

광주고등법원 2020. 10. 15 선고 2019나24765(본소), 2019나24772(반소) 판결

[약정금 · 부당이득금반환]

재판경과

광주고등법원 2020. 10. 15 선고 2019나24765(본소), 2019나24772(반소) 판결

광주지방법원 2019. 10. 17 선고 2019가합53551 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인 겸 항소인 겸 부대피항소인A

소송대리인 법무법인 로컴

담당변호사 최창배, 손대승

피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인 겸 부대항소인주식회사 B

소송대리인 변호사 김도근

피고, 피항소인 겸 항소인C

소송대리인 법무법인 공감파트너스

담당변호사 김승만

변론 종결2020. 9. 10.

판결 선고2020. 10. 15.

제1심판결광주지방법원 2019. 10. 17. 선고 2019가합53551(본소), 2019가합53568(반소) 판결

주 문

1. 원고(반소피고)의 항소와 피고(반소원고) 주식회사 B의 본소에 대한 항소 및 반소에 대한

부대항소, 피고 C의 항소를 모두 기각한다.

2. 원고(반소피고)의 항소비용은 원고(반소피고)가, 피고(반소원고) 주식회사 B의 항소비용 및 부대항소비용은 피고(반소원고) 주식회사 B이, 피고 C의 항소비용은 피고 C이 각 부담한다.

N

청 구 취 지 , 항 소 취 지 및 부 대 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

피고(반소원고) 주식회사 B(이하 '피고 B'이라 한다), 피고 C은 공동하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 100,000,000원과 이에 대하여 2016. 4. 4.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 반소

원고는 피고 B에 379,853,471원과 이에 대하여 이 사건 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 48,397,695원과 이에 대하여 2016. 4. 4.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 6%의, 그 다음 날부터 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고 B

제1심판결 중 본소에 관하여 피고 B의 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를

기각한다.

다. 피고 C

제1심판결 중 본소에 관하여 피고 C의 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

3. 부대항소취지(피고 B)

제1심판결 중 반소에 관하여 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 피고 B의 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고 B에 109,176,588원과 이에 대하여 2019. 1. 15.(이 사건 반소장 부분 송달 다음 날)부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 판결에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결의 각 "증인 N"를 모두 "제1심법원의 증인 N"로 고치고, 제1심판결 10쪽 5줄의 "갑 제1호증의"를 "갑 제1호증의 기재,"로 고치며, 제1심판결 12쪽 16줄부터 13쪽 15줄까지 및 18쪽 2줄부터 20줄까지를 삭제하고, 1) 제1심판결 18쪽 마지막 줄을 "3) 상계항변에 대한 판단 및 소결"로 고치며, 원고와 피고들이 이 법원에서 각자 강조하거나 새롭게 주장하는 부분에 관하여 아래 제2항 기재와 같이 추가로 판단하는 것 외에는 제1심판결 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

2. 추가 판단

가. 원고의 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 요지 가) 피고 B은 이 사건 약정(1) 중 3의 나항 전문에서 원고가 이 사건 가등기를 취득하기 위하여 이 사건 각 부동산의 소유자인 주식회사 D, E(이하 통칭하여 'D 등'이라 한다)에게 14억 5,000만 원(이 사건 근저당권의 실제 피담보채무 인수액 10억 원 포함) 전액을 지급하였음을

확인하였으므로, 원고가 D 등에게 이 사건 각 부동산과 관련하여 미지급한 금액은 없다. 따라서 피고 B이 원고의 본소청구에 대한 상계항변에 관하여 자동채권으로 주장하면서 동시에 반소청구의 청구원인으로 주장하고 있는 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권은 존재하지 아니한다(주위적 주장).

나) 설령 피고 B의 원고에 관한 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권이 존재한다고 하더라도, 원고는 확정된 관련 항소심 판결의 당사자가 아니므로 확정판결의 기판력 적용 대상이 아닌바, 관련 항소심 판결에서 인정된 사실 중 「원고가 D 등에 대한 대여금의 변제조로 산림청으로부터 수령한 전남 보성군 H, I, J 임야(이하 'P리 임야'라고 한다) 매매대금 64,525,500원은 원고가 D 등에 대하여 가지는 2011. 5. 23.자 대여금의 원금에 충당 되었다.」는 부분은 변제충당의 순서가 잘못되었고, P리 임야 매매대금 64,525,500원은 원고가 D 등에 대하여 가지는 각 대여금의 이자 및 지연손해금에 충당되어야 하며, 이와 같이 충당하고 남은 원고의 D 등에 대한 대여 원리금 합계 415,610,771원 및 원고가 2013. 2. 28. D 등에게 변제공탁의 방식으로 지급한 2,000만 원을 합한 금액은 435,610,771원이므로, 결국 원고가 D 등에게 미지급한 돈은 14,389,229원에 불과하다. 따라서 피고 B의 원고에 대한 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권은 14,389,229원을 초과하여서는 존재하지 아니한다(예비적 주장).

2) 판단 가) 원고의 주위적 주장에 대한 판단

갑 제1호증의 1의 기재에 의하면, 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에는 「원고는 피고 B에, 원고가 이 사건 가등기권을 취득하기 위하여 소유자인 D 등에게 합계 14억 5,000만 원(이 사건 근저당권부 채무 인수액 포함) 전액을 지급하였음을 확인한다. 원고가 D 등에게 이 사건 각 부동산과 관련하여 미지급한 금액이 있음이 밝혀질 경우, 원고는 피고 B에 해당금액을 반환한다.」고 규정된 사실이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, 원고는 이 사건 약정(1) 중 3의 나항 전문과 후문을 함께 작성하였고, 후문에서 이 사건 각 부동산과 관련하여 D 등에게 지급하지 아니한 금액이 판명될 경우를 상정하면서 피고 B에 그 금액의 반환을 예정하고 있음을 알 수 있다. 그런데 이 법원이 인용한 제1심판결에서 실시한 것처럼 원고가 D 등에게 이 사건 각 부동산과 관련하여 미지급한 금액이 있음을 인정할 수 있으므로, 원고의 주위적 주장은 받아들일 수 없다.

나) 원고의 예비적 주장에 대한 판단

민사재판에서는 다른 민사 사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사 사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없다(대법원 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결 등 참조).

을나 제2호증의 1, 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 확정된 관련 항소심 판결에서 ① D 등은 원고에게 각 대여금 원금에 대한 2012. 4. 26.까지의 이자를 지급한 사실, ② 원고는 D 등에 대한 대여금의 담보로서 P리 임야에 관한 근저당권을 가지고 있었는데, P리 임야에 관하여 2012. 4. 19. 산림청과 매매계약이 체결되었고, 원고는 그 무렵 위 대여금의 변제조로 산림청으로부터 P리 임야의 매매대금 합계 64,525,500원을 직접 수령한 사실, ③ P리 임야의 매매대금 합계 64,525,500원은 원고의 D 등에 대한 2011. 5. 23.자 대여금 1억 4,000만 원의 원금 변제에 충당된 사실이 인정되었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 원고가 D 등에게 가지는 대여금의 변제조로 산림청으로부터 직접 수령한 P리 임야의 매매대금 합계 64,525,500원이 원고의 D 등에 대한 2011. 5. 23.자 대여금의 원금 변제에 충당된 사실은 확정된 민사사건에서 인정된 사실로서 특별한 사정이 없는 한 이 사건에서도 유력한 증거가 되고, 원고가 이 법원에 제출한 증거들을 살펴보더라도 확정된 관련 항소심 판결에서 인정한 위와 같은 사실을 배척할만한 특별한 사정이나 이와 다른 사실을 인정할 수 있는 증거가 발견되지는 아니한다. 따라서 원고의 예비적 주장도 받아들일 수 없다(판결의 기판력과 증명력은 서로 다른 성질의 것이므로, 원고가 확정된 관련 항소심 판결의 당사자가 아니라는 위 판결의 기판력을 적용받지 아니한다고 하더라도, 위 판결에서 인정된 사실은 이 사건에서 유력한 증거자료가 될 수 있음은 물론이다).

나. 피고 B의 주장에 대한 판단

1) 피고 B의 주장 요지 가) 원고의 피고 B에 대한 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 1억 원의 채권은 '피고 B이 14억 5,000만 원 외에는 추가 부담 없이 빠른 시일 내에 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마치게 된 경우에 한하여' 발생하는 것이다. 그런데 피고 B은 이 사건 각 부동산의 소유권을 이전받기 위하여 D 등에게 추가적인 돈을 지급하였고, 이 사건 약정(1)의

체결일로부터 약 3년이 경과된 후에야 이 사건 각 부동산의 소유권을 이전받았으므로, 위 약정의 조건은 성취되지 아니하였다. 따라서 피고 B은 원고에게 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 채권 1억 원을 지급할 의무가 없다.

나) 피고 B은 원고에게 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 68,397,695원²⁾의 채권이 있다. 또한 원고는 이 사건 가등기권부 채권을 피고 B에 양도하였음에도, 그 후 D 등으로부터 담보로 제공받았던 인천 임야에 관한 부동산임의경매(인천지방법원 L) 절차에서 배당금 40,778,893원을 수령하였는바, 이는 원고가 피고 B에 대한 관계에서 동액 상당의 법률상 원인 없는 부당이득을 취득한 것이므로, 피고 B은 원고에게 인천지방법원 L 배당금 수령액에 관한 부당이득금 40,778,893원의 채권이 있다. 따라서 피고 B은 원고에게 합계 109,176,588원(= 68,397,695원 + 40,778,893원) 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있는바, 이를 자동채권으로 하여 원고의 본소 청구 채권과 상계하면, 피고 B은 원고에게 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 채권 1억 원을 지급할 의무가 없다(상계 관련 주위적 주장).

다) 피고 B은 원고에게 피고 C이 아래 제2의 다항 1) 나)에서 주장하는 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 104,525,500원 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있는바, 이를 자동채권으로 하여 원고의 본소 청구 채권과 상계하면, 피고 B은 원고에게 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 채권 1억 원을 지급할 의무가 없다(상계 관련 예비적 주장).

2) 판단 가) 원고의 본소 청구 채권의 조건 불성취 주장에 대한 판단

어떠한 법률행위가 조건의 성취 시 법률행위의 효력이 발생하는 소위 정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실은 법률행위로 인한 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다투려는 자에게 주장·증명책임이 있다(대법원 1993. 9. 28. 선고 93다20832 판결 등 참조).

갑 제1호증의 2, 11호증의 각 기재, 제1심법원의 증인 N의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 피고 B이 제출한 증거들만으로는 원고의 피고 B에 대한 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 1억 원의 채권이 '피고 B이 14억 5,000만 원 외에는 추가 부담 없이 빠른 시일 내에 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마치게 된 경우에 한하여' 발생하는 것이라고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건

약정(2) 중 1항 본문에 위와 같은 조건이 부가되어 있음을 전제로 한 피고 B의 주장은 받아들일 수 없다.

① 피고 B이 주장하는 위와 같은 조건은 피고 B의 원고에 대한 1억 원의 약정금 채무가 발생함을 저지할 수 있는 결정적 조건으로서 이 사건 약정(2)에 매우 중요한 사항임에도, 이 사건 약정(2)에는 위와 같은 조건이 명시적으로 표시되지 아니하였고, 이를 표시하지 않을 만한 특별한 사정도 발견되지 아니한다.

② 피고 B은 이 사건 약정(1), (2)의 체결 전 G를 통하여 원고를 소개받았는데, G는 이 사건 약정(1), (2)이 체결된 당일에 피고 B과 아래와 같은 내용의 약정서(3)를 작성하였다[이하 아래 약정서(3)를 '이 사건 약정서(3)'이라 하고, 그에 따른 약정을 '이 사건 약정(3)'이라 한다].

약정서(3)

1. 가. 피고 B은, G와 피고 B 사이의 2013. 2. 5.자 약정서에 기하여 D 등 소유의 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차가 피고 B 명의로 마쳐짐과 동시에 G에게 4억 원을 지급한다. 다만, 피고 B이 D 등과의 합의에 의해 피고 B 명의로의 소유권이전등기를 스스로 포기할 경우, 피고 B은 위 본문에 불구하고 G에게 4억 원을 지급한다.

나. 피고 B이 D 등으로부터 위 대상목적물에 관한 소유권을 취득하기 위하여 판결 또는 재판상 화해 등에 의하여 14억 5,000만 원을 초과하여 청산금 등을 지급해야 할 경우, G는 해당금액을 피고 B에 반환한다. 다만, 피고 B은 청산금 등에 대하여 소송상 화해를 하기에 앞서 G의 동의를 얻어야 한다.

③ 이 사건 약정(3) 중 1의 나항에 의하면, 소유권이전을 위한 매매예약가등기에서는 일반적으로 쓰이지 않는 표현인 '청산금'이라는 문구가 기재되어 있는바, 피고 B은 이 사건 가등기가 담보가등기일 경우도 상정한 것으로 보이고, D 등으로부터 이 사건 각 부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 추가적인 청산금 등의 지급이 진행될 수 있다는 점에 대하여 인식하고 있었을 가능성을 배제할 수 없다.

④ 이 사건 약정(3) 중 1의 가항과 나항을 종합하면, G는 피고 B이 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마치면 피고 B으로부터 4억 원을 지급받되, 피고 B이 D 등에게 청산금 등을 지급하게 될 경우에는 위 4억 원에서 청산금 등을 공제한 나머지 돈을 지급받게 된다. 그런데 이 사건

약정(2)에는 이 사건 약정(3) 중 1의 나항과 같이 피고 B이 원고에게 위 청산금 등의 반환을 구할 수 있는 조항이 없다. 그렇다면 피고 B은 원고에게 이 사건 가등기의 법적 성격이 매매예약가등기인지 담보가등기인지 여부와 관련 없이 이 사건 가등기에 기한 소유권이전등기가 마쳐지기만 하면 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 1억 원을 지급하겠다고 약정한 것으로 봄이 타당하다.

나) 피고 B의 상계 관련 주위적 주장에 대한 판단

(1) 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권 부분

피고 B은 원고에게 가지는 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권액이

68,397,695원이라고 주장한다. 그 주장을 자세히 살펴보면, '원고가 2013. 2. 28. D 등에게 변제공탁의 방식으로 지급한 2,000만 원'은 원고가 D 등에게 지급한 돈에 포함될 수 없으므로, 제1심판결이 인정한 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권의 액수는 위 2,000만 원의 범위에서 증액되어야 한다는 취지로 보인다.

그러나 갑 제1호증의 1, 을나 제4호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고 B은 이 사건 약정(1)에 따라 이 사건 가등기권 등 일체의 권리를 14억 3,000만 원이 아니라 14억 5,000만 원에 양수하기로 약정한 점, ② 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에는 원고가 D 등에게 이 사건 각 부동산과 관련하여 미지급한 금액을 확인하여 원고가 피고 B에 반환하여야 할 금액을 확정하는 기준시점에 대한 명시적인 표시가 없는 점, ③ 피고 B이 이 사건 약정(1) 중 3의 나항을 규정한 취지는 이 사건 가등기권 등 일체의 권리가 14억 5,000만 원에 미치지 못할 경우 원고에게 지급한 돈 중 일부를 반환받기 위한 것이므로, 원고가 이 사건 약정(1)이 체결된 후 D 등에게 변제공탁의 방식으로 2,000만 원을 지급한 것은 오히려 이 사건 가등기권 등 일체의 권리가 14억 5,000만 원에 가깝도록 의도한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, '원고가 2013. 2. 28. D 등에게 변제공탁의 방식으로 지급한 2,000만 원'은 원고가 D 등에게 지급한 돈에 포함될 수 있다고 봄이 타당하다. 따라서 피고 B의 이 부분 주장은 이유 없다.3) (2) 인천지방법원 L 배당금 수령액에 관한 부당이득금 채권 부분

이 법원이 인용한 제1심판결에서 실시한 것처럼, 피고 B이 제출한 증거들만으로는, 원고가 인천 임야에 대한 위 임의경매절차에서 배당금 40,778,893원을 이 사건 가등기권부 채권의 변제로서

수령하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

설령 그렇지 않다고 하더라도, 원고는 2013. 2. 5. 이 사건 약정(1)을 체결함으로써 피고 B에 이 사건 가등기권부 채권을 양도하였으므로, 원고는 위 배당금을 수령할 당시에는 이 사건 가등기권부 채권을 변제받을 권한이 없다. 따라서 원고가 법률상 원인 없이 위 배당금 상당의 이익을 얻었다고 하더라도 이로 인한 손해는 피고 B가 아니라 인천 임야의 소유자였던 D 등 측이 입은 것이므로, 피고 B가 원고에게 위 배당금 상당액의 부당이득반환을 구할 수는 없다.

피고 B의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) 소결론

피고 B의 상계 관련 주위적 주장은 받아들일 수 없다.

다) 피고 B의 상계 관련 예비적 주장에 대한 판단

아래 제2의 다항 2) 나)에서 판단하는 것과 같이 원고가 D 등에 대하여 가지는 2012. 4. 27. 이후의 이자채권도 원고가 D 등에게 지급한 돈에 포함되는 것이므로, 원고가 피고 B에 대하여 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 104,525,500원 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있음을 전제로 하는 피고 B의 상계 관련 예비적 주장도 받아들일 수 없다.

다. 피고 C의 주장에 대한 판단

1) 피고 C의 주장 요지 가) 이 사건 약정(2)의 당사자는 원고와 피고 B일 뿐, 피고 C은 이 사건 약정(2)의 당사자가 아니다. 또한 피고 B은 변호사인 피고 C에게 D 등을 상대로 한 이 사건 가등기에 기한 소유권이전등기 소송을 위임하였는데, 변호사가 행하는 일련의 업무는 의뢰인과의 위임관계에 기초한 행위들로서 위임인을 위한 것이지 제3의 수익자를 위한다는 의사로 하는 것이 아니므로, 피고 C과 피고 B 사이에 제3자인 원고를 위한 조건부 임치계약이 체결되었다고 볼 수 없다.

나) 원고가 2013. 2. 5. 피고 B과 이 사건 약정(1)을 체결하면서 피고 B에 양도한 채권은, 이 사건 약정(1) 중 1의 가항에 명시한 것처럼 '원고가 이 사건 각 부동산에 관하여 2012. 4. 27. D 등과의 부동산매매예약계약에 기하여 취득한 권리'이고, 원고와 피고 B가 이 사건 약정(1) 중 3의 나항 전문에서 확인한 14억 3,000만 원(원고가 2013. 2. 28. D 등에게 변제공탁의 방식으로 지급할 2,000만 원은 포함하지 아니함)은 2012. 4. 27.을 기준으로 정해진 금액이므로, 원고가 D 등에

대하여 가지는 2012. 4. 27. 이후의 이자채권은 원고가 D 등에게 지급한 돈에 포함되어서는 아니 된다. 따라서 피고 B은 원고에게 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 104,525,500원4) 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있는바, 이를 자동채권으로 하여 원고의 본소 청구 채권과 상계하면, 피고 B은 원고에게 이 사건 약정(2) 중 1항 본문에 따른 약정금 채권 1억 원을 지급할 의무가 없으므로, 피고 C 또한 원고에게 위 1억 원을 지급할 의무가 없다.

2) 판단 가) 제3자인 원고를 위한 조건부 임차계약 체결 여부

갑 제1호증의 2, 11호증의 각 기재, 제1심법원의 증인 N의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고 C와 피고 B 사이에 '이 사건 각 부동산의 소유권이전등기가 피고 B 명의로 마쳐질 경우, 피고 C이 원고에게 피고 B으로부터 예치 받은 1억 원을 지급하기로 하는 계약'이 묵시적으로 체결되었고, 원고는 피고 C에게 위 원고를 위한 묵시적 계약에 대하여 수익의 의사표시를 하였다고 봄이 타당하다. 따라서 피고 C와 피고 B 사이에 제3자인 원고를 위한 조건부 임차계약이 체결되었다고 볼 수 없다는 피고 C의 주장은 받아들일 수 없다.

① 원고와 피고 B은 2013. 2. 5. 이 사건 약정(2)을 체결하였다. 당시 작성된 이 사건 약정(2) 중 1항 본문은 'D 등 소유의 이 사건 각 부동산의 소유권이전등기절차가 피고 B 명의로 마쳐짐과 동시에 피고 B이 원고에게 1억 원을 지급한다.', 2항은 '피고 B은 제1항의 이행을 담보하기 위하여 2013. 2. 6. 피고 C에게 1억 원을 예치한다.', 3항은 '피고 C은 제1항의 요건이 충족됨과 동시에 원고에게 위 예치금 1억 원을 즉시 지급한다.', 4항은 '피고 B이 이 사건 각 부동산에 관하여 본등기절차를 경료할 수 없게 될 경우 피고 C은 위 예치금 1억 원을 피고 B에 반환한다.', 5항은 '위 예치금에 대한 이자는 피고 C에게 귀속한다.'고 정하고 있다.

② 변호사인 피고 C은 원고와 피고 B의 대리인인 N가 있는 자리에서 그 의뢰에 따라 이 사건 약정서(2)를 작성하여 주었다. 피고 C의 직업이 변호사라는 점을 고려하면, 피고 C은 이 사건 약정서(2) 작성 당시 위 약정서의 계약사항을 법률적 표현으로 다듬는 등의 업무를 수행하였을 것이므로, 피고 C은 예치금과 관련된 이 사건 약정(2)의 내용을 잘 알고 있었을 가능성을 배제할 수 없다.

③ 또한 이 사건 약정(1), (2)이 체결된 당일 G와 피고 B 사이에 작성된 이 사건 약정서(3) 중 2항

내지 5항에는 아래와 같이 위 ①과 유사한 내용의 기재가 있다. 그리고 피고 C은 2013. 4. 22.경 이 사건 약정서(3)의 말미에 '위 4억 원을 입금받아 보관하고 있음을 확인합니다.'라는 문구를 작성한 후 기명날인하였다.

약정서(3)

2. 피고 B은 제1항의 이행을 담보하기 위하여 2013. 2. 6. 피고 C에게 4억원을 예치한다.

3. 피고 C은 제1항의 요건이 충족됨과 동시에 원고에게 위 예치금 4억원을 즉시 지급한다.

4. 피고 B이 이 사건 각 부동산에 관하여 본등기절차를 경로할 수 없게 될 경우 피고 C은 위 예치금 4억원을 피고 B에 반환한다.

5. 위 예치금에 대한 이자는 피고 C에게 귀속한다.

이에 의하면, 피고 C은 피고 B으로부터 예치금 명목의 돈을 지급받은 경우 위 예치금의 지급 또는 반환이 이 사건 각 부동산에 관하여 피고 B 명의로 본등기절차를 마칠 수 있는지 여부에 결부되어 있다는 점을 인식하고 있었을 것으로 보인다.

④ 이 사건 약정(2) 중 3항은 '피고 C은 제1항의 요건이 충족됨과 동시에 원고에게 위 예치금 1억 원을 즉시 지급한다.'라고 규정되어 있어 피고 C의 원고에 대한 조건부 예치금 지급의무가 명시적으로 표시되어 있는 점, 피고 C이 이 사건 약정서(2)를 원고와 피고 B의 대리인인 N가 있는 자리에서 직접 작성한 점 등을 고려하면, 피고 C이 이 사건 약정서(2)에 당사자로 기재되어 있지는 아니할지라도, 피고 C은 이 사건 약정(2) 중 2항에 따라 피고 B으로부터 예치금을 지급받아 보관하다가, 이 사건 약정(2) 중 1항의 요건이 충족되면 3항에 따라 제3자인 원고에게 예치금의 지급의무를 이행할 것을 피고 B과 묵시적으로나마 약정한 것으로 볼 수 있고, 원고는 피고 C이 동석한 자리에서 피고 B과 이 사건 약정서(2)를 작성함으로써 피고 C에게 위 묵시적 약정에 대한 수익의 의사표시를 하였다고 봄이 타당하다.

⑤ 피고 C은 이 사건 약정서(2)가 작성된 이후 피고 B으로부터 이 사건 약정(2) 중 2항에 따라 예치금 1억 원을 수령하였다. 그렇다면 피고 C은 이후 피고 B이 위 예치금 1억 원의 반환을 요청할 경우에는 위 예치금이 원고에게 지급될 것으로 예정되어 있으므로, 이 사건 약정서(2) 중 1항 및 3항에 따라 이 사건 각 부동산의 소유권이전등기절차가 피고 B 명의로 마쳐진 것은 아닌지 여부를 확인하여야 한다.

그리고 위 조건이 성취되지 아니한 경우에는, 이 사건 약정서(2) 중 4항의 조건이 성취되지 아니하는 한, 피고 C은 위 예치금 1억 원을 수익의 의사표시를 한 원고를 위하여 계속 보관하여야 할 지위에 있다.

⑥ 이에 더하여 피고 C은 이 사건 약정서(2)가 작성된 직후 피고 B으로부터 D 등을 상대로 한 이 사건 가등기에 기한 소유권이전등기 소송을 위임받아 수행하였으므로, 이 사건 각 부동산에 관하여 피고 B 명의로 본등기절차를 마칠 수 있는지 여부에 관한 제반사정에 대하여 잘 알고 있었을 것으로 보인다. 따라서 피고 C은 피고 B이 위 예치금의 반환을 요청하였을 당시에 이 사건 약정서(2) 중 4항에 따라 이 사건 각 부동산에 관하여 피고 B 명의로 본등기절차를 종국적으로 마칠 수 없게 될 경우인지, 피고 B이 위 본등기절차를 포기한 것인지 여부를 확인할 수도 있었다.

⑦ 그런데 피고 C은 이 사건 약정서(2)가 작성된 이후 피고 B의 요청에 따라 피고 B에 위 예치금 1억 원을 반환하였고, 피고 C이 원고 또는 피고 B으로부터 위 ⑤, ⑥에서 본 것과 같은 각 조건들에 대하여 확인하였다는 점을 인정할 수 있는 아무런 증거가 없다. 이로써 피고 C은 이 사건 약정서(2) 중 1항 및 3항에 따른 조건 성취 여부와 무관하게 원고의 동의 없이 피고 B에 예치금 1억 원을 반환하였는바, 이는 원고의 조건부 권리를 임의로 소멸시킨 행위로서 원고에게 효력이 없다고 보아야 한다.

나) 피고 C의 상계 관련 주장에 대한 판단

갑 제1호증의 1의 기재에 의하면, 이 사건 약정(1) 중 1의 가항에는 「원고는 이 사건 각 부동산에 관하여 2012. 4. 27. D 등과의 부동산매매계약에 기하여 취득한 이 사건 가등기권 등 일체의 권리를 피고 B에 양도한다.」는 내용이 기재된 사실이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, 원고가 2013. 2. 5. 피고 B과 이 사건 약정(1)을 체결하면서 피고 B에 양도한 채권은 이 사건 가등기부 채권을 포함한 일체의 권리이므로, 원고가 D 등에 대하여 가지는 2012. 4. 27.부터 이 사건 약정(1)의 체결일인 2013. 2. 5.까지의 이자채권도 피고 B에 함께 양도된 것으로 볼 수 있다. 그러므로 위 이자채권은 이 사건 가등기의 피담보채권에 포함되어야 하며, 피고 B이 원고에게 지급한 4억 5,000만원에서 이 사건 가등기의 실제 피담보채권액을 공제한 돈을 반환받기 위한 목적 하에 이루어지는 '원고가 D 등에게 지급한 돈의 산정'에서도 위 이자채권의 액수는 포함되어야 한다.

따라서 피고 C의 상계 관련 주장은 받아들일 수 없다.

3. 결론

제1심판결은 정당하므로, 원고의 항소와 피고 B의 본소에 대한 항소 및 반소에 대한 부대항소, 피고 C의 항소는 모두 이유 없어 기각한다.

재판장판사김무신

판사김동완

판사위광하

1) 피고 B은 이 법원의 제2차 변론기일에 상계항변에 관하여 자동채권으로 주장하던 '채무불이행 내지 불법행위로 인한 손해배상채권'에 대한 주장을 철회하였다.

2) 68,397,695원 = 1,450,000,000원 - (이 사건 근저당권부 채무 인수액 1,000,000,000원 + 원고의 D 등에 대한 잔여 대여금 원금 325,474,500원 + 2012. 4. 27.부터 2013. 2. 5.까지 잔여 대여금 이자 56,127,805원), 피고 B의 이 부분 주장은 후술하는 것과 같이 '원고가 2013. 2. 28. D 등에게 변제공탁의 방식으로 지급한 2,000만 원'을 원고가 D 등에게 지급한 돈으로 인정할 수 없다는 취지로 보인다.

3) 제1심판결은 원고가 2013. 2. 28. D 등에 변제공탁의 방식으로 지급한 2,000만 원을 고려하여 자동채권인 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 따른 약정금 채권의 액수를 정하였음에도, 위 채권의 변제기를 이 사건 약정서(1)의 작성일인 2013. 2. 5.로 정하였다. 이는 다소 의문이나 수동채권인 원고의 본소청구 채권의 변제기가 2016. 4. 4.이므로, 양 채권의 상계적상일을 2016. 4. 4.로 정하는 데에는 그 결론에 영향이 없다.

4) 104,525,500원 = 1,430,000,000원 - (이 사건 근저당권부 채무 인수액 1,000,000,000원 + 원고의 D 등에 대한 잔여 대여금 원금 325,474,500원). 피고 C의 위와 같은 계산 및 그 결과에 비추어 보면, 피고 C의 주장은, 피고 B의 앞서 본 주장과 달리, '원고가 2013. 2. 28. D 등에게 변제공탁의 방식으로 지급한 2,000만 원'이 이 사건 약정(1)이 체결된 이후에 D 등에게 지급된 돈이라고 하더라도 이를 이 사건 약정(1) 중 3의 나항에 명시된 14억 5,000만 원에서 공제되어야 할 '원고가 D 등에게 지급한 돈'으로 인정할 수 있다는 취지로 보인다(피고 C의 2020. 6. 16.자 참고서면 8쪽 등 참조).