

## 대 법 원

### 제 1 부

### 판 결

사 건	2009다5193 손해배상
원고, 피상고인	원고 소송대리인 변호사 성우경
피고, 상고인	피고 1 외 2인 피고들 소송대리인 변호사 문도인
원 심 판 결	서울고등법원 2008. 12. 19. 선고 2008나36918 판결
판 결 선 고	2009. 5. 14.

### 주 문

원심판결 중 피고들 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

### 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결에 의하면 원심은, 그 채택 증거에 의하여 원고가 2003. 10. 29. 그 소유인 이 사건 부동산과 피고 2 소유의 이 사건 모텔을 교환하기로 하는 계약을 체결하면서, 일방의 계약위반으로 계약이 해제된 경우에는 위약자가 상대방에게 1억 원을 배상

하기로 약정한 사실, 이에 따라 원고가 이 사건 부동산에 관하여 각각 피고 1에게 이전등기를 경료하여 주었고, 그 후 이 사건 부동산은 피고 3에게 소유권이전등기된 사실, 그러나 이 사건 모텔에 관하여는 원고 명의로 소유권이전등기가 경료되지 않고 있던 중 근저당권이 실행되어 2005. 7. 12. 소외 1이 낙찰받고 이전등기를 경료받은 사실 등을 인정한 다음, 피고 2의 이 사건 계약에 따른 이 사건 모텔에 관한 소유권이전등기의무는 사회통념상 이행불능으로 되었고, 이를 이유로 한 원고의 해제의사표시에 의하여 이 사건 계약은 해제되었으므로, 피고 2는 위약금 1억 원을 원고에게 배상할 의무가 있고, 피고 1은 이 사건 계약의 해제에 따른 원상회복으로서 이 사건 부동산에 관한 그 명의의 소유권이전등기를 말소할 의무가 있으며, 피고 1과 피고 3 사이의 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 통정허위표시로서 무효이므로 피고 3은 피고 1을 대위하여 구하는 원고의 청구에 따라 그 명의로 경료된 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다고 판단하는 한편, 원고가 이 사건 계약에서 이 사건 모텔에 관한 근저당권의 피담보채무를 승계하기로 약정하고서도 이를 이행하지 아니하는 바램에 이 사건 모텔이 경매된 것이므로 이 사건 모텔에 관한 소유권이전등기의무의 이행불능에 관하여 피고 2에게 귀책사유가 없다는 주장에 대하여는, 원고의 잘못으로 근저당권의 피담보채무를 승계하지 못하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다.

2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 사정이 없는 이상, 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 매수인이 그 채무를 현실적으로 변제할 의무를 부담한다고도 해석할 수 없으며, 이 약정의 내용은 매도인

과 매수인과의 계약으로 매수인이 매도인의 채무를 변제하기로 하는 것으로서 매수인은 제3자의 지위에서 매도인에 대하여만 그의 채무를 변제할 의무를 부담함에 그치는 것이다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다18578 판결 등 참조). 그리고 위와 같이 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무에 관하여 그 이행을 인수한 경우, 채권자에 대한 관계에서는 매도인이 여전히 채무를 부담한다고 하더라도, 매도인과 매수인 사이에서는 매수인에게 위 피담보채무를 변제할 책임이 있다고 할 것이므로, 매수인이 그 변제를 게을리 하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 매매목적물에 관한 소유권을 상실하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매수인에게 책임 있는 사유로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우에 해당하고, 거기에 매도인의 과실이 있다고 할 수는 없다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다8464, 8471 판결 참조). 이러한 법리는 교환계약에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다.

기록에 의하면, 이 사건 모텔에 관하여는 이 사건 계약이 체결되기 전인 2001. 6. 28. 농업협동조합중앙회(보성군지부) 명의로 채권최고액은 6억 5,000만 원, 채무자는 소외 2로 된 근저당권설정등기가 경료되어 있었던 사실, 그 피담보채무는 피고 2가 2003. 8. 11. 위 소외 2로부터 이 사건 모텔을 매수하면서 이를 인수한 사실, 원고와 피고 2는 이 사건 계약에서 위 근저당권의 실제 피담보채무액을 5억 2,000만 원으로 정하여 원고가 이를 승계인수하기로 하되, 피고 2는 이 사건 계약으로 인한 교환에 따른 차액금으로 3,000만 원을 원고에게 지급하기로 약정한 사실을 알 수 있는바, 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 채무의 승계인수 약정은 특별한 사정이 없는 한 면책적 채무인수가 아니라 이행인수라고 봄이 상당하고, 따라서 근저당권자에 대한 관계에서 원고가 그 피담보채무를 승계하여 채무자로 되는지 여부와 관계없이, 원고와

피고 2 사이에서는 원고가 승계인수하기로 한 5억 2,000만 원의 범위 내에서 그 피담보채무를 근저당권자에게 변제할 책임을 지는 것이라 할 것이며, 이에 따라 원고가 그 변제를 게을리하여 위 근저당권이 실행되어 제3자에게 소유권이전되기에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 피고 2에게 그로 인한 이행불능에 대하여 귀책사유가 있다고 할 수는 없다고 할 것이다.

다만 원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 원고는 이 사건 계약에 따라 위 근저당권의 피담보채무액이 5억 2,000만 원임을 전제로 하여 그 피담보채무를 승계하려고 하였는데, 근저당권자인 농업협동조합중앙회(보성군지부)는 채무자인 소외 2의 위 5억 2,000만 원의 대출금채무 외에 농업협동조합중앙회 영암군지부에 대한 보증채무 등 4,450만 원의 채무까지를 일괄하여 승계할 것을 요구하면서 위 보성군지부에 대한 대출금채무만의 승계에는 동의하지 아니한 사실, 이에 원고는 위 5억 2,000만 원의 채무조차 변제하지 아니한 사실, 그러자 농업협동조합중앙회(보성군지부)는 2004. 4. 1. 위 소외 2의 보성군지부 및 영암군지부에 대한 채무 전부를 피담보채무로 주장하면서 이 사건 모델에 관하여 위 근저당권의 실행에 의한 임의경매를 신청하였고, 그에 따라 이 사건 모델이 소외 1에게 낙찰되기에 이른 사실을 알 수 있는바, 만일 농업협동조합중앙회(보성군지부)의 주장과 같이 소외 2의 위 영암군지부에 대한 4,450만 원의 채무까지도 위 근저당권의 피담보채무에 해당하는 것이라면 원고가 위 5억 2,000만 원의 채무조차 변제하지 아니하는 데에는 상당한 이유가 있고, 이 사건 모델이 경매로 제3자에게 소유권이전된 데에 피고 2의 귀책사유가 없다고는 할 수 없을 것이지만, 이와 달리 위 영암군지부에 대한 채무가 위 근저당권의 피담보채무에 포함되지 아니하는 것이라면, 원고로서는 농업협동조합중앙회(보성군지부)의 요구에 응할 이유가 없고, 이 사

건 계약에 따라 위 5억 2,000만 원의 대출원리금채무를 변제하고 그 근저당권의 행사를 저지할 수 있었다고 보아야 할 것이므로, 이 경우에는 이 사건 모텔에 관한 위 근저당권의 실행에 관하여 피고 2에게 귀책사유가 있다고 볼 수는 없다 할 것이다.

따라서 원심으로서서는 마땅히 위 근저당권의 진정한 피담보채무액이 얼마인지, 원고가 이를 승계하지 못한 이유가 무엇인지, 농업협동조합중앙회(보성군지부)의 채무승계 거부가 합당한 것이었는지, 원고가 인수하기로 약정한 위 5억 2,000만 원조차 변제하지 아니한 이유가 무엇인지 등을 심리하여 본 다음에 이 사건 모텔에 관한 소유권이전 등기의무의 이행불능에 관하여 피고 2에게 귀책사유가 있다고 볼 것인지를 나아가 판단하였어야 한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 이러한 점을 심리·판단하지 아니한 채, 원고가 근저당권 피담보채무를 승계하지 못한 것이 원고의 귀책사유로 인한 것이 아니라는 이유로 피고 2에게 그 이행불능의 귀책사유가 있다고 단정하고 말았으니, 원심판결에는 채무인수와 이행불능의 귀책사유에 관한 법리를 오해하였거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결 중 피고들 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김영란 \_\_\_\_\_

대법관 이홍훈 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 김능환 \_\_\_\_\_

대법관 차한성 \_\_\_\_\_