

서울고등법원 2018. 6. 21 선고 2017나2045095 판결 [근저당권설정등기말소]

재판경과

서울고등법원 2018. 6. 21 선고 2017나2045095 판결

서울서부지방법원 2017. 7. 20 선고 2017가합803 판결

전문

원고, 피항소인국제흥업개발 주식회사

피고, 항소인A

변론 종결 2018. 4. 19.

판결 선고 2018. 6. 21.

제1심판결 서울서부지방법원 2017. 7. 20. 선고 2017가합803 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 용산등기소 2016. 9. 28. 접수 제28905호로 마친 각 근저당권설정등기에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일자 부동산매매계약 해제를 원인으로 한 각 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2016. 9. 28. 피고와 사이에, 서울 용산구 B 일대 C구역 도시환경정비사업 D회사 A동상가 1층 107호(이하 '이 사건 상가'라 한다)를 별지2 기재와 같은 조건(매매대금 3,082,118,750원)으로 피고에게 매도하기로 하는 부동산매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하고, 피고로부터 계약금 명목으로 500,000,000원을 지급받았다.

나. 원고는 이 사건 매매계약 체결과 같은 날(2016. 9. 28.) 피고와 사이에, 원고 소유의 별지1 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 위 매매계약 특약사항 제10조에 따라 채무자 원고, 채권최고액 500,000,000원, 근저당권자 피고로 된 근저당권을 설정하기로 하는 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하고, 이 사건 각 부동산에 관하여 서울서부지방법원 용산등기소 접수 제28905호로 피고 명의의 근저당권설정등기를 마쳤다.

다. 한편, 피고는 원고에게, 이 사건 매매계약에 따라 1차 중도금 500,000,000원을 2016. 11. 30.까지, 2차 중도금 500,000,000원을 2016. 12. 30.까지, 나머지 잔금 1,582,118,750원을 소유권이전등기와 동시에 각 지급하기로 약정하였는데, 아래 표 기재와 같이 6회에 걸쳐 합계 590,181,230원을 지급하는데 그쳤다.

1	2016. 11. 30.	387,000,000원	1차 중도금 명목
2	2016. 12. 1.	50,000,000원	1차 중도금 명목

1	2016. 11. 30.	387,000,000원	1차 중도금 명목
3	2016. 12. 15.	63,181,230원	1차 중도금 및 지연이자 명목
4	2016. 12. 30.	60,000,000원	2차 중도금 명목
5	2017. 4. 28.	20,000,000원	2차 중도금 명목
6	2017. 5. 12.	10,000,000원	2차 중도금 명목
합계	590,181,230원		

라. 원고는 피고에게, 2017. 4. 19.경 및 같은 달 25.경 3회에 걸쳐 2차 중도금 중 미지급된 금액(당시 440,000,000원임)의 지급을 최고하면서 '본 통고서 송달 후 7일 이내에 중도금 지급 불이행이 있을 때에는 이 사건 매매계약 제7조 및 특약사항 제4조에 의거하여 계약해제를 한다'는 내용의 통고서를 발송하였으나 모두 반송되었고, 2017. 5. 1. 피고의 휴대전화번호로 위와 같은 내용의 통고서를 문자 메시지로 발송하였다.

마. 원고는 2017. 5. 16. 피고에 대하여, '피고의 중도금 지급의무 불이행으로 이 사건 매매계약이 해제되었고 그에 따른 원상회복으로 이 사건 근저당권설정계약에 따른 근저당권설정등기를 말소해 달라'는 내용의 이 사건 소를 제기하였으며, 이 사건 소장 부분은 같은 달 24. 피고에게 송달되었다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을 제7, 11호증(가지번호가 있는 것은 각 가지번호를 모두 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 피고의 자백 취소에 관한 판단

가. 당사자들의 주장 요지

1) 피고는 제1심의 변론 당시 피고의 진의와 달리 '원고의 이 사건 청구를 인정한다'는 취지로 변론조서에 기재되었고 이에 따라 자백간주로 패소 판결을 받았으나, 2017. 7. 18.자 답변서를 작성하여 제출하면서 원고의 청구를 다룬다는 의사를 표시하였으므로, 제1심 변론에서의 위 진술을 재판상 자백으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 가사 피고에게 재판상 자백이 성립한다고 하더라도 위 자백은 진실에 반하고 착오에 의한 것이어서 이를 취소한다고 주장한다.

2) 이에 대하여 원고는 피고가 제1심에서 '원고가 소송한 것처럼 근저당권 말소해주어야 되는 것을 인정하는 것이지요'라는 재판부의 질문에 대하여 수차례 반복하여 '예'라고 명확하게

답변하였으므로, 재판상 자백이 성립함이 분명하고 위 자백이 진실에 반한다거나 착오에 의한 것으로 취소될 수 없다며 이를 다룬다.

나. 판단

살피건대, 당사자는 변론이 종결될 때까지 어느 때라도 상대방의 주장 사실을 다툼으로써 자백간주의 성립을 배제할 수 있을 뿐만 아니라 민사소송에서 항소심은 제1심의 속행(이른바 속심)에 불과하여, 상대방의 주장 사실을 다투었다고 인정할 것인지는 사실심 변론종결 당시의 상태에서 변론 전체를 살펴서 구체적으로 결정하여야 하므로(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다21305 판결, 대법원 2015. 8. 27. 선고 2014다25047 판결 등 참조), 비록 피고가 제1심에서 원고의 청구에 대하여 적극 대응을 하지 않았다고 하더라도 이 법원에서 원고의 주장 사실을 다툼 것이 기록상 분명한 이상, 그러한 점만으로 원고의 청구에 대하여 자백간주가 성립되었다고 할 수 없다.

또한, 원고가 주장하는 바와 같이, 피고가 제1심 변론기일에서 '원고가 소송한 것처럼 근거당권 말소해주어야 되는 것을 인정하는 것이지요'라는 재판부의 질문에 대하여 '예'라고 대답하였고, 이에 따라 변론조서에도 '원고의 이 사건 청구를 인정한다고 진술'이라고 기재되었다고 하더라도, 민사소송법 제288조에서 말하는 자백은 사실에 대한 진술에 한정되는 것이고, 소송물의 전제문제가 되는 권리관계나 법률효과를 인정하는 진술은 이른바 권리자백으로서 법원을 기속하는 것도 아니며, 상대방의 동의 없이 자유로이 철회할 수 있다고 할 것인바(대법원 1982. 4. 27. 선고 80다851 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다87061 판결 등 참조), 피고의 위 답변은 권리자백의 범주에 속하는 것이라고 봄이 상당하다.

설령 이를 재판상 자백으로 볼 수 있다고 하더라도, 재판상의 자백에 대하여 상대방의 동의가 없는 경우에는 자백을 한 당사자가 그 자백이 진실에 부합되지 않는다는 것과 자백이 착오에 기인한다는 사실을 증명한 경우에 이를 취소할 수 있는바, 이때 진실에 부합하지 않는다는 사실에 대한 증명은 그 반대되는 사실을 직접증거에 의하여 증명함으로써 할 수 있지만, 자백사실이 진실에 부합하지 않음을 추인할 수 있는 간접사실의 증명에 의하여도 가능하다고 할 것이고, 또 자백이 진실에 반한다는 증명이 있다고 하여 그 자백이 착오로 인한 것이라고 추정되는 것은 아니지만 그 자백이 진실과 부합되지 않는 사실이 증명된 경우라면 변론 전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오로 인한 것이라는

점을 인정할 수 있다(대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다23013 판결 참조).

아래 3.항에서 보는 바와 같이 원고 주장의 '자동해제 특약'이 있었다는 사실은 진실에 반한다고 보이고, 피고가 제1심에서 2017. 7. 18.자 기일변경신청서를 제출하면서 "'원고의 청구를 기각한다'는 재판을 구합니다"라고 기재한 한 점 등에 비추어 그 자백이 착오로 인한 것임을 넉넉히 인정할 수 있다.

3. 원고의 주장 및 판단

가. 자동해제 특약에 의한 해제 주장

1) 원고의 주장 요지 원고는, 피고가 2차 중도금 지급기일인 2016. 12. 30.까지 중도금 500,000,000원을 지급하지 아니하였으므로 이 사건 매매계약은 특약사항 제4조의 자동해제 특약에 따라 당연 해제되었다고 주장한다.

2) 판단 가) 매수인이 중도금을 약정한 일자에 지급하지 아니 하면, 계약이 해제된 것으로 한다는 특약이 있는 실권약관부 매매계약에 있어서는 매수인이 약정의 중도금 지급의무를 이행하지 아니하면, 그 계약은 그 일자에 자동적으로 해제된 것으로 보아야 하며, 매도인이 그 후에 중도금의 지급을 최고하였다 하더라도, 이는 은혜적으로 한 번 지급의무를 이행할 기회를 준 것에 지나지 아니한다(대법원 1980. 2. 12. 선고 79다2035 판결 참조).

위 법리에 비추어 보건대, 피고가 2차 중도금 지급기일인 2016. 12. 30.까지 2차 중도금 명목으로 60,000,000원을 지급하였을 뿐 나머지 440,000,000원을 지급하지 아니한 사실은 위에서 본 바와 같다. 한편, 기초사실과 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래 나)항의 ① 내지 ④와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 주장하는 바와 같이 이 사건 매매계약의 특약사항 제4조를 '자동해제 특약'이라고 볼 수 없고, 달리 원고와 피고 사이에 '자동해제 특약'이 체결되었음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

나) ① 일반적으로 매매계약상 '자동해제 특약'이 있다고 보기 위해서는, 계약서상에 '별도의 최고절차를 거치지 않고 자동 해제된다거나, 당연 해제된다'는 문구 또는 '약정일자에 지급하지 아니할 때에는 매매계약이 취소된다거나 매매계약을 무효로 한다'는 취지의 문구가 기재되어 있는 반면(위 각 판례사안의 경우에도 '별도의 최고절차를 거치지 않고 자연해약을 승인한다' 또는

'중도금을 그 약정일자에 지급하지 아니할 때에는 매매계약이 취소되는 것으로 한다'는 문구가 기재되어 있다), 이 사건 매매계약의 특약사항 제4조에는 '중도금 연체시에는 7% 지연이자를 지불한다. 3개월연체시 해지된다'고 규정되어 있을 뿐 최고절차를 필요로 하지 않는다거나 매매계약의 효력을 소급적으로 상실하게 한다는 내용의 어떠한 기재도 없다.

② 계약의 '해지'란 계속적 계약에서 일방적 의사표시로 계약의 효력을 '장래에 향하여' 소멸케 하는 행위를 말하는 것으로 '해제'와 구별되는데, 계속적 계약이 아닌 이 사건 매매계약에서 중도금연체가 있을 경우 해제할 수 있다는 규정(매매계약 제7조 참조)과 별도로 '3개월연체시 해지된다'고 규정한 것만으로, 당사자 사이에 별도의 최고절차 없이 소급하여 매매계약의 효력을 소멸케 하는 의사의 합치가 있다고 단정할 수 없다.

③ 이 사건 매매계약의 특약사항 제5조에는 '잔금납입일을 3개월연체시 본 계약은 해지되며'라고 규정되어 있고, 원고는 위와 같은 취지로 특약사항 제4조에서 '중도금 3개월연체시 해지된다'는 규정을 추가로 두게 되었다고 주장한다. 그런데 이 사건 매매계약 제1조, 제2조에 의하면 잔금지급의무는 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있는데, 잔금지급과 동일한 규정형식을 취하고 있는 중도금지급의 경우에만 잔금지급과 달리 그 불이행시 별도의 최고절차 없이 자동해제의 효과가 발생한다고 해석할 만한 합리적인 근거가 부족하다.

④ 원고는 피고에게 2017. 4. 19.경 및 같은 달 25.경 3회에 걸쳐 2차 중도금 중 미지급액의 지급을 최고하는 내용의 통고서를 발송하면서 이 사건 매매계약의 효력이 자동해제 특약에 따라 이미 소멸되었음을 추단케 할 만한 어떠한 기재나 주장도 하지 않았다. 오히려 부동산매매계약서 제7조 및 특약사항 제4조에 의거하여 '계약해제를 하게 됨을 양지하기 바란다'는 의사를 표시하였고(갑 제3호증의 1 내지 3 참조), 이 사건 매매계약의 효력이 유지되고 있음을 전제로 2차 중도금 중 미지급액인 4억 4천만원의 지급을 최고하였으며(을 제11호증 참조), 그 이후 피고로부터 2차 중도금 명목으로 2017. 4. 28.경 20,000,000원, 2017. 5. 12.경 10,000,000원을 각 수령하였다.

나. 약정해제권 행사에 의한 해제 주장

1) 원고의 주장 요지 원고는 이 사건 소 제기 이전부터 피고에게 선이행의무 있는 2차 중도금의 지급을 수차례 최고하였음에도 이를 이행하지 않고 있어, 이 사건 매매계약에서 정한 바에 따라

피고의 이행지체를 이유로 이 사건 소장부분 송달로써 이 사건 매매계약을 해제하였으므로, 그에 따른 원상회복으로 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정계약에 따른 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다는 취지로 주장한다.

2) 판단 살피건대, 피고가 이 사건 매매계약 체결 후 2차 중도금 지급기일인 2016. 12. 30.까지 60,000,000원을 지급하였을 뿐 나머지 440,000,000원을 지급하지 아니한 사실, 원고가 2017. 5. 16. 이 사건 소의 제기로써 피고의 중도금 지급의무 불이행을 이유로 이 사건 매매계약을 해제한다는 의사를 표시하였고, 이는 같은 달 24. 피고에게 송달된 사실은 위에서 본 바와 같다.

한편, 매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다 하더라도 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 소유권이전등기 소요서류가 제공된 바 없이 그 기일이 도과하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한, 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기 소요서류의 제공은 동시이행관계에 있다 할 것이어서 그 때부터는 매수인은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니하고(대법원 1980. 4. 22. 선고 80다268 판결, 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결 등 참조), 동시이행의 관계에 있는 쌍무계약에 있어서 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려고 하는 자는 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행을 제공하여야 한다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053, 6060, 6077 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 을 제8, 9호증의 각 기재, 당심 증인 E의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고는 이 사건 매매계약 체결 당시 원고에게 이 사건 상가에 관한 소유권이전등기와 동시에 잔금 1,582,118,750원을 지급하기로 약정하였는데, 위 매매계약 체결과정에서 이를 중개했던 E으로부터 2017. 5. 준공입주기간 이전에는 이전고시를 통해 일반분양분보다 한두 달 빨리 소유권이전등기절차가 마쳐질 수 있어 5월 전에 미리 잔금을 준비해 달라는 설명을 들었던 사실, 원고는 피고에게 이 사건 매매대금의 잔금을 수령함과 동시에 소유권이전등기에 필요한 모든 서류를 교부하고 위 부동산을 인도하기로 약정한 사실을 인정할 수 있다. 여기에 원고는 'C구역 도시환경정비사업조합'으로부터 이 사건 상가의 소유권을 분양받을 권리만이 있으므로 이 사건 상가에 관하여 피고 명의로 소유권이전등기를 마치기 위해서는 사업의 이전고시나

원고 명의의 소유권보존등기 이후에 비로소 가능하게 되는데, 만약 이 사건 상가에 관하여 피고 명의로 소유권이전등기를 마칠 수 있는 시점이 언제가 될지 불확실하고 예상조차 할 수 없다면, 매수인 입장에서 그와 같이 불안정하고 별다른 수익도 발생하지 않는 상황에서 계약금 및 1차, 2차 중도금 명목으로 합계 15억 원을 매매대금으로 선이행하여 지급하기로 약정한다는 것은 쉽게 납득하기 어려운 점, 원고는 이 사건 사업이 완료될 즈음 부동산중개업자에게 이 사건 매매계약의 목적물인 이 사건 상가를 약 1 내지 2개월 동안 일시적으로 임대하였다가 회수한 점 등을 보태어 보면, 적어도 원고가 이 사건 소를 제기한 2017. 5. 16.경에는 이 사건 매매계약상의 잔금지급기일이 도래하였다고 할 것인바, 이 사건 매매계약 중 매매대금 지급에 관한 약정을, 중도금 지급의무 이행지체 중에 잔금지급일이 지났어도 중도금의 지급의무와 소유권이전등기 소요서류의 제공의무가 동시이행관계에 놓이게 되는 것을 배제시키고 중도금 지급을 소유권이전등기 소요서류의 제공보다 항상 선이행관계에 있는 것으로 하는 약정으로 보기 어렵고, 그 밖에 중도금 지급의무를 여전히 선이행으로 하기로 하였다고 볼 만한 다른 특별한 사정이 있었음을 인정할 자료도 없다.

그렇다면 과연 원고가 피고에게 중도금 및 잔금 지급의 이행최고를 함에 있어 자기의 채무 즉 소유권이전등기에 필요한 일체의 서류를 준비하는 등의 이행제공을 하였는지의 점에 관하여 보면, 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 원고의 위 해제의 의사표시는 부적법하고, 이를 전제로 한 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

4. 결론

원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 이와 결론을 달리한 제1심 판결은 부당하므로 피고의 항소를 받아들여 이를 취소하고, 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이창형

판사남양우

판사김형진

별지