

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사 건 2020나20136 약정금  
원고, 피항소인 A  
대구 수성구  
소송대리인 변호사 ○○

피고, 항소인 1. B  
대구 수성구  
소송대리인 법무법인 ○○  
담당변호사 ○○, ○○

2. C  
대구 수성구  
소송대리인 변호사 ○○

제 1 심 판 결 대구지방법원 2019. 12. 12. 선고 2017가합205251 판결  
변 론 종 결 2020. 11. 11.  
판 결 선 고 2020. 12. 16.

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.  
피고들은 연대하여 원고에게 500,000,000원 및 이에 대하여 2020. 10. 14.부터 2020. 12. 16.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 피고들의 나머지 항소를 모두 기각한다.
3. 소송 총비용 중 50%는 원고가 부담하고, 나머지 50%는 피고들이 부담한다.

## 청구취지 및 항소취지

### 1. 청구취지

선택적으로, ① 피고들은 연대하여 원고에게 1,000,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 최종 송달일부터 30일이 경과한 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하거나 ② 피고들은 연대하여 원고에게 1,000,000,000원 및 이에 대하여 2020. 8. 26.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하거나 ③ 피고들은 연대하여 원고에게 1,000,000,000원 및 이에 대하여 2020. 9. 23.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 최종 송달일부터 15일이 지난 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하거나 ④ 피고들은 연대하여 원고에게 1,000,000,000원 및 이에 대하여 2020. 9. 25.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 최종 송달일부터 15일이 지난 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 2. 항소취지

제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고

들에 대한 청구를 모두 기각한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고는 2016. 7. 11. 피고들과 사이에, 원고가 소유한 대구 달서구 소재 토지 및 건물(이하 '원고 소유 부동산'이라 한다)과 피고들이 장래 매수할 예정인 서귀포시 임야 외 10필지(이하 '피고들 매수계획부동산'이라 한다)를 서로 교환하기로 하는 계약(이하 '이 사건 교환계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 교환계약의 주요 내용은 다음과 같다.

부동산 교환계약서					
1. 원고와 피고들은 원고 소유의 아래 부동산과 피고들이 소유권을 취득할 아래 각 부동산에 관하여 다음과 같은 내용으로 부동산 교환계약을 체결한다.					
[원고 소유 부동산 내역]					
순번	부동산 내역	매매가격	대출금	보증금	잔액
1	대구 달서구				
2	위 지상 철근콘크리트조 슬래브지붕 3층 근린생활시설(대중음식점, 노래연습장) 1층 대중음식점 2층 대중음식점 3층 노래연습장 지하 대중음식점	30억 원(부가세 별도)	13억 5,000만 원	합계 1억 원 (월세 합계 1,100만 원)	15억 5,000만 원
[피고들 매수계획부동산 내역]					

순번	부동산 내역	비고
1	제주 서귀포시	위 각 토지 지상 건축물 포함
2	같은 리	
3	같은 리	
4	같은 리	
5	같은 리	
6	같은 리	
7	같은 리	
8	같은 리	
9	같은 리	
10	같은 리	
11	같은 리	
	합계 5,982평	1평당 85만 원 × 5,982평 =5,084,700,000원

2. 원고 소유 부동산의 매매가액을 15억 5,000만 원(= 원고 소유 부동산의 매매가액 30억 원 - 대출금 13억 5,000만 원 - 보증금 1억 원)으로 산정하고, 피고들이 취득할 피고들 매수계획부동산의 매매가액을 5,084,700,000원{= 총 5,982평 × 85만 원/평당 단가(단, 피고들의 실제 구입가격으로 하고 계약 시 변동될 수 있음)}으로 산정한다.

(※ 단, 원고 소유 부동산의 매매가격을 27억 원으로, 피고들이 취득할 피고들 매수계획 부동산의 매매가격을 평당 125만 원으로 산정하여 실거래 신고하고 기타소득세 요구하지 않음)

3. 피고들은 피고들 매수계획부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료한 후(위 각 부동산에 설정된 근저당권 등 담보물권과 지상권 등 용익물권 모두 말소할 것) 원고에게 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권을 이전한다.

원고는 피고들로부터 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권을 이전받음과 동시에 피고들에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권을 이전한다.

4. 원고는 피고들로부터 피고들 매수계획부동산의 소유권을 이전받음과 동시에 위 각 부동산을 담보로 대출을 받아 원고 소유 부동산의 매매가격과 피고들 매수계획부동산의 매매가액의 차액 3,534,700,000원{= 5,084,700,000원 - 15억 5,000만 원(단, 원·피고들 간에 매매차액은 원고 취득평수가 변동될 수 있다)}을 지급하기로 하고, 피고들은 위

담보대출에 적극 협조하기로 한다.

5. 피고들은 원고로부터 원고 소유 부동산에 관한 소유권을 이전받음과 동시에 원고 소유 부동산에 관한 대출금채무(기존 대출금 13억 5,000만 원 및 대출금 5억 원)와 보증금반환채무(1억 원)를 인수하기로 한다.

(단, 원고 소유 부동산 이전 시까지 기존 대출금 13억 5,000만 원에 대한 이자 월 370만 원은 원고가 지급하고, 추가 대출시 발생하는 월 370만 원을 초과하는 이자와 중도상환수수료는 피고들이 연대하여 지급한다)

6. 피고들 매수계획부동산에 관하여 건축인·허가가 나오지 않을 경우, 이를 피고들의 책임으로 인정하고 원고와 피고들 사이의 위 각 부동산에 관한 교환계약을 취소하기로 한다.
7. 원고와 피고들 사이에 위 각 부동산에 관한 교환계약이 해제·취소될 경우, 피고들은 위 5항과 같이 대출받은 대출원리금을 즉시 변제하고, 그 해제·취소일로부터 15일 이내에 위 대출원리금 등 일체의 채무를 변제하지 않을 경우 피고들은 연대하여 그 미변제로 인한 손해를 배상하고, 이와 별도로 10억 원(총 대출금의 2배)을 위약벌로 배상하여야 한다[이에 대하여는 피고들은 공동채무자로 피고들 소유 부동산에 대하여 근저당권을 설정하도록 한다].

나. 원고는 위와 같이 피고들과 이 사건 교환계약을 정식으로 체결하기 전인 2016.

7. 8. 피고 B로부터 피고들 매수계획부동산의 계약금으로 사용할 5억 원을 먼저 달라는 요청을 받고 그중 일부인 247,000,000원을 피고 B가 대표로 있는 주식회사 D(이하 'D'라 한다) 명의의 계좌로 송금하였다.

다. 한편 원고 소유 부동산에는 근저당권자를 주식회사 신한은행으로 한 채권최고액 17억 4,000만 원(피담보채무액 13억 5,000만 원)의 근저당권이 설정되어 있었는데, 원고는 이 사건 교환계약 체결 후인 2016. 7. 12. 이 사건 교환계약 제5항에 따라 ○○농업협동조합에 채권최고액 22억 2,000만 원의 근저당권을 설정하고(이와 함께 위 주식회사 신한은행의 근저당권설정등기는 말소되었다) 추가로 5억 원을 대출받아 그중 238,126,000원을 D 명의의 계좌로 송금하였다.

라. 피고 B는 원고로부터 위와 같이 송금받은 485,126,000원(= 247,000,000원 +

238,126,000원) 및 이와 관련한 금융비용 등 합계 5억 원(이하 '원고 선지급대출금'이라 한다)의 반환을 담보하기 위하여 원고에게, 2016. 7. 12. D 소유의 서귀포시 대정읍임야 6432㎡ 외 2필지에 관하여, 2016. 7. 18. 피고 B 소유의 대구 달성군 전 476㎡에 관하여 각 채무자를 피고 B, 근저당권자를 원고, 채권최고액을 6억 원으로 하는 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)을 설정하여 주었다.

마. 원고는 이 사건 교환계약 체결 후 원고 소유 부동산에 관한 매수 문의가 있자 2016. 8. 11. 피고 B로부터 아래와 같은 내용의 확인서(이하 '2016. 8. 11.자 확인서'라 한다)를 작성 받은 후 2016. 8. 30. 주식회사 E에게 원고 소유 부동산을 30억 원에 매도(이하 '원고 선이행매매'라 한다)하고, 2016. 9. 30. 주식회사 E 앞으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

1. 이 사건 교환계약서의 '원고 소유 부동산'을 피고 B의 요구로 제3자에게 30억 원에 매매할 시는 실거래신고 가격과 차이금액에 대한 양도차액 1억 1,400만 원과 중개수수료를 피고 B가 부담하고, 차후에 아무 이의를 제기하지 않겠음을 확인합니다.
2. 매매대금 중 대출금, 보증금 공제한 잔액 15억 5,000만 원 중 5억 원은 2016. 7. 12. 원고가 피고 B에게 계약금조로 지급하였고 나머지 금액 10억 5,000만 원에서 양도차액 양도세 1억 1,400만 원과 중개수수료를 공제한 금액은 '피고들 매수계획부동산'을 원고 소유로 명의 이전 시 은행대출과 함께 지급한다. 모든 건 서로 계약서에 의합니다.

바. 원고는 2016. 10.경 피고 C으로부터 아래와 같은 내용의 확인서(갑 제6호증, 이하 '2016. 10.경 확인서'라 한다)를 작성 받고 2016. 11.경 이 사건 근저당권설정등기를 모두 말소하여 주었다.

일금 5억 원

상기 금액은 피고 B 소유 부동산에 설정한 채권으로 해지하는 조건으로 피고 C은 어떠한 이유도 없이 책임질 것을 약속합니다.

사. 피고 B는 2017. 1. 23. 원고에게 각서(을가 제25호증, 이하 '2017. 1. 23.자 각서'라 한다)를 작성하여 주었는데, 그 내용은 아래와 같다.

피고 B가 피고들 매수계획부동산의 일부에 대한 잔금까지 완불받았으므로 소유권이전등기를 원고에게 해 주어야 하나, 피고 B의 사정상 제주시 표선면 784평은 지금 이전하고, 같은 리 목장용지와 같은 리 목장용지는 2017. 4.까지 이전하기로 한다. 만약 기일 내 소유권이전등기를 하지 못할 시는 거짓으로 간주하고 처음부터 부동산대금을 가로채려고 계획적으로 한 것으로 간주하고 아무 이의 없이 민·형사상 책임질 것을 각서로 확인한다.

아. D는 2017. 2. 15. 원고에게 약정서(갑 제7호증, 이하 '2017. 2. 15.자 약정서'라 한다)를 작성하여 주었고, 피고 B는 이에 대한 연대보증인으로 서명·날인하였는데, 위 약정서의 내용은 아래와 같다.

D는 2017. 4. 15.까지 제주시 표선면 784평, 같은 리 목장용지 986평, 같은 리 목장용지 161평에 대한 소유권을 취득하여 원고에게 소유권이전등기를 마쳐줄 것을 약속하고, 만일 위 약속을 이행하지 못할 경우 2017. 4. 16. 원고에게 6억 7,500만 원을 지급하기로 하며, 이를 보장하기 위해 채무변제계약 공정증서를 작성하기로 한다.

자. D와 피고 B는 2017. 2. 17. 원고에게 공증인가 ○○법무법인 증서 2017년 제49호로 채무변제계약 공정증서(갑 제8호증, 이하 '2017. 2. 17.자 공정증서'라 한다)를 작성하여 주었는데, 그 내용은 아래와 같다.

채권자 : 원고, 채무자 : D, 연대보증인 : 피고 B  
채무금 : 6억 7,500만 원  
채무종류 : 약정금  
변제기한 : 2017. 4. 16.  
지연손해금 : 연 20%

특약사항 : 채무자가 2017. 4. 15.까지 제주시 표선면 784평, 같은 리 986평, 같은 리 161 평에 대한 소유권을 취득하여 채권자에게 소유권이전등기를 마칠 경우에는 이 증서에 기한 채권, 채무는 소멸하기로 한다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증, 을가 제25호증, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 교환계약의 해제 여부 (긍정)

### 가. 법리

쌍무계약에서 서로 대가관계에 있는 당사자 쌍방의 의무는 원칙적으로 동시이행의 관계에 있고, 나아가 하나의 계약으로 둘 이상의 민법상의 전형계약을 포괄하는 내용의 계약을 체결한 경우에 당사자 일방의 여러 의무가 포괄하여 상대방의 여러 의무와 대가관계에 있다고 인정되면, 이러한 당사자 일방의 여러 의무와 상대방의 여러 의무는 동시이행의 관계에 있다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결 등 참조).

쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 쌍무계약에 있어서 당사자 일방이 미리 자기의 채무를 이행하지 아니할 의사를 표명한 때에는 상대방은 이행최고나 자기의 채무이행제공이 없이 계약을 해제할 수 있는 것이고, 이러한 채무를 이행하지 아니할 의사의 표명 여부는 계약이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적 사정 등을 살펴서 판단하여야 할 것이다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다8374 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다30257 판결 등 참조).

채무자가 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있지만, 이러한 이행거절이라는 채무불이행이 인정되기 위해서는 채무를 이행하지 아니할 채무자의 명백한 의사표시가



위법한 것으로 평가되어야 한다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결 등 참조).

#### 나. 동시이행관계

위 기초사실 및 갑 제2, 13호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ④ 사정을 종합하면, 피고들이 원고에 대하여 부담하는 피고들 매수계획 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 원고가 피고들에 대하여 부담하는 903,000,000원을 지급할 의무와 동시이행관계에 있다고 봄이 타당하다.

① 이 사건 교환계약 제3항은 '원고는 피고들로부터 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권을 이전받음과 동시에 피고들에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권을 이전한다'고 규정하고 있다.

② 원고는 이 사건 교환계약 체결 후 피고 B로부터 2016. 8. 11.자 확인서를 작성 받았는데, 위 확인서의 내용은 '원고가 원고 소유 부동산을 제3자에게 30억 원에 매도하면 그 매매대금에서 대출금, 임차보증금, 기지급 계약금, 양도차액 양도세, 중개수수료를 공제한 금액을 피고 B가 피고들 매수계획부동산의 소유권을 원고에게 이전할 때 지급한다'는 것이다.

③ 원고가 이 사건 교환계약에 따라 피고들에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권 이전등기절차를 이행할 의무는 위 2016. 8. 11.자 확인서에 따라 원고 선이행매매대금 중 대출금 등을 공제한 잔액을 지급할 의무로 변경되었다.

원고 소유 부동산에 대한 대출금은 13억 5,000만 원, 임차보증금은 1억 원, 기지급 계약금(원고 선지급대출금)은 5억 원, 원고 선이행매매계약에 따른 양도차액 양도세는 114,000,000원, 중개수수료는 33,000,000원이므로, 원고 선이행매매대금 30억 원 중 원

고가 실제로 피고들에게 지급할 금액은 903,000,000원(= 3,000,000,000원 - 1,350,000,000원 - 100,000,000원 - 500,000,000원 - 114,000,000원 - 33,000,000원)이다.

따라서 원고가 피고들에 대하여 부담하는 위 금액을 지급할 의무는 피고들이 원고에 대하여 부담하는 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무와 동시이행관계에 있다.

④ 피고 B의 주장은, 피고들이 원고에게 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 원고가 피고들에게 피고들 매수계획부동산의 가액과 원고 소유 부동산의 가액의 차액을 지급할 의무와 동시이행관계가 있다는 것이다.

갑 제2호증의 기재에 의하면, 이 사건 교환계약 제4항은 '원고가 피고들로부터 피고들 매수계획부동산의 소유권을 이전받음과 동시에 피고들 매수계획부동산을 담보로 대출을 받아 원고 소유 부동산의 매매가액과 피고들 매수계획부동산의 매매가액의 차액 3,534,700,000원을 지급하기로 하고, 피고들은 위 담보대출에 적극 협조하기로 한다'고 규정하고 있는 사실이 인정된다.

그러나 위 계약조항에 의하더라도, 원고는 피고들 매수계획부동산을 담보로 대출을 받아 위 각 부동산의 매매가액의 차액을 피고들에게 지급한다는 것인바, 원고가 피고들 매수계획부동산에 대한 소유권을 이전받지 않은 상태에서는 원고 명의로 피고들 매수계획부동산에 담보권을 설정하고 대출을 받을 수가 없는 점에 비추어 보면, 피고들이 원고에게 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 원고가 피고들에게 피고들 매수계획부동산의 가액과 원고 소유 부동산의 가액의 차액을 지급할 의무에 대하여 선이행의무에 해당한다고 봄이 타당하므로, 피고 B의 위 주장은 이유 없다.

#### 다. 피고들의 이행거절

갑 제2, 12, 16호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ① 내지 ⑤ 사정을 종합하면, 피고들은 원고에게 이 사건 교환계약에 따른 피고들 매수계획 부동산에 관한 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 의사를 명백히 표시하였다고 봄이 타당하다.

① 이 사건 교환계약 제3조에 의하면, 피고들은 피고들 매수계획부동산에 관하여 소유권이전등기를 마친 후 위 부동산에 설정된 담보물권과 용익물권을 모두 말소하고 원고에게 그 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있는데, 피고들은 피고들 매수계획 부동산에 관하여 아직 매매계약조차 체결하지 아니하였다.

② D와 피고 B는 2017. 7. 7. 이 사건 교환계약이 원고의 귀책사유로 해제되었으니 그에 기초한 2017. 2. 17.자 공정증서도 무효이므로, 위 공정증서에 기한 채무가 존재하지 않는다는 이유로 원고를 상대로 채무부존재확인 청구의 소(대구지방법원 2017가합204944)를 제기하였다.

③ 피고 B는 피고들 매수계획부동산의 소유권을 취득하여 이전해 줄 의사나 능력이 없음에도 원고에게 피고들 매수계획부동산의 소유권을 이전해 줄 것처럼 원고를 기망하여 원고로부터 합계 485,126,000원을 편취하였다는 범죄사실로 2019. 9. 18. 대구지방법원(2018고단1966)에서 유죄판결을 선고받았다.

④ 원고는 이 사건 소장 부분을 통하여 피고들에게 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권이전등기의무를 이행할 것을 최고하고, 2020. 7. 8.자 준비서면을 통하여 피고들에게 재차 원고가 위 903,000,000원 전액을 준비하여 언제라도 이를 지급할 수 있으니 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권이전등기의무를 이행할 것을 최고하면서

1,026,682,853원이 예치된 원고 명의의 예금잔액증명서를 당심에 제출하였다.

⑤ 그럼에도 피고들은 당심에 이르기까지 계속하여 이 사건 교환계약은 실질적으로 원고와 피고 B 사이의 동업계약인데 원고의 귀책사유로 동업계약이 진행되지 못하게 되었으며, 이 사건 교환계약서는 위 동업계약과 관련하여 형식적으로 작성된 것에 불과하다고 주장하면서 원고에게 피고들 매수계획부동산에 관한 소유권이전등기의무를 이행하지 않고 있다.

#### 라. 계약의 해제

앞서 본 바와 같이 피고들이 이 사건 교환계약의 효력을 부정하면서 이 사건 교환계약상의 의무를 이행하지 아니함으로써 이행거절의 의사를 표명하였으므로, 이 사건 교환계약은 피고들의 귀책사유로 해제사유가 발생하였고, 이에 따른 원고의 해제 의사 표시가 담긴 2020. 9. 25.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 2020. 9. 28. 피고들에게 최종 송달되었음은 기록상 분명하므로, 이 사건 교환계약은 2020. 9. 28. 적법하게 해제되었다.

### 3. 계약 해제에 따른 위약벌 청구 부분 (일부 인용)

#### 가. 위약벌 지급의무의 발생 여부 (긍정)

앞서 본 사정들과 갑 제2호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ① 내지 ③ 사정을 종합하면, 피고들은 특별한 사정이 없는 한 연대하여 원고에게 이 사건 교환계약에서 정한 위약벌 10억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

① 이 사건 교환계약 제7항은 '원고와 피고들 사이에 이 사건 교환계약이 해제될 경우 피고들은 원고 선지급대출금의 원리금을 즉시 변제하고 그 해제일로부터 15일

이내에 위 대출원리금 등 일체의 채무를 변제하지 않을 경우 피고들은 연대하여 그 미 변제로 인한 손해를 배상하고, 이와 별도로 10억 원(총 대출금의 2배)을 위약별로 배 상하여야 한다'고 규정하고 있다.

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 교환계약은 2020. 9. 28. 적법하게 해제되었다.

③ 피고들은 위 해제일로부터 15일에 도달하는 2020. 10. 13.까지 원고에게 원고 선지급대출금의 원리금 등을 변제하지 못하였다.

나. 피고들의 공통 주장에 대한 판단

1) 위약벌 지급의무의 부존재 주장 (배척)

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심판결 이유 해당 부분(제7쪽 제16행부터 제11쪽 16행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2) 원고와 피고 B 사이의 경계계약 주장 (배척)

피고들의 주장은, 피고 B는 이 사건 교환계약 체결 후에 원고에게 2017. 1. 23. 자 각서, 2017. 2. 15.자 약정서, 2017. 2. 17.자 공정증서를 각 작성하여 주었는데, 원 고와 피고 B는 위 각서, 약정서, 공정증서를 순차적으로 작성할 때마다 기존에 작성한 서류에 대하여는 이를 무효로 하거나 묵시적 합의해제를 하여 그에 따른 채무를 소멸 시키고, 후속 서류에서 정한 새로운 채무를 성립시키기로 하는 경계계약을 체결하였으 므로, 이 사건 교환계약에서 정한 위약벌 지급의무도 위 경계계약에 의하여 소멸되었 다는 것이다.

민법 제500조의 경계는 기존채무의 중요부분을 변경하여 기존채무를 소멸시키고 이와 동일성이 없는 새로운 채무를 성립시키는 계약이다. 기존채무와 관련하여 새로운

약정을 체결한 경우 그러한 약정이 경계에 해당하는지 아니면 단순히 기존채무의 변제  
기나 변제방법 등을 변경한 것인지는 당사자의 의사에 의하여 결정되고, 만약 당사자  
의 의사가 명백하지 않을 때에는 의사해석의 문제로 귀착된다. 이러한 당사자의 의사  
를 해석할 때에는 새로운 약정이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 그 약정에 의  
하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평  
의 이념에 맞도록 논리와 경험칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래 통념에 따라 합리적  
으로 해석하여야 한다(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결 등 참  
조).

피고 B가 이 사건 교환계약 체결 후에 원고에게 2017. 1. 23.자 각서, 2017. 2.  
15.자 약정서, 2017. 2. 17.자 공정증서를 각 작성하여 주었음은 위 기초사실에서 본 바  
와 같다.

그러나 갑 제7, 8호증, 을가 제9, 25호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하  
여 인정되는 다음 ① 내지 ③ 사정에 비추어 보면, 위 인정사실과 을가 제9호증의 23,  
을가 제26호증의 각 기재만으로는, 원고와 피고 B가 위 각서, 약정서, 공정증서를 작성  
하면서 이 사건 교환계약에서 정한 피고들의 위약벌 지급의무를 소멸시키기로 합의하  
였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 위 주장은  
이유 없다.

① 2017. 1. 23.자 각서의 내용은 피고 B가 2017. 4.까지 피고들 매수계획부동산  
중 일부에 관한 소유권을 원고에게 이전하겠다는 것이고, 2017. 2. 15.자 약정서와  
2017. 2. 17.자 공정증서의 내용은 피고 B가 위 소유권이전의무를 이행하지 아니할 경  
우 금전을 배상한다는 것으로서 위 각서, 약정서, 공정증서에는 이 사건 교환계약에서

정한 채무나 위약벌 지급의무가 소멸된다는 내용은 기재되어 있지 않다.

② 피고 B는 관련 형사사건의 경찰 조사에서 '2017. 1. 23.자 각서는 원고가 장정수에게 보여주기 위한 것이라며 요구하기에 형식적으로 작성하여 주었다'는 취지로 진술하였고(을가 제9호증의 9, 제9호증의 19), 2019. 10. 15.자 준비서면을 통하여 '2017. 2. 17.자 공정증서는 원고가 피고 B로부터 원고 선지급대출금을 반환받을 목적으로 작성 받은 것이다'라고 주장하였다.

③ 이 사건 교환계약에 의하면, 원고는 피고들로부터 원고 선지급대출금의 미변제로 인한 손해를 배상받는 것과 별도로 위약벌로 10억 원을 지급받을 수 있는바, 원고가 피고 B로부터 피고들 매수계획부동산 중 일부에 관한 소유권을 이전받거나 원고 선지급대출금보다 175,000,000원이 많은 675,000,000원만 받고서 위와 같은 다액의 위약벌을 포기하기로 약정하였을 것으로는 보이지 않는다.

### 3) 손해배상의 예정액 감액 또는 공서양속 위반 등 주장 (일부 인용)

#### 가) 피고들의 주장

이 사건 교환계약에서 정한 위약벌은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지고 있는데, 그 금액이 부당하게 과다하므로 감액되어야 하고, 설령 손해배상액의 예정이 아닌 위약벌이라고 하더라도, 공서양속에 반하여 무효이거나, 그 이행을 구하는 것이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당하여 부당하다.

#### 나) 이 사건 교환계약에서 정한 위약벌의 성질

갑 제2호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ①, ② 사정을 종합하면, 이 사건 교환계약에서 정한 위약벌은 비록 '위약벌'이라는 명칭을 사용하였다고 하더라도, 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 것이라고 봄이

타당하다.

① 이 사건 교환계약에는 위약벌 약정을 제외하면 별도의 손해배상예정 조항이 규정되지 않았다. 이 사건 교환계약 제7항에, 피고들이 원고 선지급대출금의 원리금 등을 계약의 해제일로부터 15일 이내에 변제하지 않을 경우 그 미변제로 인한 손해를 배상한다고 규정되어 있으나, 이는 계약을 위반하였을 경우 손해를 배상한다는 일반 법리를 표시한 것에 불과하므로 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다.

② 이 사건 교환계약 제7항은 '손해를 배상하고, 이와 별도로 10억 원을 위약벌로 배상하여야 한다'라고 규정하고 있는데, '손해를 배상하고'는 액수가 특정되어 있지 않으므로 일반적인 손해배상의 법리를 표시한 것이고, '이와 별도로 10억 원을 위약벌로 배상하여야 한다'는 '이와 별도로 10억 원을 위약벌금 및 손해배상액으로 지급하여야 한다'는 것을 표시한 것으로 볼 수 있다.

#### 다) 손해배상 예정액의 감액

손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다(민법 제398조 제2항). 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위약금 전체 금액을 기준으로 감액을 할 수 있다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2016다257978 판결 등 참조).

손해배상의 예정액이 '부당히 과다한 경우'라 함은 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻하는 것으로 보아야 하고, 한편



위 규정의 적용에 따라 손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지의 여부 내지 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단하는 데 있어서는, 법원이 구체적으로 그 판단을 하는 때, 즉 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다73852 판결 등 참조).

갑 제2, 4, 8호증, 을가 제28, 29, 33, 34호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ① 내지 ④ 사정을 종합하면, 이 사건 교환계약이 예정한 손해배상액 10억 원은 부당하게 과다하여 이를 5억 원으로 감액함이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 교환계약 이후 피고들에 대하여 원고 선이행매매대금 중 대출금 등을 공제한 잔액 903,000,000원을 지급할 의무를 부담하였고 이는 피고들의 의무와 대가관계에 있는데, 위 금액은 이 사건 교환계약에서 정한 위약벌 10억 원보다 적다.

② 이 사건 교환계약은 피고들에게 책임 있는 사유로 적법하게 해제되어 효력이 소멸하였으므로, 원고는 피고들에게 이 사건 교환계약을 추가로 이행하거나 손해를 배상할 의무가 없다.

③ 피고 B는 이 사건 교환계약 체결 무렵 원고에 대하여 부담하는 원고 선지급대출금 상환채무를 담보하기 위하여 D 또는 피고 B 소유의 부동산에 관하여 원고 앞으로 이 사건 근저당권을 설정하여 주었고, 이후 원고에게 2017. 2. 17.자 공정증서를 작성하여 주었다.

④ 원고는 2017. 2. 17.자 공정증서에 기하여 D 및 피고 B 소유의 부동산에 대한 강제경매를 신청하여 2018. 10. 2.부터 2020. 3. 20.까지 사이에 위 공정증서에 기한

채권의 원리금 1,070,211,767원 중 883,983,008원을 배당받았다.

또한 원고는 2017. 2. 17.자 공정증서에 기한 채권 중 위와 같이 배당받고 남은 금액을 집행채권으로 하여 피고 B가 F에게 가지고 있는 부당이득반환채권에 대하여 추심명령을 받은 후 F을 상대로 추심금 청구의 소(대구지방법원 2017가합2100호)를 제기하였고, 이와 별도로 원고가 피고 B에게 이 사건 위약벌 10억 원의 채권이 있다는 이유로 F을 상대로 피고 B를 대위하여 부당이득금반환 청구의 소(대구지방법원 2020가합200737)를 제기하였는데, 2020. 9. 29. 위 부당이득금반환 청구 사건에서 원고와 F 사이에 '원고는 F으로부터 332,000,000원을 지급받고 나머지 청구는 포기하며, 위 추심금 청구의 소는 취하한다'는 내용의 화해권고결정이 확정되었다.

원고가 이 사건 교환계약 후 피고들에게 원고 선지급대출금을 지급함으로써 입은 손해액은 5억 원 및 이에 대한 지연손해금이라고 할 수 있는데, 이는 피고들로부터 지급받을 권리가 확정된 합계 1,215,983,008원(= 배당금 883,983,008원 + 화해권고 결정금 332,000,000원)을 받을 경우 모두 전보된다.

#### 라) 공서양속 위반 여부

설령 이 사건 교환계약에서 정한 위약벌이 손해배상액의 예정이 아니라고 하더라도, 앞서 본 사정들과 을가 제28, 29, 33, 34호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ① 내지 ③ 사정을 종합하면, 이 사건 교환계약에서 정한 10억 원의 위약벌 약정 중 5억 원을 초과하는 부분은 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 원고의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거운 때에 해당하므로 공서양속에 반하여 무효라고 할 것이다.

① 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정해지는 것으로서 손해

배상의 예정과는 그 내용이 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액을 감액할 수 없으나, 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다56654 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결 등 참조).

② 앞서 본 바와 같이 이 사건 교환계약은 피고들에게 책임 있는 사유로 적법하게 해제되어 효력이 소멸하였으므로, 원고는 피고들에게 이 사건 교환계약을 추가로 이행하거나 손해를 배상할 의무가 없고, 원고가 이 사건 교환계약 후 피고들에게 원고 선지급대출금을 지급함으로써 입은 손해액은 5억 원 및 이에 대한 지연손해금이라고 할 수 있는데, 이는 피고들로부터 지급받을 권리가 확정된 합계 1,215,983,008원(= 배당금 883,983,008원 + 화해권고결정금 332,000,000원)을 받을 경우 모두 전보된다.

③ 이 사건 교환계약 제7항에 의하면, 피고들이 계약을 위반하면 대출금 미변제 사유나 액수 등을 고려하지 아니하고 일률적으로 원고에게 원고 선지급대출금의 2배인 10억 원을 위약벌로 지급하여야 하는 반면, 원고들은 계약을 위반하더라도 피고들에게 위약벌 지급의무가 전혀 없는데, 이는 형평에 반한다.

#### 마) 소결

따라서 피고들은 연대하여 원고에게 손해배상금으로 5억 원 및 이에 대한 지연손해금(이하 '이 사건 손해배상금'이라 한다)을 지급할 의무가 있으므로, 피고들의 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있고, 그 나머지는 이유 없다.

#### 다. 피고 C의 주장에 대한 판단

1) 이 사건 교환계약의 당사자가 아니라는 주장 (배척)

피고 C의 주장은, 피고 C은 이 사건 교환계약에서 피고 B의 보증인에 불과할 뿐 계약당사자가 아니므로, 원고에게 이 사건 손해배상금을 지급할 의무가 없다는 것이다.

일반적으로 계약의 당사자가 누구인지는 그 계약에 관여한 당사자의 의사해석의 문제에 해당한다. 의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다92487 판결 등 참조).

살피건대 갑 제2호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ① 내지 ③ 사정을 종합하면, 피고 C은 이 사건 교환계약의 당사자로서 원고에게 이 사건 손해배상금을 지급할 의무가 있다고 할 것이고, 을가 제9호증의 6, 제9호증의 12, 제9호증의 13, 제20호증, 을나 제2호증의 각 기재만으로는 위 인정에 방해가 되지 아니하므로, 피고 C의 위 주장은 이유 없다.

① 이 사건 교환계약의 당사자 '을'은 피고들을 지칭하고(이 사건 교환계약 제1항), 피고 C은 이 사건 교환계약서의 '을'란에 직접 서명하였다.

② 이 사건 교환계약 제7항은 피고들을 '공동채무자'로 표시하고 있다. 반면에 이 사건 교환계약서에 피고 C이 피고 B의 채무에 대한 보증인이라는 내용은 기재되어 있지 않다.

③ 이 사건 교환계약 제7항은 피고들이 '연대하여' 원고에게 배상의무를 이행할 것을 규정하고 있다.

## 2) 이행불능에 기한 해제 주장 (배척)

피고 C의 주장은, 원고는 이 사건 교환계약에 따라 피고들에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있음에도, 피고 C의 사전 동의나 승낙을 받지 않은 채 원고 선이행매매계약을 체결한 후 주식회사 E에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 그로 인하여 원고 소유 부동산에 관한 소유권이전 등기의무가 이행불능이 되었는바, 피고 C은 이를 이유로 2020. 6. 8.자 준비서면의 송달로써 이 사건 교환계약을 해제하므로, 피고 C은 이 사건 손해배상금을 지급할 의무가 없다는 것이다.

을가 제9호증의 13, 제20호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 원고 선이행매매계약을 체결하고 주식회사 E에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주었으므로 원고 소유 부동산의 소유권을 피고들에게 이전하는 것은 불가능하게 된 사실, 원고가 원고 선이행매매계약을 체결하기 전에 피고 C으로부터 동의나 승낙을 받지 않는 아니하였던 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 본 사정들과 갑 제2, 5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 ①, ② 사정을 종합하면, 피고 C의 해제가 적법하다고 할 수 없으므로, 이를 전제로 한 피고 C의 주장은 이유 없다.

① 이행불능을 이유로 계약을 해제하기 위해서는 그 이행불능이 채무자의 귀책사유에 의한 경우여야 한다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다88207 판결 등 참조).

원고는 이 사건 교환계약의 당사자 중 1인인 피고 B의 요구에 의하여 원고

선이행매매계약을 체결하였고, 이 사건 교환계약에 따라 피고들에게 원고 소유 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 피고 B의 요구에 의하여 원고 선이행매매대금 중 대출금 등을 공제한 잔액을 지급할 의무로 변경되었다. 따라서 원고가 원고 소유 부동산의 소유권을 피고들에게 이전하는 것이 불가능하게 된 것은 피고 B가 원고에게 그렇게 할 것을 요구하였기 때문이므로, 원고가 아니라 피고 B의 귀책사유에 의한 것이다.

② 계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 그 전원에 대하여 하지 않으면 효력이 없다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다11236 판결 등 참조).

원고의 상대방인 이 사건 교환계약 당사자는 피고들이므로, 피고 B를 제외한 채 피고 C이 단독으로 원고에게 이 사건 교환계약 해제통지를 하더라도 해제의 효력이 없다.

### 3) 원고와 피고 C 사이의 경계계약 주장 (배척)

피고 C의 주장은, 피고 C이 원고에게 '원고가 피고 B에게 지급한 5억 원을 책임지겠다'는 취지의 2016. 10.경 확인서를 작성하여 줌으로써 이 사건 교환계약에 따른 채무를 소멸시키고, 위 확인서에서 정한 새로운 채무를 성립시키기로 하는 경계계약이 체결되었으므로, 이 사건 손해배상금 지급의무는 위 경계계약에 의하여 소멸되었다는 것이다.

피고 C이 원고에게 '원고가 피고 B에게 지급한 5억 원을 책임지겠다'는 취지의 2016. 10.경 확인서를 작성하여 주었음은 위 기초사실에서 본 바와 같다.

그러나 갑 제4, 6호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음

①, ② 사정에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 원고가 피고 C과 사이에 이 사건 손해배상금 지급의무를 소멸시키기로 합의하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고 C의 위 주장은 이유 없다.

① 2016. 10.경 확인서에는 피고 C이 원고가 피고 B에게 지급한 원고 선지급대출금 5억 원에 대하여 책임질 것을 약속한다는 취지의 기재가 있을 뿐, 이 사건 손해배상금 지급의무가 소멸한다는 취지의 기재는 없다.

② 원고는 이 사건 교환계약 체결 이후 원고 선지급대출금의 반환을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권을 설정하였다가 피고 B로부터 이를 말소해 줄 것을 요청받게 되자 이 사건 근저당권을 말소하는 대신 다른 담보를 제공받기 위한 목적으로 피고 C으로부터 2016. 10.경 확인서를 작성 받게 되었다.

#### 라. 소결

따라서 피고들은 연대하여 원고에게 손해배상금 500,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 교환계약이 해제된 날(2020. 9. 28.)로부터 15일이 지난 다음 날인 2020. 10. 14.부터 피고들이 그 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 당심판결 선고일인 2020. 12. 16.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법'이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 4. 원고의 나머지 선택적 청구 부분 (판단 생략)

원고가 주장하는 나머지 선택적 청구의 원인은, 원고는 피고들의 이행지체 또는 이행불능을 이유로 이 사건 교환계약을 해제하였거나, 원고가 피고 B의 거짓말에 속아 이 사건 교환계약을 체결하였으니 기망행위를 이유로 이 사건 교환계약을 취소하였므

로, 이 사건 교환계약 제7항에 따라 피고들은 연대하여 원고에게 위약벌 10억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다는 것이다.

앞서 본 바와 같이 이 법원은 피고들의 이행거절로 인하여 이 사건 교환계약이 해제되었음을 이유로 한 원고의 청구가 일부 이유 있다고 판단하였고, 다른 선택적 청구원인이 이유 있다고 가정하더라도 이 법원이 인용할 금액은 위와 같이 인정한 금액을 초과할 수 없다고 판단되므로, 나머지 선택적 청구에 대하여는 나아가 판단하지 아니한다.

## 5. 결론

원고의 피고들에 대한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 모두 기각할 것인바, 제1심판결 중 위 인정금액을 초과하여 지급을 명한 피고들 패소 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고들의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하며, 제1심판결 중 나머지 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 피고들의 나머지 항소는 이유 없어 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장      판사      진성철

                 판사      홍성욱



판사      왕해진