



: 2018-06-26

대전고등법원

제1민사부

판 결

사 건 2016나16816 영업금지 등

원고, 피항소인 겸 항소인

주식회사 지앤지종합건설

피고, 항소인 겸 피항소인

1. A

2. 주식회사 현진

제1심판결 대전지방법원 2016. 11. 11. 선고 2016가합101567 판결

변론종결 2018. 4. 3.

판결선고 2018. 5. 25.

주 문

1. 당심에서 확장 및 감축된 청구를 포함하여 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고 A은,

- 1) 세종특별자치시 B건물 105호에서 약국 영업을 하여서는 아니 된다.
- 2) 제3자에게 제1. 가. 1)항 기재 매장의 약국 영업권을 양도하여서는 아니 된다.
- 3) 제1. 가. 1)항 기재 의무를 이행하지 아니하는 때에는 원고에게 이 판결 확정일



: 2018-06-26

다음 날부터 위반행위 종료일까지 위반일 1일당 500,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라.

나. 피고 주식회사 현진은,

1) 제3자에게 제1. 가. 1)항 기재 매장을 약국 영업을 목적으로 사용하도록 하여서는 아니 된다.

2) 제1. 나. 1)항 기재 의무를 이행하지 아니하는 때에는 원고에게 이 판결 확정일 다음 날부터 위반행위 종료일까지 1일당 500,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라.

다. 피고들은 공동하여 원고에게 220,792,566원 및 이에 대하여 2017. 11. 14.부터 2018. 5. 25.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

라. 원고의 피고들에 대한 나머지 청구를 모두 기각한다.

2. 소송 총비용 중 30%는 원고가, 나머지는 피고들이 각 부담한다.

3. 제1. 다.항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

[청구취지1]

1. 피고 A은,

가. 세종특별자치시 B건물 105호에서 약국 영업을 하여서는 아니 되고,

- 1) 원고는 당심에서 ① 피고 A에 대하여는, '영업권 양도금지' 위반에 관한 간접강제청구를 취하여 청구를 감축하였고, ② 피고 주식회사 현진에 대하여, ㉠ 세종특별자치시 B건물 104호, 202호에 관한 부작위청구와 ㉡ 위 상가 104호, 202호에 관한 부작위의무 관련 간접강제청구는 각 취하여 청구를 감축하고, ㉢ 피고 A의 '약국 영업금지' 위반에 관한 간접강제청구는 추가하였으며, ㉣ 위 상가 105호에 관한 부작위의무 관련 간접강제청구는 '위반건당 1억 원'에서 '위반일당 100만 원'으로 감축하였고, ③ 피고들에 대한 손해배상청구는 확장하였다.



- 나. 제3자에게 제1. 가.항 기재 매장의 약국 영업권을 양도하여서는 아니 된다.
2. 피고 주식회사 현진은 제3자에게 제1. 가.항 기재 영업을 목적으로 세종특별자치시 B건물 105호를 사용하도록 하여서는 아니 된다.
3. 피고들은 공동하여 피고 A이 제1. 가.항 기재 의무를 이행하지 아니하는 때에는 원고에게 이 판결 확정일 다음 날부터 위반행위 종료일까지 위반일 1일당 1,000,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
4. 피고 주식회사 현진은 제2.항 기재 의무를 이행하지 아니하는 때에는 원고에게 이 판결 확정일 다음 날부터 위반행위 종료일까지 위반일 1일당 1,000,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
5. 피고들은 공동하여 원고에게 308,212,911원 및 이에 대하여 2017. 11. 10.자 청구취지 및 항소취지 변경신청서 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

[항소취지]

1. 원고

제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다(원고가 위와 같이 청구취지를 감축함으로써 항소취지도 그 범위 내에서 감축되었다).

2. 피고들

제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 모두 기각한다.

이 유



1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 제1심판결문을 다음과 같이 수정하는 외에는 제1심판결의 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

○ 제4면 11, 12행의 '차임 4,950만 원'을 '월 차임 495만 원'으로 고쳐 쓴다.

○ 제5면 6행 다음에 "대전지방법원 2015가합107681호 분양대금반환 등 청구의 소(이하 '관련 소송'이라 한다) 사건을 담당하던 제1심법원은 2016. 11. 11. 위 사건에 관하여 '피고(이 사건 원고)는 C로부터 이 사건 상가 중 115호에 관하여 대전지방법원 세종등기소 2015. 10. 1. 접수 제67283호로 마친 소유권이전등기 및 같은 등기소 2015. 10. 1. 접수 제67284호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행받음과 동시에, C에게 1,321,746,360원 및 그중 253,444,000원에 대하여는 2014. 6. 27.부터, 253,444,000원에 대하여는 2014. 7. 5.부터, 253,444,000원에 대하여는 2014. 12. 5.부터, 506,888,000원에 대하여는 2015. 10. 1.부터, 각 다 갚는 날까지 연 5%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.'는 판결을 선고하였다. 이에 대하여 원고(관련 소송의 피고)가 항소하였으나, 항소심 법원(대전고등법원 2016나16809)은 2017. 9. 7. 항소를 기각하는 판결을 선고하였고, 그 무렵 위 판결은 그대로 확정되었다(이하 '관련 확정판결'이라 한다)."를 추가한다.

○ 제5면 7행의 [인정근거]에 "갑 제12, 18호증의 각 기재"를 추가한다.

2. 영업금지청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고



이 사건 상가 내에서는 115호가 약국으로 지정되어 있으므로, 약국업은 115호에서만 독점적으로 영위할 수 있고, 그 외의 점포에서는 약국 영업을 할 수 없다(원고와 수분양자 간 및 수분양자들 상호 간에 이러한 내용으로 체결된 약정을 이하 '이 사건 업종제한약정'이라 한다). 피고들은 이 사건 업종제한약정의 존재를 알고 이를 승인하면서 피고 회사는 이 사건 상가 중 104, 105, 202호를 분양받고 피고 A은 피고 회사로부터 105호를 임차하였으므로, 피고 A은 105호에서 약국영업을 하여서는 아니 되고, 제3자에게 약국 영업권을 양도하여서는 아니 되며, 피고 회사는 제3자에게 105호를 약국영업을 목적으로 임대, 전세, 사용대차 등 명목 여하를 불문하고 사용하도록 하여서는 아니 된다.

2) 피고들

피고들은 104, 105, 202호를 분양받거나 임차할 당시 이 사건 업종제한약정이 있다는 사실을 알지 못하였고, 이를 고지받지도 못하였다. 105호에 관한 분양계약서의 분양목적물 표시 란에는 업종에 관하여 아무런 기재가 되어 있지 않았다. 원고는, 피고 회사가 원고와 105호 등에 관한 분양계약을 체결하고, 피고들이 105호에 관한 임대차 계약을 체결한 이후에야 피고들에게 105호에서 약국 영업을 할 수 없다고 알렸을 뿐이다.

나. 관련 법리

1) 분양계약서에서 업종 제한 조항을 두는 경우에 어떠한 범위의 업종변경을 제한할 것인가, 업종변경을 절대적으로 금지할 것인가 아니면 일정한 범위에서 변경을 허용할 것인가는 사적 자치의 원칙에 따라 당사자가 자유로이 정할 수 있는 것이고, 업종변경의 허부, 범위 및 절차 등은 분양계약서의 합리적 해석을 통하여 판단하여야 할



것이나 이 경우에도 분양회사가 수분양자에게 특정 영업을 정하여 분양하는 것은 기본적으로 수분양자에게 그 업종을 독점적으로 운영하도록 보장하는 의미가 내포되어 있는 것이다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다45496 판결 등 참조).

2) 상가 분양회사가 수분양자에게 특정영업을 정하여 분양한 이유는 수분양자에게 그 업종을 독점적으로 운영하도록 보장함으로써 이를 통하여 분양을 활성화하기 위한 것이고, 수분양자들 역시 지정품목이 보장된다는 전제 아래 분양회사와 계약을 체결한 것이므로, 지정업종에 대한 영업금지의무는 수분양자들에게만 적용되는 것이 아니라 분양회사에도 적용된다(대법원 2005. 7. 14. 선고 2004다67011 판결 참조).

3) 건축주가 상가를 건축하여 각 점포별로 업종을 정하여 분양한 후에 점포에 관한 수분양자의 지위를 양수한 자 또는 그 점포를 임차한 자는 특별한 사정이 없는 한 상가의 점포 입점자들에 대한 관계에서 상호 묵시적으로 분양계약에서 약정한 업종 제한 등의 의무를 수인하기로 동의하였다고 봄이 상당하므로 상호간의 업종 제한에 관한 약정을 준수할 의무가 있다고 보아야 하고(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다61179 판결 등 참조), 따라서 점포 수분양자의 지위를 양수한 자, 임차인 등이 분양계약 등에 정하여진 업종 제한 약정을 위반할 경우, 이로 인하여 영업상의 이익을 침해당할 처지에 있는 자뿐만 아니라 상가 분양회사 또한 업종 제한 약정의 위반을 이유로 해당 업종의 영업금지를 청구할 권리가 있다.

다. 업종제한약정의 존부 및 그 효력

1) 앞서 본 기초사실에다가 갑 제7 내지 9, 17호증, 을 제2호증의 각 기재 및 영상, 제1심 증인 E의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정 등을 종합하여 보면, C는 이 사건 업종제한약정이 포함된 115호에 관한



분양계약에 따라 원고로부터 115호에서의 약국 업종에 대한 독점적 이익을 보장받았고, 반면 피고 회사는 원고와 105호 등에 관한 분양계약을 체결할 당시 그 분양계약에 묵시적으로 포함된 이 사건 업종제한약정을 알고 있는 상태에서 105호 등에 관한 분양계약을 체결하였다 할 것이며, 피고 A은 피고 회사로부터 105호를 임차함으로써 이 사건 업종제한약정상의 의무를 수인하기로 동의하였다고 볼 것이다. 그럼에도 불구하고 피고 회사는 피고 A에게 이 사건 상가 중 105호를 임대하여 피고 A이 이곳에서 약국 영업을 하도록 함으로써 피고들은 분양회사인 원고와 이 사건 상가의 다른 수분양자나 입점자들에 대하여 이 사건 업종제한약정을 위반하였다 할 것이다. 따라서 피고들은 C 등 이 사건 상가의 점포 수분양자나 입점자들뿐만 아니라 분양회사인 원고에 대한 관계에서도 이 사건 업종제한약정을 위반한 것이므로, 피고 A은 105호에서 약국영업을 하여서는 아니 되고, 제3자에게 약국 영업권을 양도하여서는 아니 되며, 피고 회사는 제3자에게 약국영업을 목적으로 105호를 사용하도록 하여서는 아니 된다.

가) 당초 피고 회사는 이 사건 상가 내 104호(전용면적 47.88㎡), 105호(50.54㎡), 202호(197.28㎡)를 하나의 커피숍으로 운영할 목적으로 2014. 7. 16. 원고와 위 각 점포에 관하여 동시에 이 사건 분양계약을 체결하였다.

나) 이 사건 상가의 설계 및 감리회사인 주식회사 건축사무소 에코플랜의 담당자 E은 이 사건 분양계약이 체결될 무렵 원고로부터 202호에 관한 설계변경 요구를 받았다. 피고 회사가 1층 분양가가 비싸므로 1층과 2층을 연결한 복층구조의 커피숍을 운영하기 위하여 원고에게 당초 146.59㎡였던 202호의 전용면적을 확장하고, 그 부분에 당초 건물 중앙에 설치될 예정이었던 건물 로고 대신 창문으로 변경 시공을 해 줄 것을 요구하였고, 원고가 이 요구를 받아들여 주식회사 건축사무소 에코플랜에게 위와



같이 설계변경을 요구하게 되었다. 이 사건 분양계약은 사전분양계약이어서 건물 설계 변경이 가능하였으므로, 피고 회사의 위와 같은 요구에 따라 104호, 105호, 202호에 관한 설계변경과 구조변경공사가 이루어졌다.

다) 그런데 피고 회사는 이 사건 분양계약을 체결한 이후 104호, 105호, 202호에 관하여 커피숍 영업을 하지 않은 채 있다가 2015. 9. 14.경 피고 A과 사이에 105호에 관하여만 피고 회사가 피고 A에게 이를 임대하는 임대차계약을 체결하였다.

라) 원고는 이 사건 분양계약 체결 이전인 2014. 6. 27. C와 115호에 관한 분양계약을 체결하였다. 115호에 관한 분양계약서의 '분양목적물의 표시', '업종'란에는 '약국 지정'이라고 기재되었으나, 105호 등에 관한 이 사건 분양계약서를 비롯하여 원고와 다른 수분양자들 사이의 분양계약서 제9조에는 '본 분양계약에 따른 점포의 용도는 원칙적으로 협의(권장)업종에 한하되, 타 업종으로의 변경을 원할 경우 수분양자는 자치관리위원회의 구성 이전에는 분양자와, 자치관리위원회 구성 이후에는 자치관리위원회와 협의 과정을 거쳐 합의에 이르러야 한다. 다만 업종 변경으로 인해 발생하는 모든 책임은 수분양자가 부담하는 것으로 한다'라고 기재되어 있다. 이 사건 분양계약서 제9조의 규정은 상가 건물의 분양계약에서 업종제한 약정에 사용되는 전형적인 문구로 보인다. 따라서 위 규정의 의미는 권장 업종이 정하여지지 않은 수분양자라고 하여 모든 업종을 영위할 수 있다는 의미가 아니라 기존 업종의 입점자와 중복되지 않는 범위 내에서 업종을 선택하거나 중복되는 경우에는 분양회사인 원고(자치관리위원회의 구성 이전)와 협의과정을 거쳐 합의에 이르러야 한다는 의미로 해석함이 타당하다.

마) 이 사건 상가는 분양 카탈로그에도 명시된 바와 같이 층별로 권장업종이 지정되어 있었다. 또한 이 사건 상가에는 다수의 의원(병원)이 입점할 예정이어서 약국



업종이 유망하였으므로, 특히나 상가 내 약국 개설에 관하여는 분양자와 협의를 거쳐야 했을 것으로 보임에도 피고 회사는 당초 계획하였던 커피숍에서 업종 변경이 가능한지 혹은 약국 영업이 가능한지에 관하여 피고 A과 임대차계약을 체결하기 전에 원고와 협의과정을 거치지 아니하였다.

바) 현실에서 집합건물인 상가 분양계약을 체결하면서 업종제한이 되지 않는 경우는 거의 없이 관례화되어 있고 일반인도 통상적으로 이러한 사정을 잘 알고 있다고 봄이 상당하다.

사) 피고들이 2015. 9. 14.경 105호에 관하여 약국 영업을 목적으로 임대차계약을 체결한 직후, 원고는 2015. 9. 25.경 피고들에게 105호에서는 약국 영업을 개시할 수 없다는 취지로 이의제기를 하였음에도, 피고 A은 세종특별자치시에 약국개설허가를 신청하여 2016. 2. 11. 개설허가를 받고 105호에서 약국 영업을 하고 있다.

라. 피고들 주장에 대한 판단

1) 영업금지청구의 주체 관련

피고들은, 설령 이 사건 업종제한약정의 존재 및 유효성이 인정되더라도 위 약정에 기한 영업금지청구권 및 손해배상청구권은 수분양자에게만 인정될 뿐, 분양회사인 원고에게는 인정되지 않는다고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고들은 분양회사인 원고에 대한 관계에서도 이 사건 업종제한약정에 기한 영업금지의무를 수인하기로 동의하였다고 볼 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고들의 이 부분 주장은 다른 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

2) C의 분양계약 해제 관련



피고들은, C가 원고 회사와의 관련 소송에서 115호에 관한 분양계약을 해제함으로써 이 사건 상가 내에서 업종제한약정은 소급적으로 실효되었다고 주장한다.

살피건대, C와 원고 사이에 115호에 관한 분양계약이 해제되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고와 피고들 사이에서 이 사건 상가 중 115호를 제외한 나머지 점포에서는 약국영업을 할 수 없다는 내용으로 체결·동의된 이 사건 업종제한약정까지 실효되었다고 볼 수 없으므로, 피고들의 위 주장도 이유 없다.

3) 약관의 규제에 관한 법률 위반 관련

가) 주장의 요지

① 이 사건 분양계약서는 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관법'이라 한다)상 약관에 해당하는데, 약관법상 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 하고, 이에 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다(약관법 제3조 제3항 본문, 제4항). 그런데 이 사건 분양계약에 있어 중요한 내용이라 할 이 사건 업종제한약정은 이 사건 분양계약서에 명시되어 있지 않고, 원고가 별도로 피고 회사에게 설명한 바도 없었다. 따라서 원고는 피고들에게 이 사건 업종제한약정의 계약내용을 주장할 수 없다.

② 이처럼 피고 회사는 이 사건 분양계약 체결 당시 이 사건 업종제한약정을 알지 못하였다. 그럼에도 이 사건 분양계약을 그 계약 체결 후에 분양회사인 원고가 수분양자인 피고 회사에게 일방적으로 업종제한을 통보할 경우 수분양자가 이를 수인해야 하는 것으로 해석한다면, 이는 약관법 제6조 제2항 제1호가 정하는 '고객에게 부당하게 불리한 조항'으로서 공정성을 잃은 약관에 해당하며, 같은 법 제6조 제1항에 따라 무효이다.



나) 판단

살피건대, 피고 회사가 원고와 105호 등에 관한 이 사건 분양계약을 체결할 당시 그 분양계약에 묵시적으로 포함된 이 사건 업종제한약정을 알고 있는 상태에서 이 사건 분양계약을 체결하였다는 점은 앞서 인정한 바이므로, 이와 다른 전제에 선 피고들의 이 부분 주장은 다른 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3. 간접강제청구에 관한 판단

가. 관련 법리

부대체적 채무인 부작위채무에 대한 강제집행은 간접강제만 가능하고, 간접강제결정은 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 채권자의 별도의 신청에 따라 채무자에 대한 필요적 심문을 거쳐 채무를 불이행하는 때에 일정한 배상을 하도록 명하는 것이 원칙이다. 따라서 부작위채무에 관한 집행권원 성립을 위한 판결절차에서 장차 채무자가 그 채무를 불이행할 경우에 대비하여 간접강제를 하는 것은 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 그 판결절차에서 민사집행법 제 261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우라야 한다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결 참조).

나. 판단

1) 피고들 각각의 부작위채무 위반으로 인한 간접강제청구 관련

살피건대, 피고 회사가 피고 A에게 105호를 임대한 이래 피고들은 이 사건 업종제한약정의 존부 및 그 효력을 다투면서 이 사건 변론 종결일 현재까지도 계속하여 105호에서 약국 영업을 이루어지고 있는 점, 피고들 사이의 105호에 관한 임대차계약



의 내용 등에 비추어 보면, 피고들에 대하여 직접 혹은 제3자를 통한 약국 영업의 금지를 명하는 집행권원이 성립하더라도 피고들이 이를 위반할 개연성이 높고, 또한 이 사건 판결 절차에서도 간접강제에 관한 민사집행법 제261조 제1항에 따라 피고들에게 명할 적절한 배상액을 산정하는 것이 가능하다고 할 것이므로, ㉠ 피고 A이 약국 영업 금지의무를 위반할 경우와 ㉡ 피고 회사가 제3자로 하여금 약국 영업을 목적으로 105호를 사용하도록 할 경우에는, 원고에게 원고가 구하는 바에 따라 각 이 판결 확정일 다음 날부터 위반행위 종료일까지 위반일 1일당 500,000원의 비율에 의한 배상금을 지급하도록 명함이 타당하다. 따라서 원고의 피고들에 대한 간접강제금 지급청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

2) 피고 A의 부작위채무 위반에 관한 피고 회사에 대한 간접강제청구 관련

원고는, 피고 회사를 상대로도 피고 A과 공동하여, 피고 A이 약국 영업금지의무를 위반할 경우의 간접강제를 구하고 있다. 그러나 105호에서의 약국 영업금지의무는 피고 A의 부작위채무일 뿐, 원고가 피고 회사를 상대로 구하는 피고 회사의 부작위채무 내용도 아니므로, 다른 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 원고의 피고 회사에 대한 이 부분 청구는 이유 없다.

4. 손해배상청구에 관한 판단

가. 원고의 주장 요지

C와 원고 사이의 관련 확정판결 결과, C의 115호에 관한 분양계약 해제 주장이 받아들여져 원고는 C에게 원상회복으로 115호 분양대금의 합계액 1,267,220,000원뿐만 아니라 ㉠ 2017. 9. 15. 기준으로 하여, 위 분양대금의 계약금, 중도금 및 잔금에 대한 각 지급일 이후의 법정이자 합계 166,266,206원²⁾과 ㉡ 소유권이전등기비용 등 54,526,360원 등 합계



220,792,566원을 배상하여야 한다.

㉔ 또한 C가 2015. 12. 28.경 관련 확정판결의 판결금 상당액을 청구금액으로 하여 이 사건 상가 중 원고 소유의 106, 107, 703, 704호를 가압류함에 따라 원고는 위 각 점포를 분양할 수 없게 되어 위 각 점포의 예정 분양대금 합계액 3,262,220,000원에 대하여 가압류 등기일인 2015. 12. 28.부터 2017. 9. 15.까지 시중이율(시중은행의 1년 만기 정기예금 평균 이율) 연 1.56%를 적용한 금원 상당액인 87,420,345원의 손해를 입었다.

따라서 피고들은 공동하여 원고에게 308,212,911원(= 220,792,566원 + 87,420,345원) 및 이에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소송촉진법'이라 한다)이 정한 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 판단

1) 관련 법리

채무불이행으로 인하여 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하므로 채무불이행으로 인하여 채권자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우 채권자가 채무자에게 제3자에 대한 채무액과 동일한 금액을 손해배상금으로 청구하기 위하여는 채무의 부담이 현실적, 확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 하나, 그와 같은 채무의 부담이 현실적, 확정적이어서 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 것인지의 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결 참조).

2) 이 사건의 검토

2) 40,828,786원(계약금 253,444,000원에 대한 지급일 2014. 6. 27.부터 2017. 9. 15.까지 연 5%의 법정이자) + 40,551,040원(1차 중도금 253,444,000원에 대한 지급일 2014. 7. 5.부터 2017. 9. 15.까지 연 5%의 법정이자) + 35,239,131원(2차 중도금 253,444,000원에 대한 지급일 2014. 12. 5.부터 2017. 9. 15.까지 연 5%의 법정이자) + 49,647,249원(잔금 506,888,000원에 대한 지급일 2015. 10. 1.부터 2017. 9. 15.까지 연 5%의 법정이자)



가) 관련 소송에서 '원고는 C로부터 이 사건 상가 중 115호에 관하여 대전지방법원 세종등기소 2015. 10. 1. 접수 제67283호로 마친 소유권이전등기 및 같은 등기소 2015. 10. 1. 접수 제67284호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행받음과 동시에, C에게 1,321,746,360원 및 그중 253,444,000원에 대하여는 2014. 6. 27.부터, 253,444,000원에 대하여는 2014. 7. 5.부터, 253,444,000원에 대하여는 2014. 12. 5.부터, 506,888,000원에 대하여는 2015. 10. 1.부터, 각 다 갚는 날까지 연 5%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.'는 판결이 선고·확정된 사실은 앞서 본 바이며, 갑 제12, 18호증의 각 기재에 따르면, 위 '1,321,746,360원'은 115호의 분양대금 합계액 1,267,220,000원과 C가 지출한 소유권이전등기비용 등 54,526,360원의 합계액임을 알 수 있다.

나) 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고들이 원고와 피고들 사이의 이 사건 업종제한약정을 위반함에 따라, 원고 역시 C에 대하여 그의 약국 영업권을 독점적으로 보장한 이 사건 업종제한약정을 위반하게 되었으며, 이에 원고가 C로부터 분양대금반환 등 청구의 관련 소송을 제기당하여 관련 확정판결이 선고·확정됨으로써, 원고의 C에 대한 관련 확정판결에 따른 채무 중 ㉠ 115호의 분양대금의 계약금, 중도금 및 잔금에 대한 각 지급일 이후부터 원고가 구하는 바에 따라 2017. 9. 15.까지 관련 확정판결에 기한 민법 제 548조 제2항 소정의 법정이자 166,266,206원과 ㉡ 소유권이전등기비용 등 상당액인 54,526,360원의 부담은 현실적, 확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이 되었다 할 것이므로, 원고가 C로부터 관련 확정판결에 따른 채무를 포기·면제받았다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원고의 실제 출채·지급 여부와 무관하게 원고는 위 채무액과 동일한 금액의 손해를 현실적으로 입게 되었다고 볼 것이다.



이에 대하여 피고들은 위 ㉠은 원고가 계약해제에 따른 원상회복으로서 민법이 정하는 바에 따라 C에게 당연히 반환하여야 할 법정이자일 뿐, 이를 두고 원고의 '손해'라고 할 수 없다고 주장한다. 살피건대, 원고와 C 사이에서 위 법정이자는 계약해제로 인한 원상회복의무의 범위에 속하는 것으로 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 손해배상은 아니지만(대법원 2003. 7. 22. 선고 2001다76298 판결 참조), 위와 같은 계약해제 및 법정이자 반환의무가 발생하게 된 것은 피고들이 이 사건 업종제한약정을 위반하였기 때문이며, 원고와 피고들 사이에서는 원고가 부담하게 된 위 법정이자에 대한 피고들의 채무불이행과 상당인과관계가 인정되는 손해³⁾라고 보아야 할 것이다. 따라서 피고들의 위 주장은 이유 없다.

다) 나아가 원고는 ㉡ C의 가압류로 인하여 분양할 수 없게 된 점포의 예정 분양대금의 시중이자 상당액의 손해도 배상을 구하나, 이는 특별손해에 해당하는 것으로서 피고들이 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그에 대한 배상책임이 인정된다고 할 것인데, 원고가 제출한 증거만으로는 피고들이 원고가 위와 같은 손해를 입었다는 점을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

라) 따라서 피고들은 공동하여 원고에게 ㉢ 계약금, 중도금 및 잔금에 대한 각 지급일 부터 원고가 구하는 바에 따른 2017. 9. 15.까지 115호 분양계약 해제에 따른 법정이자 166,266,206원과 ㉣ 소유권이전등기비용 등 54,526,360원 등 합계 220,792,566원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 2017. 11. 10.자 청구취지 및 항소취지 변경신청서 부

3) C가 115호를 인도받아 실제로 사용하였다면 C 또한 원고에게 분양계약 해제로 인한 원상회복으로 임료 상당의 사용이익을 반환하여야 하지만, C는 위 115호에 입점하거나 이를 사용하지 않았기에 C의 사용이익 반환은 관련 확정판결에 반영되지 않았다. 앞서 본 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하면, C가 분양계약 해제 시까지 115호에 직접 혹은 제3자를 통하여 입점하지 않은 것은 피고들이 이 사건 업종제한약정을 위반하였기 때문임이 인정되므로, 이러한 점에서도 원고만이 반환하게 된 위 법정이자 상당의 손해는 피고들의 채무불이행과 상당인과관계가 있다고 할 것이다.



본 송달 다음 날인 2017. 11. 14.부터 피고들이 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 당심 판결 선고일인 2018. 5. 25.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 모두 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 당심에서 확장 및 감축된 청구와 원고의 항소를 각 일부 받아들여 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여(피고 A에 대한 영업권 양도금지의무 위반의 간접강제금 청구의 소는 당심에서 취하되어 이에 대한 제1심판결은 실효되었다) 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이승훈

 판사 이해성

 판사 김성환