

다. 매 매

1) 소유권이전등기청구의 소송물과 기판력

등기원인을 달리하는 소유권이전등기청구(등기원인의 경정 예컨대, 등기원인을 '증여'에서 '매매'로 경정하는 절차의 이행을 구하는 소도 허용된다³²⁴¹⁾)는 단순히 공격·방어방법의 차이에

3241) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결: “권리의 등기에 있어서 등기원인의 경정은 허용되고, 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 한다 ... 부동산표시의 변경이나 경정의 등기는 ... 소유권의 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있고, 등기명의인표시의 변경이나 경정 등기는 ... 해당 권리의 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있으나, ... 등기원인을 경정하는 등기는 위 각 표시의 변경이나 경정에 해당하지 않으므로 단독 신청에 의한 등기의 경우에는 단독 신청으로, 공동 신청에 의한 등기

불과한 것이 아니라 ‘등기원인별’로 ‘별개의 소송물’로 인정된다.³²⁴²⁾

매매계약에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 가등기가 경료된 경우, 매매계약과는 ‘별도의 약정’에 의한 ‘가등기에 기초한 본등기청구권’과 단순한 ‘매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권’은 설사 그 등기원인이 동일하다 하더라도 별개의 청구권으로 보아야 한다.³²⁴³⁾

전소 소송물이 채권적 청구권인 소유권이전등기청구권인 경우에 전소 변론종결 후에 그 목적물에 관한 소유권이전등기를 넘겨받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 ‘변론종결 후의 승계인’에 해당하지 아니한다.³²⁴⁴⁾ 같은 맥락에서, 소유권이전등기 청구소송의 계속 중 부동산을 양수한 자에 대한 소송인수는 허용되지 않는다.³²⁴⁵⁾

의 경우에는 공동으로 신청하여야 한다.” ㉠ 원고가 피고를 상대로 소유권이전등기의 등기원인을 ‘중여’에서 ‘매매’로 경정하는 절차의 이행을 청구한 사안에서, ‘공동 신청에 의한 소유권이전등기의 경우 쌍방이 공동으로 등기원인을 경정하는 등기를 신청할 수 있고, 상대방이 이를 거부하는 경우에는 그를 상대로 경정등기절차이행을 명하는 판결을 받아 단독으로 신청할 수 있으므로 소의 이익을 부정할 수 없다’고 한 다음, ‘경정등기의 요건을 갖추었다고 할 수 없으므로, 원심이 경정등기청구를 기각하여야 할 것임에도 소를 각하한 것은 잘못이라 할 것이나 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 선고할 수는 없으므로 원고의 상고를 기각한다.’고 한 예.

3242) ○ 대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결; 원고가 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한 데 대하여 원심이 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기를 명하였다면 판결주문상으로는 원고가 전부 승소한 것으로 보이기는 하나, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구와 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구와는 청구원인사실이 달라 동일한 청구라 할 수 없음에 비추어, 원심은 원고가 주장하지도 아니한 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여 심판하였을 뿐, 정작 원고가 주장한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여는 심판을 한 것으로 볼 수 없어 결국 원고의 청구는 실질적으로 인용한 것이 아니어서 판결의 결과가 불이익하게 되었으므로 원심판결에 처분권주의를 위반한 위법이 있고 따라서 그에 대한 원고의 상소의 이익이 인정된다고 한 사례.

○ 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다49922 판결; 부동산 처분 위임사무 처리를 위하여 소유권이전등기를 넘겨주기로 한 약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 별개의 소송물이므로, 매매로 인한 소유권이전등기청구를 인낙하는 조서가 존재심에서 취소되고 청구기각 판결이 선고·확정되었다 해도 그 기판력은 위 약정으로 인한 소유권이전등기청구권의 존부에 미친다고 볼 수 없다고 한 예.

3243) ○ 대법원 2007. 2. 22. 선고 2004다59546 판결; “매매계약에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 가등기가 경료된 경우 그 가등기권자가 가등기설정자에게 가지는 가등기에 기한 본등기청구권은 채권으로서 ... 가등기권자가 가등기에 기한 본등기절차에 의하지 아니하고 가등기설정자로부터 별도의 소유권이전등기를 경료받았다고 하여 혼동의 법리에 의하여 가등기권자의 가등기에 기한 본등기청구권이 소멸하지는 않는다 할 것이다. 한편 그와 같이 가등기권자가 별도의 소유권이전등기를 경료받았다 하더라도, 가등기 경료 이후에 가등기된 목적물에 관하여 제3자 앞으로 처분제한의 등기가 되어 있거나 중간처분의 등기가 되어 있지 않고 가등기와 소유권이전등기의 등기원인도 실질상 동일하다면, 가등기의 원인이 된 가등기의무자의 소유권이전등기의무는 그 내용에 좇은 의무이행이 완료되었다 할 것이어서 가등기에 의하여 보전될 소유권이전등기청구권은 소멸되었다고 보아야 하므로, 가등기권자는 가등기의무자에 대하여 더 이상 그 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 없는 것이다.”

○ 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다29888 판결; “가등기에 기한 본등기를 경료함으로써 장차 가등기 경료 이후에 이 사건 토지에 관하여 발생할지도 모르는 등기상의 부담에 대비하여 원고가 완전한 소유권을 취득하기 위하여, 원·피고 사이의 별도의 약정에 의하여 이 사건 가등기가 경료된 것이므로, 실제로 이 사건 가등기 경료 이후에 4건의 가압류 등기가 경료되었다면, 위 가등기에 기한 본등기 절차에 의하지 아니하고 별도로 원고 명의의 소유권이전등기가 경료되었다고 하여, 원·피고 사이의 약정상의 피고의 채무의 본지에 따른 이행이 완료되었다고 할 수는 없으니, 특별한 사정이 없는 한, 원고로서는 피고에 대하여 위 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수도 있다.”

3244) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결.

1필지 토지의 특정 부분에 대한 소유권이전등기 청구와 1필지 전체 토지의 지분소유권이전등기 청구는 그 특정 부분에 관하여서까지 소송물이 동일하다고 볼 수는 없고, 1필지 토지에 대한 소유권이전등기 청구의 전소에서 일부 매수사실은 인정되나 특정할 수 없다는 이유로 전부패소된 후 매수부분을 특정하여 소유권이전등기를 구하는 것은 전소의 기판력에 저촉되지 않으나, 일부청구임을 명시하지 아니한 공유지분 이전등기청구의 기판력은 잔존 지분 청구에 미친다.³²⁴⁵⁾

2) 매매계약에 기초한 이행청구의 청구원인 사실

가) 매매계약 체결 사실

매매는 당사자 일방이 '재산권'을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 '대금'을 지급할 것을 약정(즉, 매매 '목적물'과 '대금'은 매매계약의 본질적 요소이다)함으로써 효력이 생기는 것(민법 제563조)이므로, 매매계약은 매도인이 '재산권'을 이전하는 것과 매수인이 대가로서 '대금'을 지급하는 것에 관하여 쌍방 당사자의 '합의(청약과 승낙의 각 의사표시의 합치³²⁴⁷⁾); 이러한 계약 성립의 요건사실을 통상은 간략하게 '계약의 체결'이라고 표현한다)'가

3245) ○ 대법원 2019. 2. 28. 선고 2016다255613 판결; "민사소송법 제82조 제1항은 '승계인의 소송인수'에 관하여 '소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 때에는 법원은 당사자의 신청에 따라 그 제3자로 하여금 소송을 인수하게 할 수 있다.'라고 정하고 있다. 토지 또는 건축물에 관한 특정승계를 한 것이 토지 또는 건축물에 관한 소유권이전등기의무를 승계하는 것은 아니다. 따라서 사업시행자가 조합 설립에 동의하지 않은 토지 또는 건축물 소유자를 상대로 매도청구의 소를 제기하여 매도청구권을 행사한 이후에 제3자가 매도청구 대상인 토지 또는 건축물을 특정승계하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 사업시행자는 민사소송법 제82조 제1항에 따라 제3자로 하여금 매도청구소송을 인수하도록 신청할 수 없다."

○ 대법원 1983. 3. 22.자 80타283 결정; "피고 회사에 대한 채권적 청구권에 기한 이권 부동산 소유권이전등기청구의 소송 계속 중 그 소송목적인 된 피고 회사의 위 부동산에 대한 이전등기이행채무 자체를 승계함이 없이 단순히 위 부동산에 대한 소유권이전등기(또는 근저당설정등기)가 피고 회사로부터 상대방을 앞으로 경료되었다 하여 이를 가지고 ... 소송의 목적이 된 채무를 승계한 때에 해당한다고 할 수 없고 이와 같은 상대방들에 대하여 위 경료된 상대방들 명의의 각 등기의 말소를 구하기 위한 소송의 인수는 허용되지 않는다고 판단하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고"

3246) ◎ 1필지 중 일부 매수에 따른 이전등기청구와 기판력

○ 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다17956 전원합의체 판결의 다수의견; 甲이 乙로부터 1필의 토지 일부를 특정하여 매수하였다고 주장하면서 乙을 상대로 그 부분에 대한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나, 목적물이 甲의 주장과 같은 부분으로 특정되었다고 볼 증거가 없다는 이유로 패소 확정되자, 다시 乙을 상대로 그 전체 토지 중 일정 지분을 매수하였다고 주장하면서 그 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 전소와 후소는 그 각 청구취지를 달리하여 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로, 전소의 기판력은 후소에 미칠 수 없다고 판시.

○ 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다28283 판결; 전소에서는 그 특정부분을 매수하였는지 여부, 즉 권리관계의 존부에 대하여 실질적으로 판단이 되었다고 할 수 없으므로 매수부분에 관한 한 전소 기판력에 저촉되지 아니한다고 판시.

○ 대법원 1993. 6. 25. 선고 92다33008 판결; 전소의 사실심 변론종결 당시까지 소유권이전을 소구할 수 있는 공유지분의 범위를 정확히 알 수 없어 결과적으로 전소에서 일부 공유지분에 관한 청구를 하지 못하게 되었다 할지라도 이를 일부청구임을 명시한 경우와 마찬가지로 취급하여 전소의 확정판결의 기판력이 그 잔부 청구에 미치지 않는다고 볼 수는 없다고 한 예.

3247) ◎ 계약의 성립(청약과 승낙)

이루어짐으로써 성립한다.³²⁴⁸⁾ 매매계약 ‘체결 당시’에 반드시 ‘매매목적물’과 ‘대금’을 구체적으로 특정할 필요는 없지만, 적어도 매매계약의 당사자인 ‘매도인과 매수인’이 누구인지는 구체적으로 특정되어 있어야만 매매계약이 성립할 수 있다.³²⁴⁹⁾

매매 계약의 체결로 매도인의 매매대금 지급청구권과 매수인의 재산권이전청구권이 발생하고, 바로 이행을 청구할 수 있다.

따라서 매매대금 청구의 청구원인 사실은 ① ‘매매 계약(계약일, 목적물, 대금) 체결 사실’³²⁵⁰⁾뿐이다. 타인의 권리에 대한 매매³²⁵¹⁾가 허용된다는 점에서 ‘매도인이 매매 목적물의 소유자인 사실’은 청구원인 사실이 아니고,³²⁵²⁾ ‘이행기(대금 지급기일)의 약정 및 그 도래 사실’은 항변, 재항변 사실이며, ‘매매 목적물의 소유권이전·인도 내지 그 이행 제공 사실’도 청구원인 사실이 아니라 상대방의 ‘매매목적물의 소유권이전·인도와 동시 이행 항변’에 대하여 동시이행 항변권 소멸의 재항변 사실에 해당한다.

매매로 인한 소유권이전등기 청구 또는 인도 청구의 청구원인 사실도 ① ‘매매 계약(계약일, 목적물,³²⁵³⁾ 대금) 체결 사실’³²⁵⁴⁾뿐이고,³²⁵⁵⁾ ‘이행기(등기신청서류의 교부 또는 인도 기일)의

① 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017다242867 판결; “계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 의사합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니지만 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사합치가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 하고, 그러한 정도의 의사합치나 합의가 이루어지지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약은 성립하지 아니한 것으로 보는 것이 타당하다. 그리고 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로, 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요하다.” ② 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017다275447 판결; “광고는 일반적으로 청약의 유인에 불과하지만 그 내용이 명확하고 확정적이며 광고주가 광고의 내용대로 계약에 구속되려는 의사가 명백한 경우에는 이를 청약으로 볼 수 있다. 나아가 광고가 청약의 유인에 불과하더라도 이후의 거래과정에서 상대방이 광고의 내용을 전제로 청약을 하고 광고주가 이를 승낙하여 계약이 체결된 경우에는 광고의 내용으로 된다고 보아야 한다.” ③ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결; “청약은 이에 대응하는 상대방의 승낙과 결합하여 일정한 내용의 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 확정적인 의사표시인 반면 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립하는 것으로서 서로 구분되는 것이다.”

3248) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다20371 판결 등.

3249) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결.

3250) 이를 구체적으로는 ‘원고가 (언제) 피고에게 (목적물)을 금 ○원에 매도한 사실’로 적을 수 있다(권리자인 원고를 주어로 하고 그에 상응하는 동사로 ‘매도’를 적는다).

3251) 부동산을 매수한 후 그 소유권이전등기를 하지 아니한 채 이를 다시 제3자에게 매도한 경우에는 그것을 민법 제569조에서 말하는 ‘타인의 권리 매매’라고 할 수 없다(95다55245).

3252) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2021다220666 판결; “매매의 목적이 된 권리가 매도인이 아닌 타인에게 속한 경우에도 매도인은 매매계약을 체결할 수 있고, 이때 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 의무를 부담한다(민법 제569조). 이와 같은 법리는 매매의 목적이 된 권리가 매도인과 타인의 공유라고 해도 마찬가지이다.”(원·피고 간 매매계약에서 그 매매목적물을 피고의 단독소유라고 볼 수 없는 상가건물의 특정 부분으로 정하였다고 하더라도 이를 이유로 매매계약의 효력을 부인하거나, 매매목적물을 매매계약서에서 정한 특정 부분이 아닌 공유지분이라고 해석할 수는 없다고 한 예) ● [동일 취지] 매도인에게 매매목적물에 관한 소유권 기타 처분권한이 없다고 하더라도 매매계약은 유효하게 성립하므로, 무효인 명의신탁약정에 의하여 소유권보존등기를 마친 명의수탁자가 제3자와 사이에 그 부동산에 관하여 매매계약을 체결한 경우에도 매매계약은 유효하고, 그 매매계약이 해제될 때에는 매수인에 대하여 원상회복을 구할 수 있다(2008다94714).

약정³²⁵⁶⁾과 그 도래³²⁵⁷⁾ 사실'이나 '매도인이 매매 목적물의 소유자 내지 그 등기명의자인 사실', '매도인이 현재 목적물을 점유하고 있다는 사실'은 요건사실이 아니며, '매매대금 지급 내지 그 이행 제공 사실'도 청구원인 사실이 아니라 상대방의 '매매대금 지급과의 동시이행 항변'에 대하여 동시이행 항변권 소멸의 재항변 사실에 해당한다.

매도인이 매수인에게 부동산 등기나 자동차 등록의 '인수절차 이행'을 청구할 수도 있다.³²⁵⁸⁾

3253) 등기절차 이행 청구의 목적물 표시는 '등기기록'상 표시에 의하고 토지·임야대장상 표시와 다른 경우에는 팔호로 대장상 표시를 병기한다. 토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중 사실심 변론종결 전에 토지가 분할되었는데도 그 내용이 변론에 드러나지 않은 채 토지에 관한 원고 청구가 인용된 경우에 판결에 표시된 토지에 관한 표시를 분할된 토지에 관한 표시로 결정해 달라는 신청은 특별한 사정이 없는 한 받아들여야 한다(대법원 2020. 3. 16.자 2020그507 결정).

3254) 이를 구체적으로는 '원고가 (언제) 피고로부터 (목적물)을 금 ○원에 매수한 사실'로 적을 수 있다(권리자인 원고를 주어로 하고 그에 상응하는 동사로 '매수'를 적는다).

3255) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다777 판결: "매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 있어서 매수인이 매매 계약 사실을 주장, 입증하면 ... 매도인은 소유권이전등기의무가 있게 되는 것이며, 매도인이 매매잔대금을 수령한 바 없다면 동시이행의 항변을 제기하여야 하는 것이고"

3256) 아파트·상가 등 '분양계약'의 경우, 기본적으로 매매계약의 성질을 갖기는 하지만, 판례는, "(분양)계약이 성립하기 위해서는 분양 목적물 외에 분양대금의 액수, 목적물의 인도와 소유권이전등기 시기 등 계약의 중요 사항이 정해져 있거나 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의가 있어야 한다."고 하고, "아파트의 동·호수만을 지정하는 계약에 목적물만 특정되어 있을 뿐 그 밖에 분양대금의 액수, 목적물의 인도 시기 등 계약의 중요 사항이 정해져 있지 않고 나아가 장래에 이를 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관하여 구속력이 있는 합의가 있다고 보기 어려운 경우에는 위 계약을 분양계약이라고 할 수는 없고, 나중에 분양계약을 체결한 경우 동·호수만을 확보하는 의미가 있을 뿐이다."라고 하였다(대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다34437 판결).

3257) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다25745 판결: "상가건물의 점포를 분양하면서 분양대금을 완납하고 건물 준공 후 공부정리가 완료되는 즉시 소유권을 이전하기로 약정한 경우, 그 점포에 관한 소유권이전등기에 관하여 확정기한이 아니라 불확정기한을 이행기로 정하는 합의가 이루어진 것으로 보아야 할 것이며, 전설공사의 진척상황 및 사회경제적 상황에 비추어 분양대금이 완납되고 분양자가 건물을 준공한 날로부터 사용승인검사 및 소유권보존등기에 소요될 것으로 예상할 수 있는 합리적인 상당한 기간이 경과한 때 그 이행기가 도래한다고 보아야 한다." ⇨ 피고 조합이 상가 임시사용승인을 받고 원고가 분양대금을 완납한 날 이후 약 1년이 경과한 때에는 소유권이전등기의무의 이행기가 도래하였다고 한 예.

3258) 청구취지는 '피고는 원고로부터 ~에 관하여 ~ 소유권이전등기(등록)신청절차를 인수(수취)하라.'는 형태가 된다. ○ 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결: "부동산등기법은 등기는 등기관리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 함을 원칙으로 하면서도(제28조), 제29조에서 '판결에 의한 등기는 승소한 등기관리자 또는 등기의무자만으로' 신청할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 법조에서 승소한 등기관리자 외에 등기의무자도 단독으로 등기를 신청할 수 있게 한 것은, 통상의 채권채무 관계에서는 채권자가 수령을 지체하는 경우 채무자의 공탁 등에 의한 방법으로 채무부담에서 벗어날 수 있으나 등기에 관한 채권채무 관계에 있어서는 이러한 방법을 사용할 수 없으므로, 등기의무자가 자기 명의의 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활상 또는 법상 불이익을 입을 우려가 있는 경우에는 소의 방법으로 등기관리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 등기를 강제로 실현할 수 있도록 한 것이다." ⇨ 현행 부동산등기법은 제23조 제1항, 제4항 참조.

○ 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다9244 판결: "자동차관리법령의 문언·내용과 체계 등에 비추어 보면, 자동차 양수인이 양도인으로부터 자동차를 인도받고서도 등록명의를 이전을 하지 않는 경우 양도인은 자동차관리법 제12조 제4항에 따라 양수인을 상대로 소유권이전등기의 인수절차 이행을 구할 수 있다. 그러나 자동차가 전전 양도된 경우 중간생략등록의 합의가 없는 한 양도인은 전전 양수인에 대하여 직접 그 양수인 명의로 소유권이전등기의 인수절차 이행을 구할 수 없다." ⇨ 자동차가 전전 양도된 경우에는 인수절차이행청구의 추가적인 청구원인사실로서 '원고와 피고 사이의 양수인들 모두의 중간생략등록의 합의'가 필요하다.

○ 공공시설의 '무상귀속'을 원인으로 한 소유권이전등기 인수 청구와 '합의'를 원인으로 한 소유권이전등기 인수 청구는 별개의 소송물이다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다209611 판결).

‘매매 목적물’과 ‘대금’은 매매계약의 본질적 요소로서 ‘특정’되어야 한다. 하지만, 반드시 계약 체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 족하다.³²⁵⁹⁾ ‘토지’ 매매의 목적물은 특별한 사정이 없으면, 현실의 경계와 관계없이 지적공부상의 경계와 지적에 의하여 확정된 토지이고,³²⁶⁰⁾ 상가집합건물의 ‘구분점포’에 대한 매매도 원칙적으로 실제 이용현황과 관계없이 집합건축물대장 등 공부에 따라 구조, 위치, 면적이 확정된 구분점포를 매매의 대상으로 삼았다고 보아야 한다.³²⁶¹⁾ 토지소유자가 1필 또는 수필의 토지 중 일정 면적의 소유권을 상대방에게 양도하기로 하였으나 그 위치가 확정되지 않은 경우, 상대방이 토지소유자에게 가지는 채권은 선택채권³²⁶²⁾에 해당한다.³²⁶³⁾ 판례는, “1필의 토지의 일부에 대

3259) 이 경우 그 약정된 기준에 따른 대금액 산정에 관하여 당사자 간에 다툼이 있다면 법원이 이를 정할 수밖에 없다. 매매대금 액수를 일정 기간 후 시가에 의하여 정하기로 하였다는 사유만을 들어 매매계약이 아닌 매매예약이라고 단정할 것은 아니다. 그 밖에 특별한 사정이 없는 한 이행시기, 이행장소, 담보채입 등에 관한 합의가 없었더라도 매매계약이 성립하는 데에 지장이 없다(대법원 2023. 9. 14. 선고 2023다227500 판결). ▶ 당사자 사이에 체결된 계약과 이에 따라 장래 체결할 본계약을 구별하고자 하는 의사가 명확하거나 일정한 형식을 갖춘 본계약 체결이 별도로 요구되는 경우 등의 특별한 사정이 없다면, 매매계약이 성립하였다고 보기에 충분한 합의가 있었음에도 법원이 매매계약 성립을 부정하고 별도의 본계약이 체결되어야 하는 매매예약에 불과하다고 단정할 것은 아니다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2022다225767, 225774 판결). ▶ 아파트·상가 등 ‘분양계약’의 경우는 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다34437 판결 참조.

3260) 지적법에 의하여 어떤 토지가 지적공부에 1필지의 토지로 등록되면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로서 특정되고 그 소유권의 범위는 현실의 경계와 관계없이 공부상의 경계에 의하여 확정되는 것이어서, 토지에 대한 매매는 매매당사자가 지적공부에 의하여 소유권의 범위가 확정된 토지를 매매할 의사가 아니고 사실상의 경계대로의 토지를 매매할 의사를 가지고 매매한 사실이 인정되는 등 특별한 사정이 없으면, 현실의 경계와 관계없이 지적공부상의 경계와 지적에 의하여 확정된 토지를 매매의 대상으로 하는 것으로 보아야 하고, 매매당사자가 그 토지의 실제의 경계가 지적공부상의 경계와 상이한 것을 모르는 상태에서 당시 실제의 경계를 대지의 경계로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 지적공부상의 경계를 떠나 현실의 경계에 따라 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수는 없다(2015다5514).

3261) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2021다220666 판결(그러나 1동의 상가집합건물의 점포들이 구분소유 등기가 되어 있기는 하나 실제로는 위 상가건물의 각 점포들에 관한 집합건축물대장 등 공부상 호수와 구조, 위치 및 면적이 실제 이용현황과 일치하지 아니할 뿐만 아니라 그 복원조차 용이하지 아니하여 단지 공부가 위 상가건물에서 각 점포들이 차지하는 면적비율에 관하여 공유지분을 표시하는 정도의 역할만을 하고 있고, 위 점포들이 전전 매도되면서 매매당사자들이 실제 이용현황대로의 점포를 매매할 의사를 가지고 거래한 경우 등과 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 그 점포의 구조, 위치, 면적은 실제 이용현황에 의할 수밖에 없다). ▶ 매매당사자가 매매계약 당시 그 구분점포의 실제 이용현황이 집합건축물대장 등 공부상 상이한 것을 모르는 상태에서 점포로서의 이용현황대로의 위치 및 면적을 매매목적물의 그것으로 알고 매매하였다고 해서 매매당사자들이 건축물대장 등 공부상의 위치와 면적을 떠나 이용현황대로 매매목적물을 특정하여 매매한 것이라고 볼 수 없고, 이는 교환계약의 목적물 특정에 있어서도 마찬가지이다(2012다105).

3262) 민법 제380조(선택채권) 채권의 목적이 수개의 행위 중에서 선택에 좇아 확정될 경우에 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 선택권은 채무자에게 있다.

3263) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2010다16090 판결: “토지소유자가 1필 또는 수필의 토지 중 일정 면적의 소유권을 상대방에게 양도하기로 하는 계약을 체결한 경우, 상대방이 토지소유자에 대하여 구체적으로 어떠한 내용의 권리를 가지는 것인지는 원칙적으로 당해 계약의 해석문제로 귀착되는 것이지만, 위치와 형상이 중요시되는 토지의 특성 등을 감안하여 볼 때 특별한 사정이 없는 한 위치가 특정된 일정 면적의 토지 소유권을 양도받을 수 있는 권리를 가지는 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 위와 같은 계약에 있어서 양도받을 토지의 위치가 확정되지 아니하였다면 상대방이 토지소유자에 대하여 가지는 채권은 민법 제380조 소정의 선택채권에 해당하는 것으로 보아야 한다.” ▶ 가구공장 경영 목적으로 매수한 부지가 맹지여서 공장설립허가를 받을 수 없었던 甲(피고)과, 연접한 토지로서 맹지는 아니나 형상이 남북으로 좁고 길이 활용을 못하고 있던 乙(원고)이, 乙

하여 매매를 원인으로 이전등기 의무의 이행을 청구하는 소송을 제기하거나 그 의무의 이행을 주장하여 동시이행의 항변을 하는 경우에, 그 이행을 주장하는 당사자가 그 의무의 대상인 토지 부분을 특정하여야 하고 그 특정된 토지 부분이 매매목적물이라는 점에 관하여 증명할 책임을 부담한다.”고³²⁶⁴⁾ 한다.³²⁶⁵⁾ 계약서에 착오로 매매 목적물이 아닌 다른 물건을 기재한 경우 쌍방의 의사합치가 있는 물건에 관하여 매매계약이 성립한다(오표시(誤表示) 무해(無害)의 원칙).³²⁶⁶⁾

아파트·상가 ‘분양계약’은 기본적으로 ‘매매계약’의 성질을 갖는다. 분양광고 내용이 나 건본주택의 조건 중 아파트 등의 외형·재질·구조·실내장식 등이 분양계약 내용으로 포함되는지에 관하여, ‘선분양·후시공’의 경우에는 긍정되나, ‘선시공·후분양’의 경우에는 부정된다. ‘준공도면’, ‘기본적인 건축 계획’은 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임의 발생 여부 판단에 원칙적 기준이 된다.³²⁶⁷⁾

소유 토지를 甲 소유 토지에 합병한 후 합병토지 중 乙 소유 토지 면적만큼의 토지를 분할하여 乙에게 이전하여 주기로 하는 교환계약을 체결하였으나 이전 토지의 위치에 관하여는 합의를 하지 않은 사안에서, 원심이, 위치 선정에 관한 합의가 되지 않았다는 사정만으로 공유관계 설정에 관한 합의를 의제하여 甲에게 지분소유권이전등기를 명한 데 대하여, 대법원은, 위 교환계약은 합병된 토지 중 乙 소유 토지 면적에 상응하는 만큼의 토지를 선정한 다음 그와 같이 확정된 토지의 소유권을 乙에게 이전에 주기로 약정한 것이라고 보아야 하고, 따라서 이전받을 토지의 위치가 확정되지 않았다면 乙이 甲에게 가지는 채권은 선택채권에 해당하는 것으로 보아야 한다고 하여, 원심을 파기한 예.

3264) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다5663, 5670 판결; 매도인의 매매대금지급청구에 대하여 매수인이 소유권이전등기절차이행의무와의 동시이행항변을 한 사안에서, 매수인이 재판부의 증명 촉구에도 불구하고 매매목적물을 특정하기 위한 측량감정 신청을 할 의사가 전혀 없음을 명백히 밝히고 있음에 따라 동시이행을 명할 매매목적물을 특정할 수 없으므로, 위 항변은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다고 판단한 원심에 위법이 없다고 한 예.

3265) 매수인의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행 청구의 경우뿐만 아니라, 매도인의 매매대금 지급 청구의 경우에도 원고가 청구원인 단계에서 ‘매매계약 체결’ 사실, 나아가 매매계약의 본질적 요소인 ‘매매목적물’까지 주장·증명하여야 하므로, 매매대금 지급을 청구하는 매도인이 일단은 ‘매매목적물’을 어느 정도는 특정하여 주장·증명하여야 하고, 이에 대하여 동시이행 항변을 하는 매수인은, 판결 주문에 기재될 수 있을 정도로 동시이행의무의 대상 범위를 정확하게 특정하여 주장·증명할 책임을 부담한다고 봄이 옳다.

3266) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2629, 2636 판결; “부동산의 매매계약에 있어 쌍방당사자가 모두 특정의 甲 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 甲 토지와는 별개인 乙 토지로 표시하였다 하여도 위 甲 토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있는 이상 위 매매계약은 甲 토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 할 것이고 乙 토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이며, 만일 乙 토지에 관하여 위 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면 이는 원인이 없이 경료된 것으로서 무효라고 하지 않을 수 없다.”

3267) ◎ 분양계약의 내용

① 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결; “상가나 아파트의 분양광고의 내용은 청약의 유인으로서의 성질을 갖는데 불과한 것이 일반적이라 할 수 있다. 그런데 선분양·후시공의 방식으로 분양되는 대규모 아파트단지의 거래사례에 있어서 분양계약서에는 동·호수·평형·입주예정일·대금지급방법과 시기 정도만이 기재되어 있고 분양계약의 목적물인 아파트 및 그 부대시설의 외형·재질·구조 및 실내장식 등에 대하여 구체적인 내용이 기재되어 있지 아니한 경우가 있으나, 분양계약의 목적물인 아파트에 관한 외형·재질 등이 제대로 특정되지 아니한 상태에서 체결된 분양계약은 그 자체로서 완결된 것이라고 보기 어렵다 할 것이므로, 비록 분양광고의 내용, 모델하우스의 조건 또는 그 무렵 분양회사가 수분양자에게 행한 설명 등이 비록 청약의 유인에 불과하다 할지라도 그러한 광고 내용이나 조건 또는 설명 중 구체적 거래조건, 즉 아파트의 외형·재질

나) 매매계약 체결의 형성권 행사

(1) 매매예약

매매계약 체결 사실은 '① 매매예약의 체결³²⁶⁸⁾ + ② 매매예약 완결의 의사표시 및 그 도달'로 대체될 수 있다.

매매의 일방예약³²⁶⁹⁾에서 예약자의 상대방이 매매예약완결의 의사표시를 하여 매매의

등에 관한 것으로서 사회통념에 비추어 수분양자가 분양자에게 계약 내용으로서 이행을 청구할 수 있다고 보여지는 사함에 관한 한 수분양자들은 이를 신뢰하고 분양계약을 체결하는 것이고 분양자들도 이를 알고 있었다고 보아야 할 것이므로, ... 특단의 사정이 없는 한, 분양자와 수분양자 사이에 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당하다." ② 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다29601 판결: "선시공·후분양의 방식으로 분양되거나, 당초 선분양·후시공의 방식으로 분양하기로 계획되었으나 계획과 달리 준공 전에 분양이 이루어지지 아니하여 준공 후에 분양이 되는 아파트 등의 경우에는 수분양자는 실제로 완공된 아파트 등의 외형·재질 등에 관한 시공 상태를 직접 확인하고 분양계약 체결 여부를 결정할 수 있어 완공된 아파트 등 그 자체가 분양계약의 목적물로 된다고 봄이 상당하다. 따라서 비록 준공 전에 분양안내서 등을 통해 분양광고를 하거나 견본주택 등을 설치한 적이 있고, 그러한 광고내용과 달리 아파트 등이 시공되었다고 하더라도, 완공된 아파트 등의 현황과 달리 분양광고 등에만 표현되어 있는 아파트 등의 외형·재질 등에 관한 사항은 분양계약 시에 아파트 등의 현황과는 별도로 다시 시공해 주기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 그리고 선분양·후시공의 방식으로 분양하기로 한 아파트 등의 단지 중 일부는 준공 전에, 일부는 준공 후에 분양된 경우에는 각 수분양자마다 분양계약 체결의 시기 및 아파트 등의 외형·재질 등에 관한 구체적 거래조건이 분양계약에 편입되었다고 볼 수 있는 사정이 있는지 여부 등을 개별적으로 살펴 분양회사와 각 수분양자 사이에 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었는지 여부를 판단하여야 한다." ③ 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다18762 판결: "아파트 분양계약에서의 분양자의 채무불이행책임이나 하자담보책임은 분양된 아파트가 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 하거나 주택법상의 주택건설기준 등 거래상 통상 갖추어야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 인정되고 ... 특별한 사정이 없는 한 아파트에 하자가 발생하였는지 여부는 원칙적으로 준공도면을 기준으로 판단함이 타당하다고 할 것이다. 따라서 아파트가 사업승인도면이나 착공도면과 달리 시공되었더라도 준공도면에 따라 시공되었다면 특별한 사정이 없는 한 이를 하자라고 볼 수 없다." ④ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다107184 판결: "택지를 조성하여 분할하여 분양하는 사업을 하는 경우에 ... 분양계약에 명시적인 약정이 없더라도 분양사업자로서는 수분양 택지에서의 주택 건축 및 수분양자의 통행이 가능하도록 조성·분양된 택지들의 현황에 적합하게 그 인접 부지에 건축법 등 관계 법령의 기준에 맞는 도로를 개설하여 제공하고 수분양자에 대하여 그 도로를 이용할 수 있는 권한을 부여하는 것을 전제로 하여 분양계약이 이루어졌다고 추정하는 것이 거래상의 관념에 부합되고 분양계약 당사자의 의사에도 합치된다." ⑤ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다9139 판결: "각 세대의 일조나 조망, 사생활의 노출 차단 등에 관한 사항은 아파트 각 동·세대의 배치 및 구조, 아파트의 층수, 아파트 각 동·세대 사이의 거리 등에 관한 기본적인 계획(이하 '기본적인 건축 계획'이라 한다)에 따라 결정되는바, 기본적인 건축 계획은 분양계약 과정에서 계약서 및 그 부속서류, 광고·설명 자료를 통하여 수분양자에게 제공되어 계약의 내용을 이루게 된다. ... 기본적인 건축 계획에 의하여 결정되는 일조나 조망, 사생활의 노출 등에 관한 사항에 대하여 수분양자가 이를 예상하고 받아들여 분양계약에 이르렀다고 봄이 상당하다. ... 건축관계법령 및 주택법상의 주택건설기준 등에 적합할 뿐만 아니라 분양계약 체결 당시 수분양자에게 알려진 기본적인 건축 계획대로 건축된 경우에는, 아파트 각 동·세대의 방위나 높이, 구조 또는 다른 동과의 인접 거리 등으로 인하여 일정 시간 이상의 일조가 확보되지 아니하고 조망이 가려지며 사생활이 노출된다고 하더라도, ... 분양계약 당시 수분양자에게 제공된 기본적인 건축 계획에 관한 정보에 의하여 예상할 수 있었던 범위를 벗어나 분양계약의 목적물로서 거래상 통상 갖추어야 하거나 당사자의 특약에 의하여 보유하여야 할 품질이나 성질을 갖추지 못한 경우에 해당된다고 할 수 없다."

3268) 매매의 예약은 당사자의 일방이 매매를 완결할 의사를 표시한 때에 매매의 효력이 생기는 것이므로 적어도 일방예약이 성립하려면 그 예약에 터잡아 맺어질 본계약의 요소가 되는 매매목적물, 이전방법, 매매가액 및 지급방법 등의 내용이 확정되어 있거나 확정할 수 있어야 한다(93다4908, 4915, 4922; 본계약의 구성요소들이 확정되어 있다고 할 수 없고 약정의 당사자도 따라서 매매의 예약이라고 단정할 수 없다 한 사례).

3269) 민법 제564조(매매의 일방예약) ① 매매의 일방예약은 상대방이 매매를 완결할 의사를 표시하는 때에 매매의

효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약의 완결권³²⁷⁰⁾은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때(약정하는 예약 완결권의 행사기간에 특별한 제한은 없고,³²⁷¹⁾ '10년을 초과하는 제척기간 약정'의 증명책임은 이를 주장하는 당사자가 부담한다³²⁷²⁾에는 그 기간 내에,³²⁷³⁾ 그러한 약정이 없는 때³²⁷⁴⁾에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야³²⁷⁵⁾ 하고, 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸하며, 제척기간에 있어서는 소멸시효와 같은 기간의 중단이 있을 수 없다.³²⁷⁶⁾ 매매예약완결권

효력이 생긴다. ② 전항의 의사표시의 기간을 정하지 아니한 때에는 예약자는 상당한 기간을 정하여 매매완결여부의 확답을 상대방에게 최고할 수 있다. ③ 예약자가 전항의 기간 내에 확답을 받지 못한 때에는 예약은 그 효력을 잃는다.

3270) 매매예약이 성립한 이후 상대방의 매매예약 완결의 의사표시 전에 목적물이 멸실 기타의 사유로 이전할 수 없게 되어 예약 완결권의 행사가 이행불능이 된 경우에는 예약 완결권을 행사할 수 없고, 이행불능 이후에 상대방이 매매예약 완결의 의사표시를 하여도 매매의 효력이 생기지 않는다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다 28247 판결).

3271) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016다42077 판결; 원심이, 원고가 피고에게 2002. 4. 26.자 매매의 일방예약을 원인으로 한 가등기를 마쳐 준 사실을 인정한 다음, 원·피고 사이에 예약 완결권을 2032. 4. 25.까지 행사할 수 있도록 약정한 사실은 인정되나, 피고의 예약 완결권은 10년을 초과하여 약정한 위 기간까지 존속하는 것은 아니고, 2002. 4. 26.부터 10년이 경과한 2012. 4. 25. 제척기간 10년의 도과로 소멸하였으므로, 피고는 원고에게 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 약정한 2032. 4. 25.이 지나야 예약 완결권이 제척기간의 경과로 소멸한다고 판단한 예). ⇨ 이와 배치되는 94다22682, 22699(당사자 사이에 매매예약 완결권을 '행사할 수 있는 시기'를 특별히 약정한 경우에도 그 제척기간은 당초 권리의 발생일로부터 10년간의 기간이 경과되면 만료되는 것이지 그 기간을 넘어서 위 약정에 따라 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년이 되는 날까지로 연장된다고 볼 수 없다)는 사실상 폐기된 것으로 보인다.

3272) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다227817 판결; 원심은, 매매예약완결권이 10년의 제척기간의 도과로 소멸하였음을 주장하는 피고에게 '당사자 사이에 10년을 초과하는 제척기간을 정한 약정이 없었다는 것'까지 증명할 책임이 있다고 하였으나, 대법원은, "10년을 초과하는 제척기간을 정한 약정이 있었다고 볼 자료가 없으므로 원고의 예약완결권의 제척기간은 10년"이라고 판단한 예

3273) 민법 제564조 제2항('의사표시의 기간을 정하지 아니한 때에는') 참조.

3274) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다247190 판결; 예약완결권 행사기한을 2005. 12. 30.로 하면서 그 이후에도 매매예약이 유효하게 존속하는 한 행사할 수 있도록 약정한 경우, 이는 그 기한을 확정하지 않은 것이므로 예약완결권은 매매예약일로부터 10년이 지난 2015. 9. 5. 제척기간 경과로 소멸하였다고 한 예.

3275) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다227817 판결; "예약완결권은 재판상이든 재판외이든 그 기간 내에 행사하면 되는 것으로서, 예약완결권자가 예약완결권 행사의 의사표시를 담은 소장 부분을 상대방에게 송달함으로써 재판상 행사하는 경우에는 그 소장 부분이 상대방에게 도달한 때에 비로소 예약완결권 행사의 효력이 발생하여 예약완결권자와 상대방 사이에 매매의 효력이 생기므로, 예약완결권 행사의 의사표시가 담긴 소장 부분이 제척기간 내에 상대방에게 송달되어야만 예약완결권자가 제척기간 내에 적법하게 예약완결권을 행사하였다고 볼 수 있다."

3276) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결; 원고가 1979. 8. 23. 피고 이OO, 소외 당 이OO, 소외 유OO와 사이에 사건 토지에 관하여 매매예약을 체결하고, 같은 해 9. 7. 위 3인 앞으로 위 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권보전의 가등기를 경료하여 준 사안에서, 원고가 1989. 7. 28. 피고 이OO, 소외 망 이OO에게 그들의 지분을 인정하는 합의각서를 작성하여 준 사실이 있다고 하더라도, 매매예약완결권은 예약일인 1979. 8. 23.부터 10년이 되는 1989. 8. 23.이 경과함으로써 그 제척기간이 경과되어 소멸되었다고 보아야 한다고 한 예. ● [동일 취지] 96다47494, 47500(원심이, 원고가 예약완결권을 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 행사하지 아니하여 소멸하였으므로 원고 명의의 가등기는 말소되어야 한다는 피고들의 주장에 대하여, 부동산 매수인이 목적물을 인도받아 점유하고 있는 경우에는 그 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 아니한다고 전제한 다음, 원고가 1958년경부터 관리인을 통하여 토지를 점유해 오고 있는 사실을 인정하고 피고들의 위와 같은 주장을 배척한 것은 위법하다고 한 예) 및 91다44766, 44773("예약목적물인 부동산을 인도받은 경우라도 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸된다. ... 매매예약완결권이 제척기간에 걸리는 권리인 이상 소멸시효에 관한 중단을 여기에 원용할 수도 없다.").

의 제척기간 도과 여부는 직권조사사항이다.³²⁷⁷⁾ 담보가등기권자가 귀속정산절차에 따라 담보가등기에 기한 본등기청구를 하는 경우에는 매매예약완결권 행사의 제척기간이 적용되지 않는다.³²⁷⁸⁾

매매예약에 따른 소유권이전등기청구권 보전의 '가등기에 기초한 본등기청구'의 요건 사실은, '① 매매예약 체결+② 소유권이전등기청구권 보전의 가등기 경료+③ 매매예약 완결의 의사표시 및 그 도달'이다. 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 매매예약을 원인으로 하여 공동 명의로 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 권리자 중 한 사람은 자신의 지분에 관하여 단독으로 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있고,³²⁷⁹⁾ ³²⁸⁰⁾ 그 가등기의 말소청구소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상의 공동소송이다.³²⁸¹⁾

3277) 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 하므로, 상고법원은 매매예약완결권 제척기간 도과로 인하여 소멸되었다는 주장이 적법한 상고이유서 제출기간 경과 후에 주장되었다 할지라도 이를 판단하여야 한다(99다18725).

3278) 대법원 2024. 1. 11. 선고 2021다210799 판결: "원고의 청구는 이 사건 가등기가 담보가등기임을 전제로 가등기담보법에서 정한 청산기간이 경과하였음을 원인으로 하여 본등기절차의 이행을 구하는 것이다. 이 사건 가등기의 등기원인이 매매예약으로 기재되어 있기는 하나 그것은 통상의 매매예약이 아니라 장래의 담보권실행을 위한 수단으로서의 등기형식에 불과하므로 제척기간의 적용 대상이 아니다."라고 판단한 원심의 결론이 정당하다고 한 예.

3279) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다43922, 43939 판결(이는 명의신탁해지에 따라 발생한 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 복수의 권리자 명의로 가등기를 마쳐 둔 경우에도 마찬가지이며, 이때 그 가등기 원인을 매매예약으로 하였다는 이유만으로 가등기권리자 전원이 동시에 본등기절차의 이행을 청구하여야 한다고 볼 수 없다).

3280) 한편, 수인의 채권자가 각기 그 채권을 담보하기 위하여 채무자와 채무자 소유 부동산에 관하여 수인의 채권자를 공동채수인으로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따라 수인의 채권자 공동 명의로 가등기를 마친 경우, 수인의 채권자가 공동으로 매매예약완결권을 가지는 관계인지 아니면 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 가지는 관계인지는 매매예약의 내용에 따라야 하고, 매매예약에서 그러한 내용을 명시적으로 정하지 않은 경우에는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 매매예약에 의하여 달성하려는 담보의 목적, 담보 관련 권리를 공동 행사하려는 의사의 유무, 채권자별 구체적인 지분권의 표시 여부 및 그 지분권 비율과 피담보채권 비율의 일치 여부, 가등기담보권 설정의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 전원합의체 판결; 원고가 2005. 3. 11. 피고에게 1억 원을 대여하면서 이를 담보하기 위하여 피고에 대한 다른 채권자들인 소외 1~5와 공동 명의로 피고와 피고 소유의 부동산 지분에 관하여 매매예약을 체결한 다음, 그에 따라 원고 등 6인 각자의 채권액 비율에 따라 산정된 각 부동산 지분의 가등기를 마친 사안에서, 원고를 포함한 6인의 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약완결권을 갖는 것으로 보아, 채권자 중 1인인 원고는 단독으로 자신의 지분에 관하여 매매예약완결권을 행사할 수 있고, 이에 따라 단독으로 그 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 있다고 한 원심 판단이 정당하다고 한 예). ➡ 이와 달리 위와 같은 경우에, 매매예약의 내용이나 매매예약완결권 행사와 관련한 당사자의 의사와 관계없이 언제나 수인의 채권자가 매매예약완결권을 준공유한다고 보고, 매매예약완결의 의사표시도 수인의 채권자 전원이 공동으로 행사하여야 하며 채권자가 채무자에 대하여 예약이 완결된 매매목적물의 소유권이전의 본등기를 구하는 소는 필수적 공동소송으로서 매매예약완결권을 준공유하고 있던 복수채권자 전원이 제기하여야 한다는 취지의 판결은 위 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경되었다.

3281) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결.

(2) 환매권, 매도·매수청구권의 행사

환매권, 매도·매수청구권 등 형성권 행사³²⁸²⁾에 따른 매매계약 체결을 주장하는 경우 '① 그 형성권 발생의 요건사실 및 ② 그 권리 행사의 의사표시 및 그 도달 사실'을 증명하여야 한다.³²⁸³⁾

다) 중간생략등기의 합의

부동산이 전전 양도된 경우, 최종 양수인이 최초 양도인에게 직접 소유권이전등기를 청구하기 위해서는, 추가적인 청구원인사실로서 '관계 당사자 전원의 중간생략등기 합의'가 필요하다.³²⁸⁴⁾

라) 매매대금에 대한 지연손해금

매매대금과 그 지연손해금을 함께 청구하는 경우의 청구원인 사실은, ① '매매계약(계약일, 목적물, 대금) 체결 사실', ② (부동산의 경우) '소유권이전등기의무의 이행 또는 이행의 제공', ③ '대금 지급 기한의 도과', ④ '목적물의 인도', ⑤ '손해의 발생 및 범위'³²⁸⁵⁾이다.

민법 제587조³²⁸⁶⁾ 후문에 따라, 매매목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인

3282) 집합건물법 제48조 제4항에서 정한 재건축 참가 구분소유자들과 매수지정자의 매도청구권은 단독으로 행사하거나 여러 명 또는 전원이 함께 행사할 수도 있고, 반드시 공동으로 행사하여야 하는 것은 아니므로, 그에 따른 소유권이전등기절차의 이행 등을 구하는 소도 매도청구권자 전원이 소를 제기하여야 하는 고유필수적 공동소송이 아니다(대법원 2023. 7. 27. 선고 2020다263857 판결).

3283) 예컨대, 주택건설사업계획승인을 얻은 사업주체가 주택건설사업에 필요한 대지를 그 소유자로부터 매수할 수 있게 하는 매도청구권을 행사하기 전에 거쳐야 할 요건으로서 '대지 소유자와의 사전 3개월 이상의 협의' 요건 충족에 대한 증명책임은 사업주체가 부담한다(2011다101315, 101322).

3284) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다280316 판결; "부동산이 전전 양도된 경우에 중간생략등기의 합의가 없는 한 그 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 직접 자기 명의로의 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 부동산의 양도계약이 순차 이루어져 최종 양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초 양도인에게 직접 그 소유권이전등기청구권을 행사하기 위하여는 관계 당사자 전원의 의사합치, 즉 중간생략등기에 대한 최초 양도인과 중간자의 동의가 있는 외에 최초 양도인과 최종 양수인 사이에도 그 중간등기 생략의 합의가 있었음이 요구된다. 그러므로 비록 최종 양수인이 중간자로부터 소유권이전등기청구권을 양도받았다 하더라도 최초 양도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 최종 양수인은 최초 양도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차 이행을 청구할 수 없다. 이와 같은 법리는 명의신탁자가 부동산에 관한 유효한 명의신탁약정을 해지한 후 이를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 양도한 경우에도 적용된다. 따라서 비록 부동산 명의신탁자가 명의신탁약정을 해지한 다음 제3자에게 '명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권'을 양도하였다고 하더라도 명의수탁자가 그 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않고 있다면 그 양수인은 위와 같은 소유권이전등기청구권을 양수하였다는 이유로 명의수탁자에 대하여 직접 소유권이전등기청구를 할 수 없다."

3285) 민사법정이율에 의한 지연손해금을 주장하는 경우에는 별도의 사실을 증명하지 않더라도 민법 제397조에 의하여 매매대금에 대한 연 5%의 민사법정이율에 의한 지연손해금이 인정되고, 매매계약 당사자의 일방이 상인인 사실을 주장·증명하면 연 6%의 상사법정이율에 의한 지연손해금이, 지연손해금에 관한 약정 사실을 주장·증명하면 그 약정의 지연손해금이 인정될 수 있다.

3286) 민법 제587조(과실의 귀속, 대금의 이자) 매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속한다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

☞ 법문상 '이자'의 성질이 '법정이자'인지 '지연손해금'인지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다. 주석민법

은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다.^{3287) 3288)} 따라서 매도인으로서의 인도의무 이외의 자기채무 예컨대 완전한 소유권이전등기의무의 이행 또는 이행제공으로 매수인의 동시이행항변권을 소멸케 하였다는 점³²⁸⁹⁾에 더하여 인도의무의 경우 이행제공만으로는 부족하고 현실적인 이행의

채권각칙(3), 1999, 206면(김대정 집필)은 '지연이자' 즉 지연손해금을 의미하는 것으로 보고 있고, 민법주해 채권(7), 1997, 601면(남효순 집필)은 '지연이자'임을 전제로 설명하고 있으며, 판례도 다음의 95다14190 판결, 80다211 판결, 95다33962 판결 모두 '지연손해금'에 관한 사안의 판시인바, 사건으로는, 법문상 '이자'는 이행기까지의 '법정이자', 그 후의 '지연손해금'을 포괄하는 의미로 해함이 타당하고 이렇듯 병렬적 의미로 이해하는 이상 양자 사이의 '경합' 문제는 논할 필요가 없다고 생각된다. 법문상 '이자'의 개념 속에 '지연손해금'을 포괄하는 의미로 사용하는 예로서 민법 제357조 제2항(근저당 최고액에 산입되는 '이자'), 민법 제479조(비용, '이자', 원본에 대한 변제충당 순서) 등을 들 수 있다.

3287) ○ 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다14190 판결: "특정물의 매매에 있어서 매수인의 대금지급채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도 그 목적물이 매수인에게 인도될 때까지는 매수인은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없는 것이므로(민법 제587조 참조), 그 목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다 할 것이다."

○ 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다211 판결: "특정물의 매매에 있어서 매수인의 대금지급 채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도 그 목적물이 매수인에게 인도될 때까지는 매도인은 그 목적물에서 생기는 과실을 수취할 수 있는 한편 그 목적물의 관리 보존의 비용도 자기가 부담하여야 하는 것이고, 그 반면 매수인은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없는 것이므로, 매도인은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 하여 그 목적물의 인도가 이루어지기 이전의 기간 동안의 목적물의 관리보존의 비용의 상환이나 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다."

3288) 쌍무계약이 취소된 경우, 선의의 매수인에게 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상, 형평상 선의의 매도인에게도 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자에 반환이 부정된다(대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결).

3289) ○ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다98129 판결: "매수인의 대금지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무가 동시이행관계에 있는 등으로 매수인이 대금지급을 거절할 정당한 사유가 있는 경우에는 매매목적물을 미리 인도받았다 하더라도 위 민법 규정에 의한 이자를 지급할 의무는 없다고 보아야 한다. ... 원고와 피고 사이에 협의의 또는 피고의 매도청구에 의한 매매계약이 성립되었다고 봄이 상당하므로, 피고는 원고에게 청산금을 지급할 의무가 있고, 원고는 피고에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다 할 것이며, 쌍방의 위 각 의무는 서로 동시이행관계에 있다 할 것인데, 원고가 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기의무를 이행하거나 이행의 제공을 하였다고 볼 만한 사정은 찾아볼 수 없다. 따라서 피고는 원고로부터 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 넘겨받기까지는 위 청산금 잔액의 지급을 거절할 정당한 사유가 있다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 따라 비록 피고가 이 사건 부동산을 미리 인도받았다 하더라도 민법 587조에 따른 이자를 지급할 의무는 없다고 보아야 할 것이다. ... 원심은, 피고의 원고에 대한 청산금 지급의무와 원고의 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 동시이행관계에 있고 원고가 그 의무를 이행하였거나 이행의 제공을 하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로, 청산금지급의무의 이행기 이후의 지연손해금의 지급을 구하는 원고의 청구를 배척하였다. ... 원심의 위와 같은 판단은 정당하고"

○ 대법원 2018. 9. 28. 선고 2016다246800 판결: "매수인의 대금 지급의무와 매도인의 근저당권설정등기 내지 가압류등기 말소의무가 동시이행관계에 있는 등으로 매수인이 대금 지급을 거절할 정당한 사유가 있는 경우에는 매매목적물을 미리 인도받았다 하더라도 위 민법 규정에 의한 이자를 지급할 의무는 없다고 보아야 한다." ☞ 매수인인 피고가 인도 및 소유권이전등기는 이미 넘겨받았고, 근저당권의 피담보채권액과 가압류의 피보전채권액 합계가 피고가 지급해야 할 대금액을 초과하는 사안임.

○ 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결: "매매목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있어 매수인이 매수한 권리의 전부 또는 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 민법 제588조에 의하여 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있고, 여기에는 매매목적물에 저당권과 같은 담보권이 설정되어 있는 경우도 포함되는 것이므로, 매도인이 말소할 의무를 부담하고 있는 매매목적물상의 저당권을 말소하지 못하고 있다면 매수인은 그 위험의 한도에서 매매대금의 지급을 거절할 수 있고, 그 결과 민법 제587조 단서에 의하여 매수인이 매매목적물을 인도받았다고 하더라도 미지급 대금에 대한 인도일 이후의 이자를 지급할 의무가 없다고 할 것이나, 이 경우 지급을 거절할 수 있는 매매대금이 어느 경우에도 근저당권의 채권최고액에

점까지 주장·증명하여야 매매대금에 대한 지연손해금의 지급을 구할 수 있다. 매수인으로서 대금의 지급기한이 있는 때에는 대금을 전부 지급하지 아니한 채 매매목적물을 인도받았다 하더라도 그 기한까지는 미지급대금에 대한 이자를 지급할 의무가 없다.³²⁹⁰⁾

한편, 매수인이 매도인을 상대로 매매목적물 인도의무 지체로 인한 손해배상을 청구하기 위해서는 '매매대금을 전부 지급한 사실'을 주장·증명하여야 한다.³²⁹¹⁾

매매 등 유상계약의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무 이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다(민법 제585, 567조). 예컨대, 매수인의 대금지급의무에 기한이 있는 경우 매도인의 소유권이전등기의무 또는 인도의무는 동일한 기한에 이행되어야 한다. 반대의 경우도 마찬가지이다. 위 추정 규정은 당사자의 의사해석 규정으로서 다른 약정이나 관습의 존재는 상대방이 주장·증명하여야 한다.

상당하는 금액인 것은 아니고, 매수인이 근저당권의 피담보채무액을 확인하여 이를 알고 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 지급을 거절할 수 있는 매매대금은 위 확인된 피담보채무액에 한정된다고 보아야 할 것이다. ... 피고가 이 사건 부동산의 매매대금 중 금 460,000,000원의 지급을 보류할 당시 원고의 소외 회사에 대한 실채무액이 금 150,000,000원이라는 것을 확인하였으므로 피고는 원고에게 미지급 잔대금에서 위 실채무액을 공제한 금 310,000,000원에 대한 이 사건 부동산의 인도일 이후의 법정이자 상당 금액을 지급할 의무가 있다고 한 원심의 인정 판단은 정당하고"

3290) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다33962 판결.

3291) ○ 대법원 2004. 4. 23. 선고 2004다8210 판결: "민법 제587조 ... 는 매매당사자 사이의 형평을 꾀하기 위하여 매매목적물이 인도되지 아니하더라도 매수인이 대금을 완제한 때에는 그 시점 이후의 과실은 매수인에게 귀속되지만, 매매목적물이 인도되지 아니하고 또한 매수인이 대금을 완제한 아니한 때에는 매도인의 이행지체가 있더라도 과실은 매도인에게 귀속되는 것이므로, 매수인은 인도의무의 지체로 인한 손해배상금의 지급을 구할 수 없다고 할 것이다. ... 피고들이 ... 까지 원고에게 이 사건 토지와 건물을 명도하여 주기로 약정하였음에도 불구하고, 이를 이행하지 아니하였다고 하더라도 원고가 피고들에게 매매잔대금을 전부 지급하였다는 주장과 입증에 없는 이 사건에서 특별한 사정이 없는 한 매수인인 원고는 매도인인 피고들에 대하여 매매목적물의 인도의무의 이행지체를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수는 없다고 보아야 한다."

○ 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다20465 판결: "일반적으로 담보목적으로 가동기를 경료한 경우 담보물에 대한 사용·수익권은 가동기설정자인 소유자에게 있다고 할 것이나, 가동기담보약정은 채무자가 본래의 채무를 이행하지 못할 경우 채권자에게 담보목적물의 소유권을 이전하기로 하는 계약으로서 유상계약인 쌍무계약적 재산권이전약정에 해당하므로 그 성질에 반하지 않는 한 매매에 관한 민법 규정이 준용된다 할 것이고(민법 제567조), 채권자가 가동기담보권을 실행하여 그 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여 가동기담보등에 관한 법률에 따라 채무자에게 담보권 실행을 통지한 경우 이 사건과 같이 청산금을 지급할 여지가 없는 때에는 2월의 청산기간이 경과함으로써 청산절차는 종료되고, 이에 따라 채권자는 더 이상의 반대급부의 제공 없이 채무자에 대하여 소유권이전등기청구권 및 목적물 인도청구권을 가진다 할 것임에도 채무자가 소유권이전등기의무 및 목적물 인도의무의 이행을 지연하면서 자신이 담보목적물을 사용·수익할 수 있다고 하는 것은 심히 공평에 반하여 허용될 수 없으므로 이러한 경우 담보목적물에 대한 과실수취권 등을 포함한 사용·수익권은 청산절차의 종료와 함께 채권자에게 귀속된다고 보아야 할 것이다. ... 이 사건 건물의 사용·수익권자로서 그 소유권을 취득하기 이전이라도 이 사건 건물을 타에 임대하여 차임을 수령할 권한이 있다 할 것이다."

○ 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다32527 판결: "매매 목적 부동산을 제3자가 점유하고 있어 인도받지 아니한 매수인이 인도소송 제기의 방편으로 미리 소유권이전등기를 경료받았다고 하여도 아직 매매대금을 완급하지 않은 이상 부동산으로부터 발생하는 과실은 매수인이 아니라 매도인에게 귀속되어야 한다."고 하고, "매도인이 인도를 지체했다 하더라도 대금 전액을 지급받기 전에는 이미 지급받은 일부 대금에 대하여 이자 상당의 손해배상책임을 지지는 않는다."고 한 예.

3) 항 변

가) 동시이행 항변 등

매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무(반환청구권 양도에 의한 간접점유 이전의무와 별도로 현실적 인도의무를 부담하는 경우도 있다³²⁹²⁾)와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이므로, 매도인의 매매대금 청구에 대해서는 매수인이 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와의 동시이행항변을, 매수인의 소유권이전등기·인도청구에 대해서는 매도인이 매수인의 매매잔대금지급의무와의 동시이행항변을 각 행사할 수 있다.³²⁹³⁾ 매도인이 매매대금을 다 지급받지 않은 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주었으나 부동산을 계속 점유하고 있는 경우, 매매잔대금채권을 피담보채권으로 하여 매수인이나 그 전득자를 상대로 '유치권'을 주장할 수는 없다.³²⁹⁴⁾

나) 이행불능 항변(원시적 불능, 위험부담, 계약체결상 과실책임 등)

계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능한 '원시적 불능'의 경우, 그 계약은 무효이므로,³²⁹⁵⁾ 채권자가 그 이행을 구할 수 없고(민법 제535조에서 정한 계약체결상 과실책임

3292) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다269139 판결; 임차인 거주 아파트를 실거주 목적으로 매수한 사안에서, '매도인은 매매대금의 잔금 수령과 동시에 매수인에게 소유권이전등기에 필요한 모든 서류를 교부하고 등기절차에 협력하며, 위 부동산의 인도일은 2021. 4. 22.로 한다.'는 조항 및 '실제명도는 2021. 12. 6.로 한다.'는 특약사항의 문언 해석상 쌍방이 피고의 현실인도의무 이행일은 2021. 12. 6.로 하되 임차인에 대한 아파트 반환청구권의 양도에 의한 간접점유 이전의무는 그보다 앞서 2021. 4. 22. 잔금 지급, 소유권이전등기의무의 이행과 함께 이행하기로 합의한 것으로 볼 수 있다 하여, 피고의 현실인도의무의 존재를 부정한 원심을 파기한 예.

3293) 그 구체적 내용은 '동시이행항변' 부분에서 이미 상세히 적은 바 있어 그 해당 부분을 참조하면 된다.

3294) 대법원 2012. 1. 12.자 2011마2380 결정; "부동산의 매도인은 특별한 사정이 없는 한 매매대금을 지급받을 때까지 소유권이전등기의무와 목적물인도의무의 이행을 거절할 수 있는 동시이행의 항변권을 가진다. 그런데 부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 경료하여 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 매도인의 목적물인도의무에 관하여 위와 같은 동시이행의 항변권 외에 물권적 권리인 유치권까지 인정할 것은 아니다. 왜냐하면, 법률행위로 인한 부동산물권변동의 요건으로 등기를 요구함으로써 물권관계의 명확화 및 거래의 안전·유효를 꾀하는 우리 민법의 기본정신에 비추어 볼 때, 만일 이를 인정한다면 매도인은 등기에 의하여 매수인에게 소유권을 이전하였음에도 불구하고, 매수인 또는 그의 처분에 기하여 소유권을 취득한 제3자에 대하여 소유권에 속하는 대세적인 점유의 권능을 여전히 보유하게 되는 결과가 되어 부당하기 때문이다. 또한 매도인으로서의 자신이 원래 가지는 동시이행의 항변권을 행사하지 아니하고 자신의 소유권이전의무를 선이행함으로써 매수인에게 소유권을 넘겨 준 것이므로 그에 필연적으로 부수하는 위험은 스스로 감수하여야 한다."

3295) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다225398 판결; "구분건물의 소유권 취득을 목적으로 하는 매매계약에서 매도인의 소유권이전등기의무가 원시적 불능이어서 그 계약이 무효라고 하기 위해서는 단지 매매 목적물이 '매매계약 당시' 구분건물로서 구조상, 이용상 독립성을 구비하지 못했다는 정도를 넘어서 '그 후로도' 매매 목적물이 당사자 사이에 약정된 내용에 따른 구조상, 이용상 독립성을 갖추는 것이 사회통념상 불가능하다고 평가될 정도에 이르러야 한다." [동일 취지] 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 농지 매매계약은 채권계약으로서도 무효이다(2011두15053). ⇨ 비록 계약 당시에 그 계약상 의무를 즉시 이행하는 것이 불가능하더라도 계약의 이행이 장래에 가능하게 된 경우를 예정하여 계약을 체결하였다면 그러한 계약이 무효라고 할 수는 없고, 주식회사와 같은 법인이 농지를 취득하기 위한 매매계약을 체결하였으나 구 농지개혁법 또는 구 농지임대차관리법상 농지매매증명을 발급받을 수 없는 경우라도 그 법인이 매수한 농지에 관하여 관련 법규상 농지전용허가를 받음으로써 농지의 매도인이 매수인에 대하여 소유권이전등기를 해주는 것이 가능하게 될 것을 정지조건으로 하여 매매계약을 체결하였다면 그 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 이는 매매계약을 체결한 경우

이나 부당이득 반환 법리 등으로 권리를 구제받을 수 있다),³²⁹⁶⁾ 계약 체결 후에 채무의 이행이 불가능하게 된 '후발적 불능'의 경우, 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 민법 제537조의 채무자위험부담주의³²⁹⁷⁾에 따라 채무자는 본래급부의무를 면하고, 채무자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무불이행인 이행불능³²⁹⁸⁾의 효과로 본래급부의무가 소멸하고 그에 갈음한 전보배상의무로 변환한다.³²⁹⁹⁾

매매계약에 기초한 매수인의 소유권이전등기(본래급부)청구의 경우, 원시적 불능은 권리발생장애 사유로서, 후발적 불능은 권리소멸 사유로서 피고(매도인)가 항변으로 주장·증명할 수 있다. 매매계약에 기초한 매도인의 대금청구의 경우, 소유권이전등기행위의 원시적 불능은 권리발생장애 사유로서, 후발적 불능은 민법 제537조에 기초한 권리소멸 사유(항변의 요건사실은 매매목적물의 멸실, 공용수용 등 제3자의 소유권취득 등 '계약 후 이행불능의 근거사실'뿐이고, '쌍방의 책임이 없는 사실'은 요건사실이 아니며, 귀책사유의 유무나 소재는 재항변 단계에서의 문제이다) 또는 해제권 발생원인(매도인에게 귀책사유가 있는 경우)으로서 피고(매수인)가 항변으로 주장·증명할 수 있고, 이에 대하여 원고(매도인)는 민법 제538조³³⁰⁰⁾ 제1항(민법

에도 마찬가지이다(2013다86878,86885).

3296) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다212524 판결: "계약 체결 후에 채무의 이행이 불가능하게 된 경우에는 채권자가 그 이행을 청구하지 못하고 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하거나 계약을 해제할 수 있다. 그러나 계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능했다면 특별한 사정이 없는 한 채권자가 그 이행을 구하는 것은 허용되지 않고, 민법 제535조에서 정한 계약체결상의 과실책임을 추궁하는 등으로 권리를 구제받을 수밖에 없다. 채무의 이행이 불가능하다는 것은 절대적·물리적으로 불가능한 경우만이 아니라 사회생활상 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다. 이는 채무를 이행하는 행위가 법률로 금지되어 그 행위의 실현이 법률상 불가능한 경우에도 마찬가지이다. 건축법 제57조 제1항은 건축물이 있는 대지는 대통령령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 면적에 못 미치게 분할할 수 없다고 정하고 있다. 이에 따라 건축법 시행령 제80조 ... 정하고 있다. 1필지의 토지 중 일부를 특정하여 매매계약이 체결되었으나 그 부분의 면적이 위 법령에 따라 분할이 제한되는 경우에 해당한다면, 매도인으로서의 그 부분을 분할하여 소유권이전등기절차를 이행할 수 없다. 따라서 매도인이 위 매매계약에 따라 매수인에게 부담하는 소유권이전등기절차 이행의무는 이행이 불가능하다고 보아야 한다. 이는 교환계약에서도 마찬가지이다." ● 원시적 불능의 경우, 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득의 법리에 따라 반환청구할 수 있다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2016다9643 판결).

3297) 민법 제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

3298) '채무불이행으로서 이행불능'에 관하여는 '채권총칙-채무불이행 사실-이행불능' 부분 참조.

3299) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다254228 판결: "민법 제537조는 ... 채무자위험부담주의를 채택하고 있다. 다만 채권자에게 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때 또는 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채권자가 위험을 부담한다(민법 제538조). 쌍무계약에서 당사자 일방이 부담하는 채무가 채무자의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우에는 채무불이행책임을 지지만, 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행할 수 없는 경우에는 위험부담에 관한 민법 제537조가 적용되고 채권자의 귀책사유로 이행할 수 없는 경우 등에는 민법 제538조가 적용된다. 따라서 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무를 이행할 수 없게 된 경우 채무자는 민법 제537조에 따라 자신의 채무를 이행할 의무를 면함과 더불어 상대방의 이행도 청구하지 못한다. 쌍방 채무의 이행이 없었던 경우에는 계약상 의무의 이행을 청구하지 못하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득 법리에 따라 그 반환을 청구할 수 있다." ● 쌍방의 귀책사유 없이 매매 목적물의 소유권이전이 이행불능된 경우, 매도인은 이미 지급받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 일료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다(2008다98655,98662).

제537조의 예외규정에 해당한다)에 기초하여 피고(매수인)의 귀책사유를 재항변으로, 피고(매수인)는 민법 제538조 제2항에 기초하여 원고(매도인)가 얻은 이익의 공제를 재재항변으로 각각 주장·증명할 수 있다.

계약상 급부의 원시적 이행불능에 대비한 예비적 청구로서, 계약체결상 과실책임³³⁰¹⁾에 기초한 손해배상청구의 청구원인 사실은, ① ‘원·피고 간 목적이 불능한 계약의 체결 사실’,³³⁰²⁾ ② ‘피고가 계약 체결 당시 그 불능을 알았거나 알 수 있었던 사실’, ③ ‘원고의 신뢰이익 범위’이고, 피고는 ‘원고가 불능을 알았거나 알 수 있었던 사실’을 주장·증명하여 항변할 수 있다.³³⁰³⁾

3300) 민법 제538조(채권자귀책사유로 인한 이행불능) ① 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다. ② 전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다. ◀ ① 쌍무계약의 위험부담에 관한 채무자주의 원칙의 예외규정인 민법 제538조 제1항에서 ‘채권자의 책임 있는 사유’라고 함은 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미하고, ‘채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때’에 해당하기 위해서는 현실 제공이나 구두 제공이 필요하므로(다만, 그 제공의 정도는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의칙상의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 한다), 채권자가 변제를 받지 아니할 의사가 확고한 경우(이른바 ‘채권자의 영구적 불수령’)에 해당한다고 하더라도, 채무자는 채권자를 수령지체에 빠지게 하기 위해서는 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하여 두고 채권자에게 그 서류들을 수령하여 갈 것을 최고하는 구두 제공을 하여야 한다(2001다79013). ② 아파트 수분양자에게 중도금을 대출한 은행이, 수분양자가 대출금 이자의 지급 및 후취담보약정의 이행 등을 하지 않자 연대보증인인 분양회사로부터 분양아파트에 대한 근저당권을 설정받고 결국 그 근저당권 실행으로 제3자가 분양아파트의 소유권을 취득한 경우, 근저당권 실행으로 분양회사의 소유권이전등기가 이행불능이 된 것은 대출금 이자 지급의무 등을 이행하지 않은 수분양자의 귀책사유로 인한 것이므로 ‘채권자의 책임 있는 사유’로 인하여 채무를 이행할 수 없게 된 때에 해당한다(2010다42495). ③ 경매로 낙찰받은 부동산에 관하여 낙찰대금의 납부 전에 체결한 매매계약에서 매수인이 그 낙찰대금의 납입을 대신하기로 약정하였으나 이를 이행하지 않아 재경매됨으로써 매도인의 채무가 이행불능이 된 경우, 그 이행불능에 대한 책임은 매수인에게 있다(2008다25824).

3301) 민법 제535조(계약체결상의 과실) ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다. ② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다. ▶ 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결은, 민법 제535조 규정 외의 일반적인 계약체결상의 과실책임에 대해서 그 법적 성질과 이론적 근거를 ‘불법행위책임’으로 파악하는 견해를 채택하고 있다.

3302) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2015다10929 판결: “계약이 의사의 불합치로 성립하지 아니한 경우 그로 인하여 손해를 입은 당사자가 상대방에게 부당이득반환청구 또는 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있는지는 별론으로 하고, 상대방이 계약이 성립되지 아니할 수 있다는 것을 알았거나 알 수 있었음을 이유로 민법 제535조를 유추적용하여 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구를 할 수는 없다.”

3303) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다1203, 1210 판결: “계약 당시부터 사실상, 법률상 불가능한 상태였으므로 이 사건 계약은 피고의 의무이행이 원시적으로 불능이어서 무효이고, … 피고는 이 사건 계약 체결 당시 그 불능을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로 피고는 원고에게 민법 제535조 제1항에 따라 신뢰이익 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단한 후, 원고에게도 … 제대로 확인하지 못한 과실이 있으므로 민법 제535조 제2항에 따라 피고에게 배상책임이 없다는 취지의 피고의 주장에 대하여, … 만으로는 원고가 이 사건 계약을 체결하기 이전에 … 불가능하였다는 것을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다. … 원심의 이러한 사실인정과 판단은 결론에 있어서 정당한 것으로 수긍할 수 있다.”

다) 매도인의 담보책임에 기초한 매수인의 해제, 대금감액 항변

매매의 목적물에 권리의 하자나 물건의 하자가 있는 경우, 채무불이행책임과는 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정³³⁰⁴⁾되는 매도인의 담보책임(법이 특별히 인정한 무과실책임)에 기초하여 매수인은 계약의 해제³³⁰⁵⁾(일반적인 해제와 효과가 동일하고, 해제에 따른 쌍방의 의무는 동시이행관계에 있다³³⁰⁶⁾)나 대금감액청구권(형성권) 행사에 따른 대금의 감액,³³⁰⁷⁾

3304) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결. 토지보상법에 따라 공공사업의 시행자가 토지를 협의취득하는 행위는 사법상의 법률행위로 일방 당사자의 채무불이행에 대하여 민법에 따른 손해배상 또는 하자담보책임을 물을 수 있다(2017다265389).

3305) 민법 제569조(타인의 권리의 매매) 매매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우에는 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 한다. 제570조(동전-매도인의 담보책임) 전조의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 매수인이 계약당시 그 권리가 매도인에게 속하지 아니함을 안 때에는 손해배상을 청구하지 못한다. 제571조(동전-선의의 매도인의 담보책임) ① 매도인이 계약당시에 매매의 목적이 된 권리가 자기에게 속하지 아니함을 알지 못한 경우에 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매도인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다. ② 전항의 경우에 매수인이 계약당시 그 권리가 매도인에게 속하지 아니함을 안 때에는 매도인은 매수인에 대하여 그 권리를 이전할 수 없음을 통지하고 계약을 해제할 수 있다. ■ 민법 제571조 제1항은 선의의 매도인이 매매의 목적인 권리의 전부를 이전할 수 없는 경우에 적용될 뿐 매매의 목적인 권리의 일부를 이전할 수 없는 경우에는 적용될 수 없고, 마찬가지로 수 개의 권리를 일괄하여 매매의 목적으로 정하였으나 그 중 일부의 권리를 이전할 수 없는 경우에도 위 조항은 적용될 수 없다(2002다33557).

제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다. ② 전항의 규정은 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없거나 그 부동산에 등기된 임대차계약이 있는 경우에 준용한다. ③ 전2항의 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

제576조(저당권, 전세권의 행사와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없거나 취득한 소유권을 잃은 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다. ② 전항의 경우에 매수인의 출재로 그 소유권을 보존한 때에는 매도인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다. ③ 전2항의 경우에 매수인이 손해를 받은 때에는 그 배상을 청구할 수 있다. 제577조(저당권의 목적이 된 지상권, 전세권의 매매와 매도인의 담보책임) 전조의 규정은 저당권의 목적이 된 지상권 또는 전세권이 매매의 목적이 된 경우에 준용한다. ■ ① 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 것으로 매매대금의 지급에 갈음하기로 약정한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 매수인으로서 매도인에 대하여 민법 제576조 제1항의 담보책임을 면제하여 주었거나 이를 포기한 것으로 봄이 상당하므로, 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무 중 일부만을 인수한 경우 매도인으로서 자신이 부담하는 피담보채무를 모두 이행한 이상 매수인이 인수한 부분을 이행하지 않음으로써 근저당권이 실행되어 매수인이 취득한 소유권을 잃게 되더라도 민법 제576조 소정의 담보책임을 부담하게 되는 것은 아니다.(2002다11151). ② 임대차계약에 기한 임차권을 목적물로 한 매매계약 내지 교환계약에서 임대차 목적물에 이미 설정되어 있던 근저당권의 실행 등으로 인하여 임대인이 임대차계약상의 의무를 이행하지 못하는 경우, 임차권 매도인에게 민법 제576조에 따른 담보책임이 있다고 할 수 없다(2005다34018, 34025). ③ 부동산 매수인이 소유권을 보존하기 위하여 자신의 출재로 피담보채권을 변제함으로써 그 부동산에 설정된 저당권을 소멸시킨 경우에는, 매수인이 그 부동산 매수 시 저당권이 설정되었는지의 여부를 알았든 몰랐든 간에 이와 관계없이 민법 제576조 제2항에 의하여 매도인에게 그 출재의 상환을 청구할 수 있다(95다55245).

제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 결재의 경우에 적용하지 아니한다. 제581조(종류매매와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 전조의 규정을 준용한다. ② 전항의 경우에 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고 하자 없는 물건을 청구할 수 있다. 제582조(전2조의 권리행사기간) 전2조에 의한 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6월 내에 행사하여야 한다. ■ 매도인의 하자담보책임에 관한 매수인의 권리행사기간은 재판상 또는 재판외의 권리행사기간이고 재판상 청구를 위한 출소기간은 아니다(84다카2344).

- 3306) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016다240 판결; “타인의 권리의 매매의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다(민법 제570조). 이러한 해제의 효과에 관하여 특별한 규정은 없지만 일반적인 해제와 달리 해석할 이유가 없다. 따라서 위 규정에 따라 매매계약이 해제되는 경우에, 매도인은 매수인에게 매매대금과 그 받은 날부터의 이자를 반환할 의무를 부담하고, 매수인 역시 특별한 사정이 없는 한 매도인에게 목적물을 반환할 의무는 물론이고 목적물을 사용하였으면 그 사용이익을 반환할 의무도 부담한다. 그리고 이러한 결론은 매도인이 목적물의 사용권한을 취득하지 못하여 매수인으로 부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 하더라도 마찬가지이다. 다만, 매수인이 진정한 권리자인 타인에게 직접 목적물 또는 사용이익을 반환하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 매수인은 적어도 그 반환 등의 한도에서는 매도인에게 목적물 및 사용이익을 반환할 의무를 부담하지 않는다.” ■ 민법 제571조에 따른 선의의 매도인의 해제권 행사의 효과 역시 일반적인 해제와 같고, 매도인의 손해배상 의무와 매수인의 목적물 반환의무는 동시이행관계에 있다(92다25946).
- 3307) 민법 제572조(권리의 일부가 타인에게 속한 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적이 된 권리의 일부가 타인에게 속함으로 인하여 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 그 부분의 비율로 대금의 감액을 청구할 수 있다. ② 전항의 경우에 잔존한 부분만이면 매수인이 이를 매수하지 아니하였을 때에는 선의의 매수인은 계약전부를 해제할 수 있다. ③ 선의의 매수인은 감액청구 또는 계약해제 외에 손해배상을 청구할 수 있다. 제573조(전조의 권리행사의 기간) 전조의 권리는 매수인이 선의인 경우에는 사실을 안 날로부터, 악의인 경우에는 계약한 날로부터 1년내에 행사하여야 한다. ■ ① 민법 제572조는 단일한 권리의 일부가 타인에 속하는 경우에만 한정하여 적용되는 것이 아니라 수개의 권리를 일괄하여 매매의 목적으로 정한 경우에도 그 가운데 이전할 수 없게 된 권리부분이 차지하는 비율에 따른 대금산출이 불가능한 경우 등 특별한 사정이 없는 한 역시 적용된다(88다카13547). ② 매수인이 ‘사실을 안 날’은 매도인이 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었음이 확실하게 된 사실을 안 날을 말한다(96다15596).
- 제574조(수량부족, 일부멸실의 경우와 매도인의 담보책임) 전2조의 규정은 수량을 지정한 매매의 목적이 부족되는 경우와 매매목적물의 일부가 계약당시에 이미 멸실된 경우에 매수인이 그 부족 또는 멸실을 알지 못한 때에 준용한다. ■ ① 민법 제574조에서 규정하는 ‘수량을 지정한 매매’라 함은 당사자가 매매의 목적인 특정물이 일정한 수량을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 그 수량을 기준으로 하여 정한 경우를 말하는 것이므로, 토지의 매매에 있어 목적물을 등기부상의 면적에 따라 특정한 경우라도 당사자가 그 지정된 구획을 전체로서 평가하였고 면적에 의한 계산이 하나의 표준에 지나지 아니하여 그것이 당사자들 사이에 대상토지를 특정하고 그 대금을 결정하기 위한 방편이었다고 보일 때에는 이를 가리켜 수량을 지정한 매매라 할 수 없다고 할 것인바, 일반적으로 담보권실행을 위한 임의경매에 있어 경매법원이 경매목적인 토지의 등기부상 면적을 표시하는 것은 단지 토지를 특정하여 표시하기 위한 방법에 지나지 아니한 것이고, 그 최저경매가격을 결정함에 있어 감정인이 단위면적당 가액에 공부상의 면적을 곱하여 산정한 가격을 기준으로 삼았다 하여도 이는 당해 토지 전체의 가격을 결정하기 위한 방편에 불과하다 할 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 이를 민법 제574조 소정의 ‘수량을 지정한 매매’라고 할 수 없다(2002다65189). 목적물이 일정한 면적(수량)을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 면적을 기준으로 하여 정하여지는 아파트분양계약은 수량을 지정한 매매이다(99다58136). ② 경매절차 진행 중에 경매목적물인 자수기의 중요부품이 대부분 분리·반출됨으로써 자수기가 작동할 수 없게 된 때는 경매목적물의 일부가 멸실된 경우에 해당하고 경락인은 계약의 해제를 주장할 수 있다(99다34673). ③ 부동산매매계약에 있어서 실제면적이 계약면적에 미달하는 경우에는 그 매매가 수량지정매매에 해당할 때에 한하여 민법 제574조, 제572조에 의한 대금감액청구권을 행사함은 별론으로 하고, 그 매매계약이 그 미달 부분만큼 일부 무효임을 들어 이와 별도로 일반 부당이득반환청구를 하거나 그 부분의 원시적 불능을 이유로 민법 제535조가 규정하는 계약체결상의 과실에 따른 책임의 이행을 구할 수 없다(99다47396). ④ 민법 제574조의 취지는 매매로 인한 채무의 일부를 원시적으로 이행할 수 없는 경우에 대가적인 계약관계를 조정하여 등가성을 유지하려는 데에 있다. 토지의 면적을 기초로 하여 평수에 따라 대금을 산정하였는데 토지의 일부가 매매계약 당시에 이미 도로의 부지로 편입되어 있었고, 매수인이 그와 같은 사실을 알지 못하고 매매계약을 체결한 경우 매수인은 민법 제574조에 따라 도로의 부지로 편입된 부분의 비율로 대금의 감액을 청구할 수 있다. 매수인에게 대금감액청구권이 있고 감액될 부분이 아직 확정되지 않고 있다면 매수인은 대금의 일부에 관한 매도인의 지급청구에도 불구하고 대금전부에 관하여 지급의무의 이행을 거절할 수 있다(92다30580). ⑤ 주택건설사업자가 분양계약 당시 공유지분 산정의 기초가 된 아파트 대지의 일부를 분양계약 후에 시에 기부채납함으로써 분양계약자 등에게 면적이 감소한 공유대지면적을 공급한 경우, 민법 제574조에 의한 담보책임을 물을 수는 없고, 감소된 공유지분 범위 내에서 후발적 이행불능을 이유로 분양계약의 일부 해제가 가능하며, 그 원상회복으로써 대금을 반환받을 수 있다(94다56098). ⑥ 수량지정매매 매수인의 대금감액청구권의 제척기간 기산점인 ‘사실을 안 날’은 단순히 권리의 일부가 타인에게 속한 사실을 안 날이 아니라 그

손해배상청구권³³⁰⁸⁾과의 상계를 항변으로 주장·증명할 수도 있다.

때문에 매도인이 이를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었음이 확실하게 된 사실을 안 날을 말한다(99다58136).

제578조(경매와 매도인의 담보책임) ① 경매의 경우에는 경락인은 전8조의 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있다. ② 전항의 경우에 채무자가 자력이 없는 때에는 경락인은 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금전부나 일부의 반환을 청구할 수 있다. ③ 전2항의 경우에 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. ④ 민법 제578조 제1항, 제2항은 매매의 일종인 경매에 있어서 그 목적물의 하자로 인하여 경락인이 경락의 목적인 재산권을 완전히 취득할 수 없을 때에 매매의 경우에 준하여 매도인의 위치에 있는 경매의 채무자나 채권자에게 담보책임을 부담시켜 경락인을 보호하기 위한 규정으로서 그 담보책임은 매매의 경우와 마찬가지로 경매절차는 유효하게 이루어졌으나 경매의 목적이 된 권리의 전부 또는 일부가 타인에게 속하는 등의 하자로 경락인이 완전한 소유권을 취득할 수 없거나 이를 잃게 되는 경우에 인정되는 것이고 경매절차 자체가 무효인 경우에는 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다(92다15574). 강제경매절차의 기초가 된 채무자 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기여서 경락인이 경매 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우, 그 강제경매는 무효이므로 경락인은 경매 채권자에게 경매대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있고, 민법 제578조 제1항, 제2항에 따른 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다(2003다59259). 강제집행의 집행권원인 압속어음 공정증서가 위조된 경우에도 마찬가지이다(91다21640). ⑤ 민법 제578조 제1항의 '채무자'에는 임의경매에서의 '물상보증인'도 포함되므로 경락인이 그에 대하여 적법하게 계약해제권을 행사했을 때에는 물상보증인은 경락인에 대하여 원상회복의 의무를 진다(87다카2641). 이에 반하여 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결은 "채무자가 아닌 소유자는 민법 제578조 제1항에 의한 담보책임을 부담하지 아니한다."는 방론(傍論)을 실시하였으나, 이에선 비판적인 견해가 많다. ⑥ 매수인이 경매절차에서 부동산에 대한 매각허가결정을 받아 매각대금까지 내고 그 소유권을 취득하였으면, 그 후 재산의 소 등으로 매매의 목적물의 권리가 타인에게 속하게 되거나 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 담보권이 실행되는 등의 사유로 소유권을 상실하게 되더라도 이는 민사집행법 제268조, 제96조 제1항에서 정한 경매절차의 취소사유에 해당하지는 않고, 매수인으로서 매도인의 담보책임에 관한 민법 규정을 적용하거나 유추 적용하여 담보책임을 물을 수 있는데, 그 담보책임은 매수인이 경매절차 밖에서 별도로 채무자 또는 채권자를 상대로 추급하는 것이 원칙이지만, 아직 배당이 실시되기 전이라면 매수인은 민사집행법 제96조를 유추적용하여 집행법원에 대하여 경매에 의한 매매계약을 해제하고 납부한 매각대금의 반환을 청구하는 방법으로 담보책임을 추급할 수 있다(대법원 2017. 4. 19.자 2016그172 결정). 소유권에 관한 가등기의 목적이 된 부동산을 낙찰받아 낙찰대금까지 납부하여 소유권을 취득한 낙찰인이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 일단 취득한 소유권을 상실하게 된 때에도 동일하다(96그164). ⑦ 경매의 목적물에 대항력 있는 임대차가 존재하는 경우에 경락인이 이를 알지 못한 때에는 경락인은 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 계약을 해제하고 제578조 제2항, 제3항의 담보책임을 청구할 수 있을 뿐, 계약을 해제함이 없이 채무자나 경락대금을 배당받은 채권자들을 상대로 경매목적물상의 대항력 있는 임차인에 대한 임대차보증금에 상당하는 경락대금의 전부나 일부를 부당이득하였다고 하여 바로 그 반환을 구할 수는 없다(96다7106). ⑧ 선순위 근저당권의 존재로 후순위 임차권이 소멸하는 것으로 알고 부동산을 낙찰받았으나, 그 후 채무자가 후순위 임차권의 대항력을 존속시킬 목적으로 선순위 근저당권의 피담보채무를 모두 변제하고 그 근저당권을 소멸시키고도 이 점에 대하여 낙찰자에게 아무런 고지도 하지 않아 낙찰자가 대항력 있는 임차권이 존속하게 된다는 사정을 알지 못한 채 대금지급기일에 낙찰대금을 지급하였다면, 채무자는 민법 제578조 제3항의 규정에 의하여 낙찰자가 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다(2002다70075).

3308) ① 민법 제571조 제1항의 선의의 매도인의 손해배상책임은 '무과실'의 손해배상책임이다(92다25946). 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우에 있어서 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 할 매도인의 의무가 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었다면, 매수인이 매매계약 당시 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알고 있었던 탓에 매도인의 담보책임에 관한 민법 제570조 단서의 규정에 의해 손해배상을 청구할 수 없다 하더라도, 채무불이행 일반의 규정(민법 제546조, 제390조)에 쫓아서 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다(93다37328). 이 경우 '이행불능이 매도인의 귀책사유로 인한 것인가 아닌가의 점은 매수인이 이를 주장 입증하여야 하고, 이행불능이 있었다고 하여 만연이 매도인의 귀책사유로 인한 것이라고 추정할 수는 없는 것'이라고 한 판례(70다2449)가 있으나, 이는 민법 제390조 단서의 규정과 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결 등에 비추어 타당하지 않다. ② 타인의 권리를 매매한 자가 권리를 이전할 수 없게 된 때에는 매도인은 선의의 매수인에 대하여

타인의 권리 매매에서 매도인의 담보책임 발생 요건인 '권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때'(소유권 이전 불능)는 채무불이행에서와 같은 정도의 엄격한 개념이 아니다.³³⁰⁹⁾

매도인의 담보책임에 터잡아 '선의의 매수인'에게만 인정되는 계약 해제권 등 권리³³¹⁰⁾의 경우, 해제 상대방인 매도인이 매수인의 '악의' 또는 '과실'에 대한 주장·증명책임을 부담한다고 봄이 타당하고,³³¹¹⁾ 이는 매도인의 대금청구에 대한 매수인의 해제, 대금감액 항변에 대하여 '제척기간의 도과'(직권조사사항)와 함께 매도인의 재항변 사유에 해당한다.³³¹²⁾ 제한물권 존재에 따른 계약 해제권(제575조 ①)의 경우, 계약 해제의 요건사실 중 하나인 '매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 사실'³³¹³⁾이 인정되는 경우에는 그 사실로부터 특별한 사정이 없는 한 '계약의 목적을 달성

불능 당시의 시가를 표준으로 그 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익(이행이익)을 배상할 의무가 있다(대법원 1967. 5. 18. 선고 66다2618 전원합의체 판결). ㉠ 매도인의 담보책임에 기한 손해배상채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있고, 법원은 공평의 원칙상 손해의 발생과 확대에 기여한 배상권리자의 과실을 직권으로 참작하여야 한다(2013다92873-민법 제576조 사안). ㉡ 약관 중 상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 따르는 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항, 상당한 이유 없이 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항은 무효이다(약관의 규제에 관한 법률 제7조 제3, 4호).

3309) 민법 제572조는 매수인 보호를 위한 규정이므로 여기의 이른바 소유권의 이전불능은 채무불이행에 있어서와 같은 정도로 엄격하게 해석할 필요는 없고, 사회관념상 매수인에게 해제권을 행사시키는 것이 타당하다고 인정되는 정도의 이행장애가 있으면 족하고 반드시 객관적불능에 한하는 엄격한 개념은 아니다(77다1283). 이는 동일 문언의 민법 제570조, 제571조 해석에서도 마찬가지로 볼 수 있다.

3310) 선의의 매수인에게만 인정되는 권리로는, 전부 타인 권리 매매에서 매수인의 손해배상청구권(제570조 단서), 일부 타인 권리 매매에서 계약 전부 해제권, 손해배상청구권(제572조 제2항, 제3항), 수량부족·일부滅失의 경우의 계약 해제권, 대금감액청구권, 손해배상청구권(제574조), 제한물권 존재에 따른 계약 해제권, 손해배상청구권(제575조 제1항)이 있고, 선의 무과실의 매수인에게만 인정되는 권리로는, 특정물 매매와 종류물 매매에서 물건의 하자에 의한 계약 해제권, 손해배상청구권(제580조 제1항, 제581조 제1항)이 있다.

3311) 전부 타인 권리 매매에서 매수인의 손해배상청구권의 경우에는 제570조 단서(그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다), 특정물 매매와 종류물 매매에서 물건의 하자에 의한 계약 해제권, 손해배상청구권의 경우에는 제580조 제1항 단서(그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다)의 각 조문 구조 형식에 의하여 매수인의 악의 또는 과실의 증명책임을 해제 상대방인 매도인이 부담함이 분명하게 규정되어 있다. 법문에 '선의의 매수인'(제572조 ②, ③) '매수인이 ... 알지 못한 때'(제574조, 제575조 ①)라고 규정되어 있는 경우에는, 조문 구조 형식에 따라 해제권자인 매수인이 자신의 선의에 대한 주장·증명책임을 부담한다는 견해와 해제 상대방인 매도인이 매수인의 악의에 대한 주장·증명책임을 부담한다는 견해가 양립할 수 있으나, 다른 규정에서 선의 여부가 요증대상인 경우 대체로 '악의'를 요증사실로 삼아 주장·증명책임을 부담하고 있는 점, 매수인이 하자를 모르고 매매계약을 체결하는 것이 일반적이고 원칙적인 모습이고 하자를 알고서 매매계약을 체결하는 것은 예외적 상황이므로 예외적인 특별한 사정의 존재를 요증사실로 삼아 주장·증명책임을 부담함이 타당한 점, 위 제570조 단서와 제580조 제1항 단서와의 통일적 해석을 기할 수 있다는 점에서 후자의 견해를 취함이 타당하다고 본다.

3312) 매수인의 손해배상청구에 대해서는 매도인의 항변 사유에 해당한다.

3313) 이는 ① '매매계약 체결 전에 매도인과 제3자 사이에 매매 목적물에 관한 지상권 등의 설정계약이 체결된 사실'과 ② '지상권 등의 설정계약에 기하여 지상권 등의 설정등기나 인도가 이루어진 사실'의 두 가지 요건사실을 내포한다. ②사실은 매매계약 체결 후라도 상관없다.

할 수 없는 사실'이 인정될 수 있으므로 '계약의 목적을 달성할 수 있는 특별한 사정'도 해제 상대방인 매도인의 재항변 사유에 해당한다.

건물과 그 대지가 목적물인 매매계약에서 건물의 일부가 경계를 침범하여 이웃 토지 위에 건립되어 있는 경우에 매도인이 그 대지 부분을 취득하여 매수인에게 이전하지 못하는 때에는 민법 제572조,³³¹⁴⁾ 가압류 부동산 매수인이 가압류에 근거한 강제집행으로 소유권을 상실한 경우에는 민법 제576조³³¹⁵⁾를 각 '유추적용'하여 담보책임을 물을 수 있다.

3314) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다33570 판결: "매매계약에서 건물과 그 대지가 계약의 목적물인데 건물의 일부가 경계를 침범하여 이웃 토지 위에 건립되어 있는 경우에 매도인이 그 경계 침범의 건물부분에 관한 대지부분을 취득하여 매수인에게 이전하지 못하는 때에는 매수인은 매도인에 대하여 민법 제572조를 유추적용하여 담보책임을 물을 수 있다고 할 것이다. 그리고 그 경우에 이웃 토지의 소유자가 소유권에 기하여 그와 같은 방해상태의 배제를 구하는 소를 제기하여 승소의 확정판결을 받았으면, 이제 다른 특별한 사정이 없는 한 매도인은 그 대지부분을 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었다고 봄이 상당하다. 민법 제572조는 매매목적물의 일부가 타인에게 속하는데 매도인이 이를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 경우 매도인의 담보책임에 대하여 규정하고 있다. 그러므로 건물 및 대지의 매매에서 그 대지의 일부만이 타인에게 속하는 경우에 위 규정이 적용됨에는 의문이 없다. 그런데 그러한 경우 중에는 건물의 일부도 타인의 토지 위에 건립되어 있는 경우도 있을 것이다. 이 후자의 경우에 매매목적물인 건물의 일부가 그 피침범토지 소유자의 권리행사에 좇아 결국 이를 철거하여야 하는 등 그 존립을 유지할 수 없는 운명에 있다고 하면, 이는 매도인에게 그 건물부분의 존립 자체에 관한 권리가 흠결된 것으로서 종국적으로는 매매목적물을 취득하지 못하게 되는 바의 전형적인 위험요소가 당해 매매계약에 내재하고 있다는 흠이 있어, 앞서 본 대지의 일부만이 타인에게 속하는 경우 또는 나아가 일반적으로 매매목적물인 건물의 일부만이 타인에게 속하는 경우에 준하여 처리되어야 할 것이다. 한편 민법 제575조 제2항은 매매의 목적인 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없는 경우 매도인의 담보책임에 대하여 규정하나, 이는 목적물 용역의 편의에 관한 권리가 없는 경우에 관한 것으로서 위와 같이 건물의 존립을 위한 권리가 없는 경우에 유추적용할 것이 못 된다. 또한 원심이 이 사건에 적용한 민법 제580조는 매매목적물의 물질적 성상에 흠이 있는 경우에 관한 것으로서 이 사건에서와 같이 매매목적물의 권리상태에 흠이 있는 경우에 쉽사리 적용될 수 없다."

3315) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다45207 판결: "가압류의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 후 가압류 채권에 근거한 강제집행으로 부동산의 소유권을 상실하게 되었다면 이는 매매의 목적 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로, 이러한 경우 매도인의 담보책임에 관한 민법 제576조의 규정이 준용된다. 즉, 가압류 결정의 기입등기 후 매매계약을 체결하여 가압류의 목적이 된 부동산을 매수한 사람은 가압류 결정의 처분금지적 효력에 의하여 그 가압류 채권에 근거한 강제집행절차에서 부동산의 소유권을 취득한 매수인에게 대항할 수 없으므로 소유권을 상실하게 되는데, 이러한 경우에 민법 제576조가 준용되는 이유는 매매계약 체결 당시 이미 존재하였던 원인에 의하여 후발적으로 소유권을 상실한다는 점에서 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 소유권을 상실하는 경우와 유사하기 때문이다." ■ 소유권에 관한 가등기의 목적이 된 부동산을 낙찰받아 낙찰대금까지 납부하여 소유권을 취득한 낙찰인이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 일단 취득한 소유권을 상실하게 된 때에도 민법 제578조, 제576조를 유추적용하여 담보책임을 추급할 수 있다(96그64). 한편, 국세채납에 따른 공매절차의 매수인이 농지 소유권 취득요건인 농지취득자격증명을 발급받지 못해 소유권을 취득하지 못하던 중 원소유자에 대한 가압류 채권에 근거한 민사집행절차에서 그 농지를 매수한 매수인이 농지취득자격증명을 발급받고 대금을 완납한 때에는 적법하게 그 농지의 소유권을 취득하고, 공매절차의 매수인은 소유권을 취득할 수 없게 되는데, 이러한 결론은 공매절차의 매수인이 가압류의 처분금지적 효력에 의하여 민사집행절차의 매수인에게 대항할 수 없어 발생하는 것이 아니라, 국세채납절차와 민사집행절차가 별개의 절차로 진행된 결과일 뿐이므로, 공매절차의 매각결정 당시 이미 존재하였던 원인에 의하여 후발적으로 소유권을 취득할 수 없게 되는 경우에 해당하지 아니하고, 이러한 경우에게까지 민법 제578조, 제576조가 준용된다고 볼 수는 없다(2012다45207). cf. 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것이다(2019다226135). '준용'은 입법기술상 용어, '유추(적용)'는 해석기술상 용어라는 점에서 차이가 있으므로 위 판시의 '준용'은 '유추(적용)'으로 수정함이 더 적확하다.

민법 제580조의 하자담보책임에 관하여는 상법 제69조의 '상인 간 매매의 하자담보책임' 기술 부분을 참조하면 된다. 하자담보의무의 이행이 오히려 공평의 원칙에 반하는 경우에는 민법 제581조 제2항의 '완전물급부청구권'의 행사가 제한된다.³³¹⁶⁾

라) 사기 취소 항변(고지의무 위반 등)

원고의 기망행위를 이유로 한 피고의 매매계약 취소 항변(불법행위에 기한 손해배상청구에서도 동일하다)에서는, 선전·광고의 기망행위 해당 여부('다소의 과장'은 기망행위라 할 수 없다),³³¹⁷⁾ '신의성실의 원칙상 고지의무' 위반에 따른 '부작위에 의한 기망행위' 해당 여부가 종종 문제된다.

고지의무의 대상은 '계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가저울 수 있는 구체적 사정'³³¹⁸⁾이다(원칙적으로 계약체결과정에서 '시가'나 '전매이익'에 관한 신의칙상 고지·정보제공 의무는 없다³³¹⁹⁾). 사전고지의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결

3316) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다72582 판결; "민법 제581조 제1항, 제2항, 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면, 매매의 목적물을 종류로 지정하였는데 그 후 특정된 목적물에 있는 하자가 있는 경우에, 매수인은 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있고, 그 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 정도에 이르지 아니한 때에는 손해배상을 청구할 수 있으며, 또한 이러한 계약의 해제 또는 손해배상의 청구 대신 하자 없는 물건을 청구할 수 있는 권리(이하 '완전물급부청구권'이라 한다)를 갖는다. 다만 이러한 민법의 하자담보책임에 관한 규정은 매매라는 유상·쌍무계약에 의한 급부와 반대급부 사이의 등가관계를 유지하기 위하여 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각하여 마련된 것인데, 종류매매에서 매수인이 가지는 완전물급부청구권을 제한 없이 인정하는 경우에는 오히려 매도인에게 지나친 불이익이나 부당한 손해를 주어 등가관계를 파괴하는 결과를 낳을 수 있다. 따라서 매매목적물의 하자가 경미하여 수선 등의 방법으로 계약의 목적을 달성하는 데 별다른 지장이 없는 반면 매도인에게 하자 없는 물건의 급부의무를 지우면 다른 구제방법에 비하여 지나치게 큰 불이익이 매도인에게 발생하는 경우와 같이 하자담보의무의 이행이 오히려 공평의 원칙에 반하는 경우에는, 완전물급부청구권의 행사를 제한함이 타당하다. ... 매수인의 완전물급부청구권의 행사에 대한 제한 여부는 매매목적물의 하자의 정도, 하자 수선의 용이성, 하자의 치유가능성 및 완전물급부의 이행으로 인하여 매도인에게 미치는 불이익의 정도 등의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단하여야 한다." ❖ 원고가 피고 회사로부터 자동차를 매수하여 인도받은 지 5일 만에 계기판의 속도계가 작동하지 않는 하자가 발생하였음을 이유로 신차 교환을 구한 사안에서, 원고의 완전물급부청구권 행사가 허용되지 않는다고 한 사례.

3317) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다293395 판결; "상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여되나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다. ... 광고가 계약상대방을 속이거나 계약상대방으로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반인이 그 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 객관적으로 판단하여야 한다."

3318) 대법원 2023. 8. 18. 선고 2022다291702 판결; "재산적 거래관계에 있어서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가저울 수 있는 구체적 사정을 고지하였다면 상대방이 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것이 인정됨에 따라 계약 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 이는 계약 당사자가 조급한 주의를 기울였다면 위와 같은 구체적 사정을 알 수 있었을 경우에도 마찬가지이다." (자동차관리법령상 자동차매매업자가 매수인에게 서면으로 고지하여야 할 사항들의 주요 내용은 매수인이 자동차매매계약을 어떠한 조건으로 체결할 것인지를 정하는 중요한 사항에 해당한다) ❖ 참조판결인 2013다97076 등은 위 뒷부분 판시와 달리, "상대방이 고지의무의 대상이 되는 사실을 이미 알고 있거나 스스로 이를 확인할 의무가 있는 경우 또는 거래 관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 경우 등에는 상대방에게 위와 같은 사정을 알리지 아니하였다고 하여 고지의무를 위반하였다고 볼 수 없다."라고 하였다.

이후 이를 이행하는 과정에서도 유지되고, 고지의무 위반의 채무불이행에 따른 손해배상 책임을 부담한다.³³²⁰⁾

마) 소유권이전등기청구권에 대한 압류 해제에 선이행 항변

압류, 가압류 또는 처분금지가처분이 되어 있는 소유권이전등기청구권에 기초하여, 채무자(매수인, 원고)가 제3채무자(매도인, 피고)를 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 청구함에 대하여, 피고가 압류, 가압류 또는 처분금지가처분의 존재 사실로 항변(이는 피고 측이 주장·증명책임을 지는 항변 사유에 해당한다³³²¹⁾)하는 경우, 금전채권의 경우와 달

3319) ○ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다54997 판결: “일반적으로 매매거래에 있어서 매수인은 목적물을 염가로 구입할 것을 희망하고 매도인은 목적물을 고가로 처분하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있으며, 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것으로 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상 의무가 인정된다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한, 매수인이 목적물의 시가를 묵비하여 매도인에게 고지하지 아니하거나 혹은 시가보다 낮은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도, 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 하였다고 볼 수 없으므로 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다.”

○ 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다86000 판결: “수분양자가 분양자로부터 취득한 분양목적물을 다시 제3자에게 매도하여 전매이익을 얻는 것, 나아가 그 전매이익을 극대화하기 위하여 애초의 분양자에게 지급할 대가를 가능하면 저가로 분양을 받는 것 등은 수분양자가 제반 사정을 고려하여 스스로 판단·결정할 사항이고, 이에 영향을 미치는 사정에 관한 정보는 원칙적으로 수분양자가 스스로 수집하여 평가하여야 한다. 분양자도 일반적으로 분양목적물의 약정대가를 가능한 한 높여서 보다 많은 이익을 얻고자 한다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 … 특별한 사정이 없는 한, 분양자에게 그 대립당사자로서 스스로 이익을 추구하여 행위는 수분양자에 대하여 최초분양인지, 전매분양인지를 포함하여 수분양자의 전매이익에 영향을 미칠 가능성이 있는 사항들에 관하여 분양자가 가지는 정보를 밝혀야 할 신의칙상의 의무가 있다거나, 나아가 그러한 정보를 밝혀 고지하지 아니하면 그것이 부작위에 의한 기망에 해당하여 민법 제110조 제1항에서 정하는 사기가 된다고 쉽사리 말할 수 없다.”

3320) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다215124 판결: “미리 고지할 … 의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결 이후 이를 이행하는 과정에서도 유지된다. 당사자 상호 간의 신뢰관계를 기초로 하는 계속적 계약의 일방 당사자가 계약을 이행하는 과정에서 상대방의 생명, 신체, 건강 등의 안전에 위해가 발생할 위험이 있고 계약 당사자에게 그 위험의 발생 방지 등을 위하여 합리적 조치를 할 의무가 있는 경우, 계약 당사자는 그러한 위험이 있음을 상대방에게 미리 고지하여 상대방으로 하여금 그 위험을 회피할 적절한 방법을 선택할 수 있게 하거나 계약 당사자가 위험 발생 방지를 위한 합리적 조치를 함으로써 그 위험을 제거하였는지를 확인할 수 있게 할 의무가 있다. 특히 계속적 계약의 일방 당사자가 고도의 기술이 집약된 제품을 대량으로 생산하는 제조업자이고 상대방이 소비자라면 정보 불균형으로 인한 부작용을 해소하기 위해 제조업자에 대하여 위와 같은 고지의무를 인정할 필요가 더욱 크다.” ⇨ 정수기 제조업자인 피고가 정수기에서 중금속인 니켈이 검출된 사실을 인지하였음에도 피고로부터 동종의 정수기를 임차 또는 매수하여 사용하는 원고들에게 이를 알리지 않은 사안에서, 피고의 고지의무 위반으로 인한 채무불이행을 인정하고 원고들이 건강과 밀접한 관련이 있는 마실 물에 관하여 선택권을 행사할 기회를 상실하였다는 이유로 원고들의 정신적 손해를 인정한 예.

3321) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22963 판결: “소유권이전등기청구권이 가압류되어 있다는 사정은 피고 측의 항변사유에 해당하는 것이고 직권조사가항은 아닌 만큼, 소유권이전등기 청구소송의 소장에 그와 같은 가압류의 존재 사실이 기재되어 있다고 하더라도 이는 선행자백에 불과하여 피고가 응소하여 그 부분을 원용하는 경우에 비로소 고려될 수 있는 것이므로, 피고가 답변서를 제출하지 아니하고 변론기일에 출석하지도 아니하여 그 사건의 원고가 주장하는 소유권이전등기청구권의 요건 사실에 관하여 의제자백의 효과가 발생한 이상 법원으로는 전부소송의 판결을 할 것이지 단순히 가압류사실을 알게 되었다고 하더라도 가압류가 해제될 것을 조건으로 한 판결을 할 수는 없는 것이다.” ⇨ 피고 측의 항변사유에 해당한다는 판시 부분은 타당하나, 피고의 원용 전 원고의 소장 기재 또는 자인진술을 ‘선행자백’이라 한 것은 잘못이고(2014다64752 참조), 원고의 자인진술이 있는 경우에는 그 철회가 없는 이상 원·피고 간 주장공통의 원칙에 따라 설사 ‘소유권이전등기청구권에 가압류가 존재한다.’는 항변사실에 대한 피고의 주장이 없더라도 법원은 원고의 자인진술에 기초하여

리,³³²²⁾ 법원은 압류, 가압류 또는 처분금지가처분의 해제를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 일부 인용 판결을 하여야 한다.³³²³⁾ 이러한 법리는 '의사의 진술을 명하는 판결'에 해당하는 '주권발행 전 주식의 양도를 명하는 판결'의 경우에도 마찬가지로 적용된다.³³²⁴⁾

제3채무자가 소유권이전등기청구권에 대한 (가)압류 결정을 무시하고 채무자에게 임의로 이전등기를 마쳐주고 채무자는 다시 제3자에게 이전등기를 마쳐 준 경우, 소유권이전등기청구권의 (가)압류는 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력이 없어 채권자는 제3자에게 그 명의 등기의 말소등기를 청구할 수 없으므로, 제3채무자는 채권자의 손해에 대한 불법행위책임을 진다.³³²⁵⁾ 제3채무자는 소유권이전등기청구권이 (가)압류된 부동산

가압류 해제를 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 일부 인용 판결을 할 수 있다고 보는 것이 옳다고 생각한다.

3322) 금전채권에 대한 (가)압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 (가)압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없다(98다42615).

유사한 사례와의 비교·정리 ① (가)압류만된 금전채권의 이행청구에 대해서는 (가)압류의 존재가 유효한 항변이 될 수 없어 원고의 청구는 무조건 인용되나, ② 압류·추심명령이 있는 금전채권에 대한 채무자의 제3채무자에 대한 이행청구는 당사자적격의 흠결로 부적법 각하되고, ③ 압류·전부명령이 있는 금전채권에 대한 채무자의 제3채무자에 대한 이행청구는 추심명령의 경우와 달리 채무자 자신이 이행청구권자임을 주장하는 이상 원고 적격이 인정되나 피고인 제3채무자가 전부명령에 따른 실체법상 이행청구권 상실의 유효한 항변을 함으로써 본안에서 기각된다. ④ 채권양도된 금전채권에 대한 양도채권자의 채무자에 대한 이행청구도 압류·전부명령의 경우와 마찬가지로 보면 된다.

3323) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다42615 판결; "소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없게 되므로 ... 가압류의 해제를 조건으로 하지 않는 한 법원은 이를 인용하여서는 안 되는 것이며, 가처분이 있는 경우도 이와 마찬가지로 그 가처분의 해제를 조건으로 하여야만 소유권이전등기절차의 이행을 명할 수 있다고 할 것이고, 소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있기 전에 가처분이 있었다고 하여도 가처분이 뒤에 이루어진 가압류에 우선하는 효력이 없으므로 가압류는 가처분채권자의 관계에서도 유효할 뿐만 아니라, 가압류 상호간에도 그 결정이 이루어진 선후에 따라 뒤에 이루어진 가압류에 대하여 처분금지적 효력을 주장할 수는 없다고 한 다음, ... 소유권이전등기청구권 가압류 및 가처분의 해제를 조건으로 ... 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단함으로써, ... 이 사건 청구를 일부 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결을 하였는바, ... 원심의 판단은 ... 정당하고"

3324) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다3222, 3239 판결; "일반적으로 주식양도청구권의 압류나 가압류는 주식 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없고 채무자가 제3채무자에게 현실로 급부를 추심하는 것을 금지할 뿐이다. 따라서 채무자는 제3채무자를 상대로 그 주식의 양도를 구하는 소를 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수 없다. 다만 주권발행 전이라도 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6개월이 지나면 주권의 교부 없이 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 주식을 양도할 수 있으므로, 주권발행 전 주식의 양도를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결에 해당한다. 이러한 주식의 양도를 명하는 판결이 확정되면 채무자는 일방적으로 주식 양수인의 지위를 갖게 되고, 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로, 가압류의 해제를 조건으로 하지 않는 한 법원은 이를 인용하여서는 안 된다. 이는 가압류의 제3채무자가 채권자의 지위를 점하는 경우에도 동일하다."

3325) 대법원 2022. 12. 15. 선고 2022다247750 판결[위탁자의 채권자인 원고들이 위탁자의 피고 수탁회사에 대한 담보신탁계약 종료(해지)를 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 관하여 (가)압류를 한 후, 피고가 담보신탁계약상 특약에 따라 위탁자의 매수인들에게 직접 소유권이전등기의무를 마쳐준 사안에서, 이는 제3채무자인 피고가 (가)압류결정을 무시한 채 담보신탁계약의 해지에 따른 피고의 위탁자에 대한 소유권이전등기의무와 위탁자의 매수인들에 대한 소유권이전등기의무를 단축하여 이행한 것이므로, 원고들에 대한 불법행위책임을 성립한다고 한 예].

산에 관하여 채무자 또는 그 대위자로부터 제기된 소유권이전등기 청구소송에 '응소'하여 '(가)압류 사실을 주장·증명할 의무'를 지고, 제3채무자가 고의 또는 과실로 위 소송에 응소하지 아니한 결과 자백간주 판결이 선고·확정됨에 따라 채무자, 제3자 명의의 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 채권자가 손해를 입은 경우, 불법행위책임을 진다.³³²⁶⁾

4) 소유권이전등기청구권 보전을 위한 부동산처분금지가처분

부동산에 대한 채무자의 소유권이전, 저당권·전세권·임차권의 설정 그 밖에 일체의 처분행위를 금지하는 부동산처분금지가처분은 그 후 채무자로부터 부동산을 양수한 제3자는 가처분채권자에게 대항할 수 없게 되어 피보전권리의 실현을 위한 소송과 집행절차에서 당사자를 고정시킬 수 있게 된다.

부동산처분금지가처분 등기 후에 가처분채권자가 본안소송에서 승소판결을 받아 확정되면 그 피보전권리³³²⁷⁾의 범위 내에서 그 가처분에 저촉되는 채무자의 제3자에 대한 처분행위(가처분등기 후에 그 피보전권리를 실현하는 내용의 등기가 마쳐진 경우 그 등기는 유효하다³³²⁸⁾)의 효력을 부정할 수 있고,³³²⁹⁾ 이 때 그 처분행위가 가처분에 저촉되는 것인지의

3326) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22963 판결: "소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 있으면 그 변제금지의 효력에 의하여 제3채무자는 채무자에게 임의로 이전등기를 이행하여서는 아니되는 것이나, 그와 같은 가압류는 채권에 대한 것이지 등기청구권의 목적물인 부동산에 대한 것이 아니고, 채무자와 제3채무자에게 결정을 송달하는 외에 현행법상 등기부에 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력을 가지며, 제3자에 대하여는 가압류의 변제금지의 효력을 주장할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 가압류는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없다 할 것이고, 제3채무자나 채무자로부터 이전등기를 경료한 제3자에 대하여는 취득한 등기가 원인무효라고 주장하여 말소를 청구할 수는 없는 것이므로, 제3채무자가 가압류결정을 무시하고 이전등기를 이행하고 채무자가 다시 제3자에게 이전등기를 경료하여 준 결과 채권자에게 손해를 입은 때에는 불법행위를 구성하고 그에 따른 배상책임을 지게 된다고 할 것이다. ... 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일반적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로, 소유권이전등기청구권이 가압류된 경우에는 변제금지의 효력이 미치고 있는 제3채무자로서는 일반채권이 가압류된 경우와는 달리 채무자 또는 그 채무자를 대위한 자로부터 제기된 소유권이전등기 청구소송에 응소하여 그 소유권이전등기청구권이 가압류된 사실을 주장하고 자신이 송달받은 가압류결정을 제출하는 방법으로 입증하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 만일 제3채무자가 고의 또는 과실로 위 소유권이전등기 청구소송에 응소하지 아니한 결과 의제자백에 의한 판결이 선고되어 확정됨에 따라 채무자에게 소유권이전등기가 경료되고 다시 제3자에게 처분된 결과 채권자가 손해를 입었다면, 이러한 경우는 제3채무자가 채무자에게 임의로 소유권이전등기를 경료하여 준 것과 마찬가지로 불법행위를 구성한다고 보아야 할 것이다."

3327) 토지거래허가구역 내의 토지에 관하여 관할관청의 허가를 받을 것을 전제로 한 매매계약은 법률상 미완성의 법률행위로서 허가받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어, 그 매수인이 매도인을 상대로 하여 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없고 그 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권 또는 토지거래계약에 관한 허가를 받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 부동산처분금지가처분신청 또한 허용되지 않으며, 가처분결정 후 토지거래계약에 관한 허가를 받았다고 하여 소급적으로 또는 장래에 있어 '피보전권리를 완전히 갖춘 온전한 가처분'과 같은 효력을 가질 수는 없고, 피보전권리가 없음에도 불구하고 그 권리보전이라는 구실 아래 처분금지가처분 결정을 받아 이를 집행한 경우에는 그 가처분 후에 그 가처분에 반하여 한 행위라도 그 행위의 효력은 그 가처분에 의하여 무시될 수 없다(대법원 2010. 8. 26.자 2010마 818 결정).

3328) 대법원 1994. 3. 8. 선고 93다42665 판결: "부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분결

여부는 그 처분행위에 따른 등기와 가처분등기의 선후에 의하여 정해진다.³³³⁰⁾

가처분 '취소' 결정의 집행에 의하여 처분금지가처분등기가 '말소'된 경우에는 가처분 등기 후 소유권이전등기를 마친 제3자는 처분금지효의 제한을 받지 않고 그 소유권 취득의 효력을 가처분채권자에게 대항할 수 있다.^{3331) 3332)}

정을 받아 그 등기를 마친 경우 그 가처분은 전득자가 자신의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인이 양수인 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하게 하는 데에 그 목적이 있는 것으로서 그 피보전권리는 양수인의 양도인에 대한 소유권이전등기청구권이고, 전득자의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함되는 것은 아닐 뿐만 아니라 그 가처분결정에서 제3자에 대한 처분을 금지하였다고 하여도 그 제3자 중에는 양수인은 포함되지 아니하며 따라서 그 가처분 이후에 양수인이 양도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨 받았고 이에 터잡아 다른 등기가 경료되었다고 하여도 그 각 등기는 위 가처분의 효력에 위배되는 것이 아니다." [동일 취지] 갑으로부터 을, 병을 거쳐 부동산을 전득한 정이 그의 병에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 을 및 병을 순차 대위하여 갑을 상대로 처분금지가처분을 한 경우, 그 처분금지가처분은 정 병에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 병 및 을을 순차 대위하여 갑이 을 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하게 하는 데 그 목적이 있는 것으로서, 그 피보전권리는 실질적 가처분채권자인 을의 갑에 대한 소유권이전등기청구권이고 병의 을에 대한 소유권이전등기청구권이나 정 병에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함하는 것은 아니므로, 위 처분금지가처분 이후에 가처분채무자인 갑으로부터 병 앞으로 경료된 소유권이전등기는 비록 그 등기가 가처분채권자인 정에 대하여 소유권이전등기의무를 부담하고 있는 자에게로의 처분이라 하여도 위 처분금지가처분의 효력에 위배되어 가처분채권자인 정에게 대항할 수 없고, 따라서 정 병의 말소신청에 따라 처분금지가처분의 본안에 관한 확정판결에 기하여 병 명의의 소유권이전등기를 말소한 것은 적법하다고 한 예(97다47897).

3329) 가처분위반의 처분행위는 가처분채무자와 그 상대방 및 제3자 사이에서는 완전히 유효하고 단지 가처분채권자에게만 대항할 수 없는 상대적 효력을 갖는 데 그친다.

3330) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2000다65802, 65819 판결. 가처분등기보다 먼저 등기된 가등기로 본등기가 마쳐진 경우에는 그 본등기가 설사 가처분등기 후에 마쳐졌다 하더라도 가처분채권자에게 대항할 수 있다(가등기의 순위보전적 효력).

3331) 대법원 2017. 10. 19.자 2015마1383 결정; "가처분취소결정의 집행에 의하여 처분금지가처분등기가 말소된 경우 그 효력은 확정적인 것이다. 따라서 처분금지가처분결정에 따른 가처분등기가 마쳐져 있던 상태에서 그 부동산을 양수하여 소유권이전등기를 마친 제3자라 하더라도 위와 같이 가처분등기가 말소된 이후에는 더 이상 처분금지효의 제한을 받지 않고 그 소유권취득의 효력을 가처분 채권자에게 대항할 수 있게 된다. 이러한 경우 가처분 채권자는 더 이상 그 처분금지가처분을 신청할 이익이 없게 된다." 이 경우, ① 제3자는 가처분 등기 말소 후에는 아무런 제한을 받지 않고 소유권취득의 효력을 가처분채권자인 원고에게 대항할 수 있으므로, 피고(매도인)의 원고에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다(2000다32147). ② 제3자 명의의 소유권이전등기 이전에 원고가 처분금지가처분등기를 경료하였음을 이유로 피고의 이행불능항변을 배척하려면 위 처분금지가처분에 대한 이의·취소절차에 따라 가처분등기가 말소되었는지 여부를 나아가 신리하여 보아야 한다(93다60274; 이어서 "가처분등기가 말소되지 않았음이 인정된 연후에야 비로소 피고의 이행불능항변을 배척하였어야 할 것이다."라고 한 부분은 주장·증명책임의 분배 측면에서 적절치 않다). ③ 가처분취소결정에 대하여 즉시항고가 있는 경우에, 불복의 이유로 주장한 사유가 법률상 정당한 사유가 있다고 인정되고 사실에 대한 소명이 있으며, 그 가처분을 취소함으로써 인하여 회복할 수 없는 손해가 생길 위험이 있다는 사정에 대한 소명이 있는 때에는, 법원은 당사자의 신청에 따라 가처분취소결정의 효력을 정지시킬 수 있다(민사집행법 제289조 ①, 제301조). ④ 가처분취소결정에 대하여 효력정지의 재판을 하기 전에 가처분취소결정의 집행이 마쳐진 경우에는 효력정지의 재판을 할 수 없고, 가처분취소결정의 집행이 마쳐진 후에 이를 간파하고 효력정지의 재판을 받았다고 하더라도 이미 집행된 가처분등기말소 및 그 이후에 이루어진 제3자 명의의 소유권이전등기의 효력에는 아무런 영향을 미치지 못한다(2008마1963).

3332) 소유권이전등기의무의 이행불능 여부와 관련하여, 논리적으로는 "① 제1양수인의 피고에 대한 소유권이전등기 청구 → ② 제3자(제2양수인) 명의의 소유권이전등기(이행불능 항변) → ③ 제1양수인의 처분금지가처분 등기(이행가능 한 특별한 사정'의 재항변) → ④ 처분금지가처분 '취소'결정에 따른 가처분등기의 말소(재재항변)" 순으로 공격방어가 이루어질 수 있으나, 등기기록 제출 시에 ②, ③이 함께 소송에서 현출될 것이므로 실제 소송에서는 피고가 ④ 사실까지 주장·증명하여야 ②의 이행불능 항변이 유효하게 된다.

가처분채권자가 본안의 승소확정판결을 받고 그 정본을 첨부하여 소유권이전등기신청과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 마쳐진 제3자 명의 소유권이전등기의 말소신청을 하면 제3자 명의의 소유권이전등기를 말소하고 가처분채권자 앞으로 소유권이전등기를 하게 된다.³³³³⁾

소유권이전청구권가등기 청구채권, 저당권설정등기청구권 등 소유권 외의 권리의 등기청구권을 보전하기 위한 부동산 처분금지가처분도 가능하다.³³³⁴⁾

5) 예비적 반소

원고(매도인)의 매매계약에 기한 매매대금청구에 대하여, 피고(매수인)가 계약의 무효·취소·해제 등을 주장하면서 청구기각을 구하고 '원고 청구가 인용될 경우'를 대비하여 조건부로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 형태의 '예비적 반소',^{3335) 3336)} 원고(매

3333) 부동산등기법 제94조(가처분등기 이후의 등기 등의 말소) ① 「민사집행법」 제305조제3항에 따라 권리의 이전, 말소 또는 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분등기가 된 후 가처분채권자가 가처분채무자를 등기의무자로 하여 권리의 이전, 말소 또는 설정의 등기를 신청하는 경우에는, 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 그 가처분등기 이후에 된 등기로서 가처분채권자의 권리를 침해하는 등기의 말소를 단독으로 신청할 수 있다. ② 등기관이 제1항의 신청에 따라 가처분등기 이후의 등기를 말소할 때에는 직권으로 그 가처분등기도 말소하여야 한다. 가처분등기 이후의 등기가 없는 경우로서 가처분채무자를 등기의무자로 하는 권리의 이전, 말소 또는 설정의 등기만을 할 때에도 또한 같다. ③ 등기관이 제1항의 신청에 따라 가처분등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 자체 없이 그 사실을 말소된 권리의 등기명의인에게 통지하여야 한다.

3334) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015다202360 판결: "저당권설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기가 이미 되어 있는 부동산에 관하여 그 후 소유권이전등기나 처분제한의 등기 등이 이루어지고, 그 뒤 가처분채권자가 본안소송의 승소확정으로 그 피보전권리 실현을 위한 저당권설정등기를 하는 경우에, 가처분등기 후에 이루어진 위와 같은 소유권이전등기나 처분제한의 등기 등 자체가 가처분채권자의 저당권 취득에 장애가 되는 것은 아니어서 그 등기가 말소되지는 않지만, 가처분채권자의 저당권 취득과 저촉되는 범위에서는 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자에게 대항할 수 없게 된다. 저당권 등 소유권 외의 권리의 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기 후 그 피보전권리 실현을 위한 저당권 등의 설정등기를 하는 때에는 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자의 저당권 등의 취득에 대항할 수 없다는 점을 표시하기 위하여 그 설정등기가 가처분에 기초한 것이라는 뜻도 함께 등기하게 되어 있고(부동산등기법 제95조 참조). 이와 같이 가처분의 피보전권리 실현을 위한 등기가 되면 가처분은 목적을 달성하여 효력을 잃고 그 가처분등기는 존치할 필요가 없는 것에 불과하게 된다. 따라서 저당권설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기 후 그 피보전권리 실현을 위한 저당권 설정등기가 되면, 그 후 가처분등기가 말소되더라도 여전히 가처분등기 후에 등기된 권리의 취득이나 처분의 제한으로 가처분채권자의 저당권 취득에 대항할 수 없다." ■ 이러한 법리는 소유권이전청구권가등기 청구채권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 등기가 마쳐진 부동산에 관하여 그 피보전권리 실현을 위한 가등기와 그에 의한 소유권이전의 본등기가 마쳐진 때에도 마찬가지로 적용되어야 한다(대법원 2022. 6. 30. 선고 2018다276218 판결).

3335) ① 매수인의 소유권이전등기청구(본소)가 인용될 것을 조건으로 구하는 매도인의 매매대금청구[2020다34561, 34585, 34608: 피고들의 각 반소(매매대금청구)는 본소청구(소유권이전등기청구)가 인용될 것을 정지조건으로 심판을 구하는 예비적 반소이고, 본소청구가 각하되거나 취하되면 예비적 반소도 본소와 같이 소멸하는데, 이 사건 본소가 취하된 이상 피고들의 반소 역시 본소와 함께 모두 종료되었으므로, 본소와 반소 모두 소취하로 종료되었음을 선언한 예], ② 점유자의 점유권에 기한 인도청구(본소)에 대하여 소유권자가 본소청구 인용에 대비하여 소유권에 기한 인도청구를 하는 경우(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결)도 동일한 형태의 예비적 반소이다.

3336) ◎ 예비적 반소 관련 판례: ① 본소청구가 인용될 경우를 대비하여 조건부로 반소청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 예비적 반소는 본소청구 기각판결이 확정되면 해제조건의 성취로 인하여 소송의 계속은 소급적으로

도인)의 매매계약에 기한 매매잔대금청구에 대하여, 피고(매수인)가 계약의 무효 등을 주장하면서 청구기각을 구하고 '원고 청구가 배척될 경우'를 대비하여 조건부로 기지급 매매대금의 반환을 구하는 형태의 '예비적 반소'³³³⁷⁾의 제기가 가능하다.

소멸한다. 이러한 예비적 반소는 소송이 재판에 의하지 않고 끝난 경우에 해당하므로 당시의 소송계속 법원은 본안재판에서 반소비용에 관하여 판단할 필요가 없고, 이에 대하여 판단하였더라도 아무런 효력이 없다. 따라서 예비적 반소가 소급적으로 소멸한 경우 당사자는 소송비용 부담의 재판 및 확정절차를 통해서만 예비적 반소의 소송비용을 상환받을 수 있고, 그 소송비용은 소취하의 경우와 마찬가지로 패소한 당사자에 준하여 피고가 부담하는 것이 원칙이다. 예비적 반소를 제기한 피고가 본안소송에 관하여 소송비용액 확정을 신청한 경우 법원은 본소의 소송비용에 대해서만 소송비용액을 확정하면 충분하고, 이 경우 소송비용에 산입되는 변호사보수의 기준이 되는 소송목적의 값은 예비적 반소를 고려함이 없이 본소의 소가만을 기준으로 산정하여야 한다(2017마6406). ● 제1심이 원고의 본소청구를 배척한 경우 피고의 예비적 반소는 제1심의 심판대상이 될 수 없고, 이와 같이 심판대상이 될 수 없는 소에 대하여 제1심이 판단하였다고 하더라도 그 효력은 없으므로, 피고가 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니하였다는 사유만으로 예비적 반소가 항소심의 심판대상으로 될 수 없는 것은 아니고, 따라서 항소심이 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소청구를 인용하는 경우 피고의 예비적 반소청구를 심판대상으로 삼아 이를 판단하여야 한다(2006다19061,19078).

3337) 본안판결의 취소·변경을 조건으로 하는 가지급물 반환신청도 동일한 형태의 예비적 반소이다(2011다25145).