

서울고등법원 2022. 1. 20 선고 2021나2008178 판결 [매매대금반환 등 청구의 소]

전 문

원고, 피항소인 1. A

2. B

원고들 소송대리인 법무법인 정향

담당변호사 박건호, 장두식

피고, 항소인 주식회사 C

소송대리인 변호사 조창래

소송복대리인 변호사 임은경

변 론 종 결 2021. 11. 25.

판 결 선 고 2022. 1. 20.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2021. 1. 27. 선고 2019가합523244 판결

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는, 1) 원고 A에게 75,000,000원 및 이에 대하여 2019. 2. 1.부터 2022. 1. 20.까지 연

5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 2) 원고 B에게

220,082,000원 및 이에 대하여 2019. 5. 2.부터 2022. 1. 20.까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다

갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

나. 원고 A의 주위적 청구와 나머지 예비적 청구, 원고 B의 나머지 주위적 청구를 모두 기각한다.

2. 원고 A과 피고 사이에 생긴 소송 총비용 중 9/10는 원고 A이, 나머지는 피고가 각 부담하고, 원고 B과 피고 사이에 생긴 소송 총비용 중 1/12은 원고 B이, 나머지는 피고가 각 부담한다.
3. 제1항 중 제1심판결에서 가집행이 선고되지 않은 부분은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적으로, 피고는 원고 A에게 1,074,150,000원, 원고 B에게 220,085,000원 및 각 이에 대하여 2019. 2. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고 B은 이 법원에서 주위적 청구를 감축하였다).

나. 예비적으로, 피고는 원고 A에게 322,245,000원, 원고 B에게 165,061,500원 및 각 이에 대하여 2019. 2. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고들은 이 법원에서 예비적 청구에 관하여 재산상 손해배상 청구금액과 정신적 손해배상 청구금액을 구분하였다).

2. 항소취지

제1심판결 중 원고 A의 청구 부분에 관한 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고 A의 주위적 청구, 원고 A의 예비적 청구를 모두 기각한다. 제1심판결 중 원고 B의 청구 부분을 취소하고, 원고 B의 주위적 및 예비적 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원의 이 부분 이유는 제1심판결서 이유 중 제1항 인정사실 부분(3쪽 8행부터 6쪽 5행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 별지 부동산 목록, 별지 현황 목록을 포함하여

인용한다(약칭도 그대로 사용한다). 다만 원고 A의 G호 H호 각 점포에 관한 분양대금 잔금 지급일자(5쪽 기재 표2 해당 부분 ‘19. 04. 30.’)는 ‘2019. 4. 29.’로 수정한다.

2. 원고들 주장의 요지

가. 피고의 고지의무 위반에 의한 기망행위

이 사건 각 점포는, 내부에 설치된 기둥이 점포의 공간 이용에 상당한 제약을 가하고 점포의 미관을 해치며, 천장의 높이가 다른 점포들에 비해 현저히 낮고, 마감공사가 부실하게 이루어져 전기선과 배관 등이 노출되어 있다. 이러한 사항은 상가 분양계약의 체결 여부를 결정하는 데에 영향을 미치는 중요한 사항이므로 이에 대하여 피고는 수분양자들에게 설명해야 할 신의칙상 고지의무를 부담하는데 원고들에게 이 사건 각 점포를 분양하면서 위와 같은 내용을 고지하지 않았다.

나. 주위적 청구

1) 원고들은 피고의 위와 같은 고지의무 위반에 의한 기망행위 또는 원고들의 착오를 이유로 이 사건 소장 부분 송달로써 이 사건 각 분양계약을 취소한다. 따라서 피고는 원고들에게 각 이 사건 각 분양계약 취소에 따른 부당이득반환으로서 원고들로부터 수령한 분양대금 및 이에 대한 법정이자와 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 선택적으로, 원고들은 이 사건 각 점포의 내부 기둥으로 인해 이 사건 각 점포를 정상적으로 사용수익할 수 없고, 분양계약의 목적을 달성할 수 없게 되었으므로, 피고의 채무불이행 또는 하자담보책임을 이유로 이 사건 소장 부분 송달로써 이 사건 각 분양계약을 해제한다. 따라서 피고는 원고들에게 이 사건 각 분양계약 해제에 따른 원상회복으로서 수령한 분양대금 및 이에 대한 법정이자와 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 예비적 청구

만약 원고들이 주위적 청구에서 주장한 이 사건 각 분양계약의 취소 또는 해제가 인정되지 않아 이 사건 각 분양계약이 유효하게 유지된다면, 피고의 위와 같은 기망행위와 원고들에게 고지하지 않고

무단으로 이 사건 상가건물의 설계를 변경한 불법행위로 인하여 원고들은 이 사건 각 점포의 가액이 하락하는 등 재산상 손해와 정신적 손해를 입었으므로, 피고는 원고들에게 이를 배상할 의무가 있다.

3. 주위적 청구에 대한 판단

가. 피고가 이 사건 각 분양계약의 당사자인지 여부

피고는, 원고들과 사이에 이 사건 각 분양계약을 체결한 분양자는 피고가 아니라 F이라고 주장한다.

그러나 민사소송법 제420조 본문에 의해 이 법원의 이 부분 판결 이유로 인용하는 제1심판결서 이유 3의 가항 부분(8쪽 5행부터 13행까지) 기재와 같은 이유로 피고는 이 사건 각 분양계약의 당사자라고 봄이 타당하다.

나. 피고의 고지의무 위반 여부

1) 재산권의 거래관계에 있어서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 그 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 구체적 사정을 고지하였다면 상대방이 그 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백한 경우 계약당사자는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있고, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있으며, 일단 고지의무의 대상이 되는 사실이라고 판단되는 경우 이미 알고 있는 자에 대하여는 고지할 의무가 별도로 인정될 여지가 없지만, 상대방에게 스스로 확인할 의무가 인정되거나 거래관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 예외적인 경우가 아닌 한, 실제 그 대상이 되는 사실을 알지 못하였던 상대방에 대하여는 비록 알 수 있었음에도 알지 못한 과실이 있다 하더라도 그 점을 들어 추후 책임을 일부 제한할 여지가 있음은 별론으로 하고 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결 참조).

2) 앞서 본 증거들에 갑 제15, 24호증, 을 제7, 22 내지 29, 201 내지 203호증의 각 기재, 갑 제26호증의 영상, 이 법원의 증인 W, X의 각 증언, 제1심법원의 감정인 Y에 대한 감정촉탁결과를

보태어 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고는 이 사건 각 분양계약 체결 당시 수분양자인 원고들에게 이 사건 각 점포 내부의 기둥에 대하여 고지할 의무가 있다고 봄이 상당하다. 가) 일반적인 수분양자로서는, 이 사건 상가건물과 같은 복층의 대규모 상가건물에는 그 하중을 견디기 위한 기둥 등 구조물이 설치될 수 있음을 예상할 수 있기는 하지만, 실제 건축된 현황을 알 수 없는 상태에서 사전 분양하였다는 점을 고려해 볼 때, 분양받을 개별 점포의 위치, 전용면적, 분양가격과 같은 주요 분양조건 위주로 분양여부를 결정하는 경향이 있고, 상가건물 전체의 구조적 필요성을 감안하더라도 개별 점포 외부에 설치되는 기둥과는 달리 적어도 개별 점포 내부에 설치되는 기둥과 관련하여서는 개별 상가의 기능과 미관에 지장을 초래하지 않을 정도로 설치되도록 건물 설계에서 충분히 고려될 것이라고 기대하게 되며, 분양자의 설명 등 특별한 사정이 없이도 개별 점포 내부에 기둥이 벽면과 떨어져 온전히 설치되거나 상당한 면적을 차지하거나 여러 개의 기둥이 설치되는 등으로 점포의 공간적 활용과 이동 동선 및 미관에 적지 않은 영향을 미칠 정도로 설치될 수 있다고까지 예견하기는 어렵다.

나) (1) 이 사건 각 점포는 모두 이 사건 상가건물 1층에 위치하면서 경량철골조에 유리칸막이로 시공되어 있어 주통로나 2, 3층에서 보았을 때 점포의 전체 공간이 한 눈에 보이도록 되어 있다.

(2) ① 원고 A이 분양받은 점포 중 G호의 경우, 별지 현황 목록 제1항의 사진과 도면 표시와 같이 두 벽면이 유리로 된 점포인데, 유리로 된 벽면 내부의 출입문 바로 옆 부분에 바닥면적 1.58㎡인 1개의 콘크리트 기둥이 설치되어 있고, 그 벽면의 구석에 철골기둥 1개가 설치되어 있으며, 위와 같은 기둥의 바닥면적과 벽과 기둥 사이에 통행이 불가능한 부분의 면적을 합하면 1.64㎡ 정도 된다. 위 점포의 전용면적은 27.38㎡인데, 이는 위 기둥의 바닥면적이 포함된 면적이고, 위와 같이 기둥으로 인해 활용이 어려운 면적은 위 전용면적 대비 약 5.99%(=1.64㎡/27.38㎡×100%)에 이른다. 위 콘크리트 기둥은 점포 외부에서 보더라도 쉽게 보이고, 위와 같은 위치와 크기로 인해 점포 내부 공간의 규모에 비해 차지하는 정도가 상당하다는 느낌을 주며, 시각적으로도 상당한 이질감을 일으켜 점포의 미관을 해치고, 공간 활용과 동선에 제약을 초래한다. ② H호의 경우에도 별지 현황 목록 제2항의 사진과 도면 표시와 같이 두 벽면이 유리로 된 점포인데 유리로 된 벽면 내부의 출입문 바로 옆 부분에 바닥면적 1.4㎡인 1개의 콘크리트 기둥이 설치되어 있고, 그 벽면의 구석에 1개의

철골기둥이 설치되어 있으며, 위와 같은 기둥의 바닥면적과 벽과 기둥 사이에 통행이 불가능한 부분의 면적을 합하면 1.6㎡ 정도 된다. 위 점포의 전용면적은 27.722㎡인데, 이는 위 기둥의 바닥면적이 포함된 면적이고, 위와 같이 기둥으로 인해 활용이 어려운 면적은 위 전용면적 대비 약 5.77%(=1.6㎡/27.722㎡×100%)에 이른다. 위 G호의 경우와 마찬가지로, 위 콘크리트 기둥은 점포 외부에서 보더라도 쉽게 보이고, 위와 같은 위치와 크기로 인해 점포 내부 공간의 규모에 비해 차지하는 정도가 상당하다는 느낌을 주며, 시각적으로도 상당한 이질감을 일으켜 점포의 미관을 해치고, 공간 활용과 동선에 제약을 초래한다.

(3) 원고 B이 분양받은 I호의 경우, 별지 현황 목록 제3항의 사진과 도면 표시와 같이 3면이 유리로 된 점포인데 내부에 바닥면적 1.4㎡와 1.68㎡ 정도 되는 2개의 콘크리트 기둥이 유리 벽면에서 일정한 간격을 두고 상호 떨어져 설치되어 있고, 그 벽면을 따라 3개의 철골기둥이 설치되어 있으며, 위와 같은 기둥의 바닥면적과 벽과 기둥 사이에 통행이 불가능한 부분의 면적을 합하면 3.26㎡ 정도 된다. 위 점포의 전용면적은 58.3150㎡인데, 이는 위 기둥의 바닥면적이 포함된 면적이고, 위와 같이 기둥으로 인해 활용이 어려운 면적은 위 전용면적 대비 약 5.59%(=3.26㎡/58.3150㎡×100%)에 이른다. 또한 위 기둥으로 인해 4인용 테이블의 설치가 제한되는 면적은 4.78㎡로 산출되는데, 이 면적까지 감안하면, 위 점포 중 활용이 어려운 면적은 전용면적 대비 약 13.79%[(3.26㎡+4.78㎡)/58.3150㎡×100%]에 이른다. 위 콘크리트 기둥들은 점포 외부에서 보더라도 쉽게 보이고, 위와 같은 개수, 위치, 크기 등으로 인해 점포 내부 공간의 규모에 비해 차지하는 정도가 상당하다는 느낌을 주며, 시각적으로 상당한 이질감을 일으켜 점포의 미관을 해칠 뿐 아니라 공간 활용과 동선에 상당한 제약을 초래한다.

다) 그렇다면, 위와 같이 이 사건 각 점포 내부에 설치된 기둥은 그 존재, 크기, 위치 등이 이 사건 각 점포의 임료 등 사용가치와 시가 등 교환가치에 부정적 영향을 미친다고 볼 수 있고, 위 기둥의 바닥면적이 점포의 전용면적에 포함되어 있으므로, 수분양자인 원고들이 이 사건 분양계약을 그 정해진 조건에 체결할 것인지 여부를 결정하는 데 영향을 미칠 정도의 중요한 내용이라 할 것이다. 이에 원고들이 이 사건 각 점포 내부에 위와 같이 기둥이 설치될 것을 알았더라면 이 사건 각 분양계약과 같은 조건으로 분양계약을 체결하지는 않았을 것이므로, 위 기둥들은 피고가 원고들에게

이 사건 각 분양계약을 체결하는 과정에서 고지할 의무를 부담하는 대상에 해당한다 할 것이다.

라) 한편, 이 사건 각 점포는 1층의 다른 점포들보다 천장높이가 60cm 정도 낮고, 전기선, 배관 등이 노출된 상태로서 마감공사가 부실하게 되어 있다. 그러나 이 사건 각 분양계약서 제19조에 피고와 시공사가 시공상 하자에 대하여 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 등 관계법령에 따라 하자보수의 책임을 지도록 정해져 있으므로 해당 요건을 갖춘 경우 하자보수를 통해 시정할 수 있는 점과 천장 재시공 등에 소요될 비용의 정도 등을 감안하여 보면, 피고가 이 사건 각 분양계약 당시 원고들에게 천장의 높이와 마감공사 부실 가능성에 대하여 구체적으로 고지하였다고 하더라도 원고들이 이 사건 각 분양계약을 계약을 체결하지 않거나 그 정해진 조건으로 분양계약을 체결하지 않았을 것이라고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고에게 천장의 높이와 마감공사 부실 가능성에 관한 고지의무가 있다고 보기는 어렵다.

3) 앞서 본 증거들에 갑 제5, 10 내지 12, 37, 39, 40, 42, 45호증의 각 기재, 제1심 증인 N, M의 각 증언, 원고들 본인신문결과, 이 법원의 창원시 진해구청장, 양산시장에 대한 각 과세정보제출명령결과를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 피고는 원고들에 대하여 이 사건 각 점포 내부 기둥에 대한 고지의무를 이행하지 않았고, 원고들은 위 기둥에 대하여 알지 못한 상태로 이 사건 각 분양계약을 체결하였다 할 것이다.

가) 피고는 원고들에게 이 사건 각 분양계약을 체결할 당시에 위 기둥에 대하여 고지하지는 않았으나 공인중개사들을 통해 수분양자들과 매매예약을 하면서 기둥의 존재나 위치, 크기 등에 관하여 설명을 하였고, 수분양자들이 분양계약 사무실에 게시된 평면도를 통하여 기둥의 존재, 위치, 크기 등을 알 수 있었다고 주장하는 한편, 원고들은 공인중개사들로부터 점포를 소개받으면서 소형 평면도를 보기는 하였으나 기둥에 대한 설명을 듣지는 못하였다고 주장하고 있다. 이와 관련하여 원고 A에게 점포를 소개한 W는, 을 제29호증(지상1층 전체 평면도)의 실물크기 정도의 대형도면을 가지고 G호와 H호에 대해 설명하였는데, 기둥이 존재한다는 정도의 내용을 고지하였다고 증언하였고, 원고 B에게 점포를 소개한 X는, A4용지 2장 반 정도 되는 크기의 도면을 가지고 I호 점포에 대해 설명하였는데, 기둥에 대하여는 아무런 설명을 하지 않았다고 증언하였다. 그런데 W와 X 모두 현재 원고들에게 점포를 소개할 당시 제시하였던 도면을 특정하지는 못하고 있고, 제출된 증거만으로는 피고가

공인중개사들에게 대형 평면도를 교부하였다 하더라도 그 대형 평면도가 수분양자들에게 개별적으로 제시되었다고 인정하기에는 부족하며 달리 인정할 증거는 없다.

나) 위와 같이 원고들에게 제시된 도면의 특징과 크기의 확정 여부와는 별도로, 원고들에게 제시된 도면들에는 공통적으로 이 사건 각 점포 내부 부분에 □(또는 ■) 표시가 되어 있었다. 그런데 위 표시가 기둥을 의미하는지 알 수 있을 만한 다른 표시가 없고, 도면상 표시만으로 기둥의 크기를 가늠하기도 어렵다. 이에 원고들은 위 표시가 기둥을 의미하는지 알지 못하였을 뿐 아니라, 위와 같은 표시만으로 이 사건 각 점포 내부에 위치하는 기둥의 형상이나 그 면적이 점포 전용면적에 포함되는지 그 비율은 어느 정도인지 등을 파악하기는 어려웠다. 원고들에게 점포를 소개한 W와 X도 위 표시를 통해서는 위와 같은 기둥의 형상이나 그 크기 등을 알지 못하였고, 이에 원고들에게 설명하지 못하였다. 다른 점포의 분양을 중개한 공인중개사나 피고의 분양담당 직원들도 기둥의 현황에 대해 알지 못하였고, 피고로부터 그에 관한 설명자료를 교부받거나 교육을 받지도 않았다.

다) 매매예약서와 분양계약서를 작성할 당시 그 작성 현장에 누구나 볼 수 있도록 대형 평면도가 구비되어 있었다 하더라도, 일반적인 수분양자인 원고들이 구체적인 설명을 듣지 않고도 대형 평면도 표시만 보고 점포 내부의 기둥의 현황을 예상할 수 있다고 보기는 어렵고, 달리 원고들에게 이 사건 각 점포 내부의 기둥에 대한 설명이 이루어졌다고 인정할 증거는 없다.

라) 이상 살핀 내용에, 이 사건 각 매매예약과 이 사건 각 분양계약 체결 당시는 건축 중에 있던 이 사건 상가 건물을 실제 확인할 방법이 없었던 점, 원고들이 이 사건 각 점포를 분양받기 전에 상가를 분양받은 경험이 없었던 점을 보태어 보면, 이 사건 각 점포 내부 기둥의 현황에 대하여, 피고가 고지하지 않았다 하더라도 원고들이 분양받기 전에 이미 알았거나 알고 있을 것으로 당연히 예상할 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵고 원고들에게 스스로 확인할 의무가 인정된다고 보기도 어려운 한편, 피고가 원고들에게 충분히 고지하였다고 보기도 어렵다.

다. 원고 B의 청구 부분

1) 위와 같이 피고는 원고 B에 대하여 I호 점포의 내부 기둥에 관한 고지의무를 위반하였고, 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당한다. 원고 B과 피고 사이의 I호 점포에 관한 분양계약은

피고의 위와 같은 기망행위로 인해 체결된 것이고, 이를 원인으로 한 원고 B의 분양계약 취소의 의사표시가 기재된 이 사건 소장 부분이 2019. 5. 2. 피고에게 도달한 사실은 기록상 명백하다. 따라서 원고 B와 피고 사이의 I호 점포에 관한 분양계약은 취소됨으로써 소급하여 무효로 되었으므로, 피고는 원고 B에게 부당이득반환으로서 기지급 분양대금과 이에 대한 법정이자와 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 부당이득의 범위와 관련하여, 원고 B은 납부처리된 분양대금 중 계약금과 1차분부터 4차분까지의 중도금을 합한 550,205,000원 중에서 원고 B이 주식회사 Z으로부터 대출받아 납부하였고 피고가 그 대출금채무를 대위변제한 330,120,000원을 공제한 나머지 220,085,000원(=550,205,000원-330,120,000원)의 반환을 구한다.

피고는 원고 B으로부터 분양대금의 계약금과 1차분부터 4차분까지의 중도금으로 550,205,000원을 수령한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제41호증, 을 제200호증의 각 기재에 의하면, 피고는 분양계약이 취소된 후 2019. 7.경 원고 B의 중도금대출채무에 대한 보증인으로서 위 은행에 대출원금 330,123,000원을 변제한 사실이 인정되므로, 결국 피고는 무효로 된 분양계약을 통해 원고 B이 기지급한 분양대금 중 220,082,000원(=550,205,000원-330,123,000원)의 범위 내에서 이득을 얻었고 그로 인해 원고 B은 위 금액에 상응하는 손해를 입었다 할 것이다.

3) 또한 원고 B은 위 부당이득금에 대하여 2019. 2. 1.부터의 법정이자와 지연손해금을 구하고 있으나, 앞서 본 분양계약 체결과 분양대금 납부 경위, 피고의 고지의무 위반 경위 등을 종합하여 보더라도, 피고가 위 분양대금을 수령할 당시 이미 그 분양대금을 보유할 법률상 원인이 없어 반환해야 할 것임을 알고 있었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거는 없으므로, 피고는 민법 제749조 제2항에 의하여 이 사건 소장 부분이 피고에게 송달된 2019. 5. 2. 약의의 수익자로 의제된다.

4) 그렇다면, 피고는 원고 B에게 220,082,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일인 2019. 5. 2.부터 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 법원 판결선고일인 2022. 1. 20.까지 상법상 법정이율 범위 내에서 원고가 구하는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 법정이자와 지연손해금을 지급할

의무가 있다[원고 B이 선택적으로 구하는 착오를 이유로 한 분양계약 취소에 따른

부당이득반환청구는 위에서 인정한 기망을 원인으로 한 분양계약 취소에 따른 부당이득반환 범위 이상으로 인용될 수 없으므로 별도로 판단하지 않고, 채무불이행·담보책임을 이유로 한 분양계약 해제를 원인으로 원상회복청구 부분은 아래 라의 2)항에서 보는 바와 마찬가지로 받아들이기 어렵다].

라. 원고 A의 청구 부분

1) 분양계약을 취소할 수 있는지 여부

가) 위에서 살핀 바에 따르면, 피고는 원고 A에 대하여 G호와 H호 각 점포의 내부 기둥에 관한 고지의무를 위반하였고, 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당한다.

나) (1) 원고 A은 이 사건 소장에 G호와 H호 각 점포에 관한 분양계약을 피고의 위와 같은 기망행위를 원인으로 취소한다는 의사표시를 기재하였고, 이 사건 소장 부분은 2019. 5. 2. 피고에게 도달한 사실은 기록상 명백한바, 이와 관련하여 피고는, 원고 A은 점포 내부 기둥을 확인한 후 위와 같이 취소의 의사표시가 피고에게 도달하기 전에 위 점포들에 관하여 분양대금 잔금을 납부하는 등으로 위 점포들에 관한 분양계약을 법정추인하였으므로 그 후에 이루어진 취소는 효력이 없다고 주장한다.

(2) 민법 제145조 본문과 제1호에 의하면, 취소할 수 있는 법률행위의 경우 그 취소권자가 취소 원인이 소멸된 후 채무자로서 채무의 전부 또는 일부를 이행하거나 채권자로서 상대방이 한 이행의 전부 또는 일부를 수령한 경우에는 위 법률행위를 추인한 것으로 본다.

앞서 본 증거들에 의하면, 원고 A은 2019. 1. 28. 이 사건 상가건물 준공을 앞두고 G호와 H호 점포를 방문하여 점포 내부 기둥의 현황을 확인한 사실을 인정할 수 있고, 원고 A은 2019. 4. 12. 위와 같이 위 점포들에 관한 분양계약 취소의 의사표시를 담은 이 사건 소장을 제1심법원에 제출한 사실은 기록상 명백하며, 앞서 본 바와 같이 원고 A은 이 사건 소장 부분이 2019. 5. 2. 피고에게 도달하기 전인 2019. 4. 29. 피고에게 G호와 H호 각 점포에 관한 각 분양대금 잔금을 지급하고 위 점포들에 관하여 T조합과 사이에 근저당권설정계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 원고 A은 2019. 1. 28. 위 점포 내부의 기동 현황을 직접 확인함으로써 피고의 기동에 관한 고지의무 위반에 따른 기망으로 인한 착오의 상태에서 벗어나 분양계약 취소의 원인이 소멸되었고, 그 후 원고 A은 이 사건 소장 부분 송달에 의한 취소의 의사표시의 효력이 발생(민법 제111조 제1항)하기 전인 2019. 4. 29. 위 분양계약상 채무인 잔금지급의무를 이행하였으므로, 위에서 본 법정추인사유로서 분양계약상 채무를 이행하는 행위를 하였다고 볼 수 있다.

위와 같이 법정추인이 이루어진 후에는 위 분양계약은 확정적으로 유효하게 되고 더 이상 취소할 수 없게 된다(민법 제143조 제1항). 원고 A이 위 분양계약 취소의 의사표시를 기재한 이 사건 소장 부분은 2019. 5. 2. 피고에게 도달함으로써 그 취소의 의사표시의 효력이 발생한다 할 것인데, 위 취소의 의사표시는 위와 같이 2019. 4. 29. 법정추인이 이루어진 후에 피고에게 도달하였으므로 결국 효력이 없다.

(3) 이에 대하여 원고 A은, 분양대금 잔금을 납부한 것은, 분양계약을 추인할 의사로 한 것이 아니고, 향후 소송결과에 따라 잔금지급의무 지체에 따른 지연손해금을 배상하는 등의 위험을 방지하기 위한 것이었으며, 그 전에 다른 수분양자들이 피고에게 통지한 2019. 3. 11.자 내용증명우편물과 이 사건 소장을 통해 이의를 보류하였다고 주장한다.

① 취소권자에게 추인의 의사가 있었는지 여부와 관계없이 법정추인에 해당하는 행위를 한 경우에는 법정추인으로 간주되는 것이므로, 원고 A이 분양계약상 채무를 이행하는 목적이 무엇이었고지와 관계없이 위와 같이 분양대금 잔금을 지급함으로써 법정추인의 효과가 발생한다. ② 또한 갑 제4호증의 기재에 의하면, 주식회사 AA을 포함한 8인은 2019. 3. 11.자 내용증명우편을 통해 피고에게 피고와 체결한 각 호실별 분양계약을 취소하거나 손해배상을 청구하고 발신인들이 잔금을 납입하더라도 이 사건 점포의 각 호실별 분양계약을 추인하는 의미가 아니라는 내용을 통지하였으나, 원고 A은 위 내용증명우편 발신인에 포함되어 있지 않고, 달리 원고 A이 피고에게 문서로 위 내용증명우편과 같은 내용의 통지를 하였다고 인정할 증거가 없다. ③ 그리고 원고 A의 이 사건 소장을 통한 취소의 의사표시는 피고에게 도달한 2019. 5. 2. 그 효력이 생기므로, 분양대금 잔금을 지급한 2019. 4. 29. 이전에 이 사건 소장을 통해 이의 보류의 의사표시를 하였다고 볼 수도

없다(이의 보류의 의사표시의 방법이 소장 부분 송달로만 제한된 것은 아니므로, 이 사건 소장 부분이 제1심법원의 관할 확인과 인지 납부를 위한 보정명령과 이에 대한 원고들의 인지납부 등의 절차를 완료한 후 송달되느라 소장 접수 후 송달 시까지 어느 정도 기간이 경과한 사정이 있다 하여 위에서 본 이의보류의 의사표시의 효력에 대한 판단에 어떠한 영향을 미치기 어렵다). ④ 또한 앞서 본 증거들에 의하면, 원고 A은 점포 내부의 기동 현황을 확인하였을 무렵 분양 관련자에게 구두로 항의를 하고 시정을 할 수 없다면 해약을 해달라고 하였던 사실은 인정할 수 있으나, 그 이후에도 지속적으로 피고에게 위와 같은 의사표시를 하였다고 인정할 증거가 없을 뿐 아니라, 앞서 본 바와 같이 원고 A은 그 때로부터 어느 정도 기간이 경과한 시점에 다른 수분양자들과는 달리 사전에 피고에게 어떠한 통지도 하지 않은 채 이 사건 소장 부분도 송달되지 않은 상태에서 분양대금 잔금을 분양계약에 정해진 분양대금 납부용 은행계좌로 지급하였는데, 그 시점에 피고로서는, 원고 A이 이전에 기동에 대하여 항의를 하였던 사실을 알고 있었다 하더라도 그 이후 원고 A의 사정에 변화가 있다고 여길 수도 있는 점을 감안하면, 원고 A이 채무를 이행하면서도 이의보류의 의사를 가지고 있다고 추단할 수 있었다고 보기는 어려운 점, 원고 A은 분양대금 잔금을 납부한 날 위 점포들에 관하여 근저당권설정계약을 체결하였고 이후 소유권이전등기를 마쳤으며, 갑 제43호증의 기재에 의하면 원고 A은 2020. 5.경 각 점포에 관하여 임차보증금 10,000,000원, 월임료 800,000원, 임대기간 2020. 7. 31.부터 2022. 7. 30.까지로 하는 임대를 한 사실을 인정할 수 있는 점, 추인의 의사표시의 해석을 두고 발생할 수 있는 상대방의 지위의 불안정성을 방지하기 위한 법정추인 규정의 취지 등에 비추어 보면, 원고 A의 당초 항의의 의사표시가 피고에 대하여 분양대금 잔금을 지급할 때까지 계속되고 있었다고 해석하기 어렵다.

따라서 원고 A이 피고에게 분양계약상 채무를 이행하면서도 이의를 보류하였다고 인정하기는 어려우므로, 원고 A의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

다) 결국 원고 A이 이 사건 소장 부분 송달을 통해 한 기망을 원인으로 한 분양계약 취소의 의사표시는 효력이 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고 A의 주장은 받아들이기 어렵다. 원고 A은 위 각 점포 내부 기동에 관한 착오를 이유로 하여서도 분양계약의 취소를 주장하나, 위에서 본 바와 마찬가지로 이유로 이 부분 주장도 받아들이기 어렵다.

2) 분양계약을 해제할 수 있는지 여부

가) 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 경우에 매도인은 매수인에 대하여 그 하자로 인한 담보책임을 부담하고, 완공된 집합건물의 하자로 인하여 '계약의 목적을 달성할 수 없는 경우' 수분양자는 이를 이유로 민법 제580조 제1항, 제575조 제1항에 기하여 분양계약을 해제할 수 있다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2002다2485 판결 참조). 한편 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다20394, 20400 판결 참조).

나) 원고 A과 피고 사이의 분양계약 당시 점포 내 기둥이 없을 것이 표시되어 계약의 내용이 되었다고 인정할 증거가 없을 뿐 아니라, 앞서 본 이 사건 상가건물과 원고 A이 분양받은 G호와 H호 각 점포 및 그 내부 기둥의 현황, 원고 A의 임대 상황 등을 종합하여 볼 때, 각 점포 내 기둥이 점포의 미관을 해치고 공간 활용과 동선에 제약을 초래하기는 하나, 점포의 전용면적 중 기둥으로 인해 활용이 어려운 면적의 비율이 5 내지 6% 정도이고, 원고 A은 위 점포들을 임대하여 월임료 상당의 수익을 얻고 있으며, 아래 4. 나. 2) 나)의 (2)항에서 보는 바와 같이 기둥으로 인한 점포 시가의 하락분이 점포 분양대금의 10% 정도에 미치지 못하는 것으로 보이는 점을 감안하면, 위 각 점포들이 내부 기둥으로 인해 객관적으로 통상의 상가로 활용될 수 없을 정도가 되었다고 보기는 어렵다. 또한 피고의 이 사건 기둥에 관한 고지의무는 이 사건 분양계약 체결 과정에서 피고가 신의칙상 부담하는 의무이고, 체결된 분양계약을 이행하는 과정에서 피고가 부담하는 의무로는 볼 수 없다.

다) 따라서 위 각 점포 내부에 기둥이 존재하는 사정과 이에 대한 피고의 고지의무 불이행 등을 두고 분양계약을 해제할 수 있는 하자가 있거나 주된 채무를 불이행한 경우에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이와 다른 전제에 선 원고 A의 이 부분 주장도 받아들이기 어렵다.

3) 결국 원고 A의 주위적 청구는 받아들일 수 없다(이에 따라, 피고는 분양계약이 취소 또는 해제되었음을 전제로 하는 원고 A의 주위적 청구가 받아들여질 경우를 대비하여 피고의 원고 A에

대한 임료 수익 상당의 부당이득반환채권을 자동채권으로 한 상계항변을 하였으나 나아가 판단할 필요가 없다).

4. 예비적 청구에 대한 판단

가. 원고 B의 청구 부분

위에서 본 바와 같이 원고 B의 주위적 청구 중 법정이자 부분에 있어 2019. 2. 1.부터 2019. 5.

1.까지의 청구가 받아들여지지 않았으나, 원고 B의 예비적 청구는 I호 점포에 관한 분양계약이 취소나 해제되지 않고 유효하게 유지되는 경우를 전제로 한 청구인데, 위 분양계약은 취소되어 소급하여 무효로 되었으므로, 예비적 청구에 대하여는 나아가 판단하지 아니한다.

나. 원고 A의 청구 부분

1) 피고의 불법행위에 의한 손해배상책임의 발생

가) 앞서 본 바와 같이 피고는 원고 A에 대하여 G호와 H호 점포 내부의 기둥에 대한 고지의무를 위반한 기망행위를 하였으므로 피고는 위 기망의 불법행위에 의해 원고 A이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

나) 앞서 본 바와 같이 피고가 원고 A에게 천장의 높이와 마감공사 부실 가능성에 관하여 고지하지 않았으나 피고에게 위 내용에 대한 고지의무가 있다고 보기는 어렵다. 또한 갑 제27 내지 29호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 당초 G호와 H호 각 점포가 포함된 상가 부분에 스테인리스 구조물과 두께 10cm의 강화유리를 설치하기로 하였으나, 사업계획 변경승인을 받아 철제 구조물과 두께 10cm의 유리로 변경설치한 사실, 피고는 원고 A에게 위와 같은 변경 내역을 알리지 않은 사실을 인정할 수 있으나, 한편 분양계약서 제22조 제2호 단서에, 경미한 사항의 설계변경에 관하여는 원고 A의 동의가 있는 것으로 간주하고, 원고 A으로부터 별도의 동의서를 청구하지 않고 설계변경신고를 이행할 수 있으며, 원고 A은 이에 대하여 이의를 제기할 수 없다고 정하였는바, 위 구조물과 유리의 종류에 관한 설계변경은 위 계약조항에 정해진 경미한 사항의 설계변경에 해당할 여지가 있고, 달리 피고가 설계변경 전에 원고 A으로부터 별도의 동의를 얻어야

할 내용이라고 인정할 증거는 없다. 따라서 위와 같은 불고지 등의 사정은 피고의 불법행위가 된다고 볼 수 없다.

2) 손해배상책임의 범위

가) 원고 A은 위와 같은 피고의 불법행위로 인한 손해로서, G호 점포에 관하여 시가하락 등에 따른 재산상 손해 44,130,000원과 정신적 손해 115,992,000원을 합한 160,122,000원, H호 점포에 관하여 시가하락 등에 따른 재산상 손해 33,510,000원과 정신적 손해 128,613,000원을 합한 162,123,000원, 이상 합계 322,245,000원을 주장한다.

나) 불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 재산적 손해의 발생사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 손해분담의 공평의 이념을 고려한 적정한 금액을 손해의 액수로 정할 수 있다(민사소송법 제202조의2, 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결 등 참조).

앞서 본 증거들에 이를 근거로 인정된 사실과 사정 및 제1심법원의 감정인 Y에 대한 사실조회결과에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 내용을 종합하면, 원고 A이 피고의 고지의무 위반의 불법행위로 인해 입은 재산상 손해는 75,000,000원 정도로 봄이 상당하고, 정신적 손해는 별도로 인정하기 어렵다.

(1) 원고 A은 피고로부터 G호와 H호 각 점포 내부 기둥에 대하여 제대로 고지받지 못함으로 인해 기둥에 대하여 제대로 고지받은 경우에 비해 위 점포들의 사용가치와 교환가치를 높게 평가하여 분양받았다 할 것이므로, 원고 A은 분양계약에 따라 부담한 실제 분양대금과 피고가 기둥에 대한 고지의무를 이행하였다면 형성되었을 분양대금과의 차액 상당의 손해를 입었다고 볼 수 있다.

(2) 제1심법원의 감정인 Y에 대한 감정촉탁결과에 의하면, 거래사례비교법에 의해 산출한 점포 내부에 기둥이 없는 상태의 점포의 시가와 이를 토대로 기둥에 의한 물리적 공간제약 등에 따른 가치하락을 반영한 기둥이 있는 상태의 점포의 시가의 차액은, G호의 경우 33,100,000원, H호의

경우 33,510,000원 정도 된다. 위 점포들의 교환적 가치는 기동의 존부와 구체적 현황에 따라 위와 같이 산술적으로 산출된 시가의 차이뿐 아니라 산술적으로 계산하기 어려운 무형의 가치와 미래의 기대이익이라는 측면에 있어서도 차이가 발생한다고 볼 수 있다. 분양계약 당시 고려할 점포의 사용가치는 원고 A이 위 각 점포를 직접 운영하여 얻는 경제적 이익이나 제3자에게 임대하여 얻는 임료 상당 수익 등으로 계산될 수 있을 것인데, 그 또한 점포 내부의 기동의 존부와 구체적 현황에 따라 차이가 발생한다고 볼 수 있다. 그렇다면 피고가 원고 A에게 위 각 점포 내부의 기동에 대한 고지의무를 이행하였다면 형성되었을 분양대금은 단순히 산술적으로 분양계약상 분양대금에서 위 감정축탁결과에 나타난 시가하락분을 공제한 금액으로 계산된다고 보기는 어렵다.

(3) 위와 같이 점포 내부의 기동의 존재는 점포의 교환가치와 사용가치에 영향을 미치는 요소인데도, 원고 A은 매매예약과 분양계약을 체결하는 과정에서 소개자 W와의 상담과 제시된 도면 등을 통해 기동의 상세한 내역까지 알 수는 없더라도 점포 내부에 기동이 존재한다는 정도의 내용은 알 수 있었을 것인데도 확인하지 않았고, 장래의 수익성에 큰 영향을 미치는 요소로 여긴 점포의 위치, 전용면적, 분양가격 등의 분양조건에 중심을 두어 분양을 결정하였다.

(4) 일반적으로 타인의 불법행위 등에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면, 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 청구할 수 있다. 또한 위자료는 불법행위에 따른 피해자의 정신적 고통을 위자하는 금액에 한정되어야 하므로 발생한 재산상 손해의 확정 가능한 경우에 위자료의 명목 아래 재산상 손해의 전보를 꾀하는 일은 허용될 수 없다(대법원 2004. 3. 18. 선고 2001다82507 전원합의체 판결, 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011다108057 판결 참조). 앞서 본 제반 사정에 의하더라도, 원고 A이 위와 같은 점포 내부 기동에 대한 피고의 고지의무 위반으로 인하여 위 (2)항에서 살핀 재산상 손해를 배상받고도 회복되지 않을 정신적 손해를 입었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거는 없다.

3) 소결론

피고는 원고 A에게 불법행위에 의한 재산상 손해배상으로 75,000,000원 및 이에 대하여 피고의

불법행위일 이후로서 원고 A이 구하는 2019. 2. 1.부터 피고가 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 법원 판결 선고일인 2022. 1. 20.까지 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

원고 B의 주위적 청구는 위 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 주위적 청구는 이유 없어 기각하며, 원고 A의 주위적 청구는 이유 없어 기각하고,

예비적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하며, 나머지 예비적 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하나, 원고들이 이 법원에서 비로소 예비적 청구에 대한 소송물을 구분특정한 사정에 따라 제1심판결을 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이광만, 판사 박지연, 판사 김선아