

나) 매매계약 체결의 형성권 행사

(1) 매매계약

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

매매의 일방예약³²⁶⁹⁾에서 예약자의 상대방이 매매계약완결의 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 전보주택 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 결정되는데, 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 달라서 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 매매완결 여부의 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 것까지 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 망 이OO, 소외 유OO와 사이에 사전 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 경로+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 매매예약완결권이 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 공동대수인으로 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 소의 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 사실에서, 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 소유권이전등기의 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 소유권이전 등기를 청구하기 위해서는, 추가적인 청구원인사실로서 '관계 당사자 전원의 중간생략등기 합의'가 필요하다.³²⁸⁴⁾

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 소유권이전 등기청구권을 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 명의신탁자가 그 양도에 대하여 동의하거나 승낙하지 않고 있다면 그 양수인은 위와 같은 소유권이전등기청구권을 양수하였다는 이유로 명의신탁자에 대하여 직접 소유권이전등기청구를 할 수 없다."