 이행에 착수하였다고 보기는 어렵고, 이 사건 추가약정은 해당 문건(갑 제7호증)의 표제(추가특약사항) 및 내용에서 보는 바와 같이 사후에 특약을 추가 체결하는 방법으로 매도인인 피고 B의 의무를 구체화하여 이 사건 1 매매계약의 내용을 보충한 것으로 보인다.

3) 피고 B이 공인중개사 K에게 잔금 대출을 위해 필요한 관련 서류, 인감증명서, 위임장 등을 맡긴 행위 등

원고는 또한 피고 B이 2017. 3. 18.경 공인중개사 K에게 원고가 잔금 대출을 받는 데 필요한 인감증명서, 위임장 등 관련 서류를 맡긴 것이 매도인인 피고 B의 이행 착수에 해당한다고 주장한다.

그러나 갑 제12호증의 기재만으로 피고 B이 원고 주장의 관련 서류를 K에게 맡겼다고 인정하기도 부족할 뿐 아니라, 이 사건 1 매매계약에 따라 부담하는 이행의무는 어디까지나 잔금 지급과 동시에 매매물건의 소유권을 이전하는 것을 내용으로 하는 것이므로, 이 사건 추가약정에 따른 원고의 대출에 대한 협조의무는 원고의 잔금지급 의무 이행에 편의를 주기 위한 것에 불과하여, 피고 B이 그러한 서류를 맡겼다고 하더라도 이는 단순한 이행의 준비행위에 불과하다고 평가하지 않을 수 없다.

4) 원고의 매매대금 잔금 이행을 위한 대출신청 및 보관이사 실시

원고는 피고 B이 해제의 의사표시를 하기 이전인 2017. 5. 10. G 주식회사에게 4억 1,000만 원의 대출을 신청하였고, 2017. 5. 25. 이삿짐센터에 보관이사를 의뢰하고 비용을 지불하여 실제로 이사를 실행한 것은 모두 이행의 착수에 해당한다고도 주장한다.

갑 제8 내지 10, 18호증의 각 기재에 의하면, 원고가 2017. 5. 10. G 주식회사에 4억 1,000만 원의 대출신청서를 작성한 사실, 2015. 5. 25. 이사업체를 통해 자신의 집에 있던 짐을 보관이사를 한 사실은 각 인정되나, 원고가 매매대금 잔금을 치루기 위해 금융기관에 대출신청서를 제출하였다고 하여 피고 B이 곧바로 매매대금 잔금을 수령할 지위가 생긴다고 볼 수 없으므로 이는 원고의 매매대금 잔금 이행을 위한 준비행위에 해당하고, 아파트 건물이 신축되지도 않은 상태에서 원고가 피고 B의 해제의 의사표시를 받고도 이를 무시한 채 보관이사를 실시한 것만으로는 이 사건 1 매매계약의

내용에 좇은 이행행위의 일부를 하였다고 평가할 수도 없다.

라. 소결론

이와 같이 원고의 재항변이 이유 없어 결국 피고 B의 이 사건 해제는 유효하므로, 피고 B에게 더 이상 원고에 대한 이 사건 대지에 관한 이 사건 1 매매계약을 원인으로 하는 소유권이전등기 의무와 이 사건 아파트에 관한 공급계약자 명의변경절차 이행 의무가 있다고 할 수 없다.

따라서 원고의 피고 B에 대한 이 사건 대지에 관한 소유권이전등기 청구 및 이 사건 아파트에 관한 공급계약자 명의변경청구는 모두 받아들일 수 없다.

3. 피고 C에 대한 소유권이전등기청구 및 공급계약자 명의변경절차 이행청구

가. 원고의 주장 요지

피고들 사이에 이루어진 이 사건 2 매매계약은 통정허위표시로서 무효이거나 원고의 이행의 착수 이후 이루어진 피고 B의 배임행위에 피고 C이 적극 가담한 경우로서 무효이므로, 피고 B은 피고 C에 대하여 이 사건 2 매매계약에 기해 이루어진 이 사건 소유권이전등기의 말소등기청구권 및 이 사건 아파트에 관한 공급계약자 명의변경청구권을 가지고 있다.

그런데 피고 B이 이러한 자신의 권리를 행사하지 않고 있으므로, 원고는 피고 B에 대한 이 사건 대지에 관한 소유권이전등기청구권 및 이 사건 아파트에 관한 공급계약자 명의변경청구권을 보전하기 위하여 피고 B을 대위하여 피고 C에게 이 사건 소유권이전등기의 말소등기 및 이 사건 아파트에 관한 공급계약자 명의변경을 구한다.

나. 판단

직권으로 이 부분 소의 적법 여부에 관하여 본다.

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 부적법하여 각하될 수밖에 없다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다8996 판결, 대법원 1994. 6. 24. 선고 94다14339 판결 등 참조).

그런데 이 부분 소는 원고가 피고 B에 대하여 이 사건 1 매매계약에 기한 소유권이전등기 청구권과 공급계약자 명의변경청구권을 가지고 있음을 전제로, 그 소유권이전등기청구권과 공급계약자 명의변경청구권을 보전하기 위해 피고 B를 대위하여 피고 C를 상대로 피고 B에게 피고 C 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행과 공급계약자 명의변경절차의 이행을 구하는 것인바, 앞서 본 바와 같이 원고의 피고 B에 대한 소유권이전등기청구와 공급계약자 명의변경청구가 모두 받아들여지지 아니하므로, 결국 이 부분 소는 채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 흠결된 경우에 해당하여 본안에 관하여 살펴 볼 필요 없이 모두 부적법하다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고 B에 대한 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 피고 C에 대한 청구는 부적법하여 이를 모두 각하할 것인바, 제1심판결 중 피고 B에 대한 각 청구 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 피고 B에 대한 항소는 이유 없어 기각하고, 피고 C에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고 C에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고 C에 대한 소를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이범균

판사 김대현

판사 주선아

별지

목 록

피고 B이 E구역 주택재개발정비사업조합으로부터 공급받은 조합원 아파트(서울 영등포구 L 일대 M아파트 N호, 주택형 84.95㎡형). 끝.