

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020다227523(본소) 소유권이전등기  
2020다227530(반소) 소유권이전등기

원고(반소피고), 피상고인

원고(반소피고)

소송대리인 법무법인(유한) 동인

담당변호사 박용우 외 1인

피고(반소원고), 상고인

피고(반소원고)

소송대리인 변호사 박국병

원 심 판 결 수원지방법원 2020. 4. 14. 선고 2018나80636(본소), 2018나80643  
(반소) 판결

판 결 선 고 2020. 10. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

#### 가. 이 사건의 경위

1) 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)와의 2012. 9. 26.자 매매의 특약에 따라서 청구취지 기재 토지에 대하여 소유권이 전등기절차의 이행을 구하는 이 사건 본소를 제기하였고, 이에 대해 피고는 원고로부터 매수한 토지에 관한 근저당권의 말소를 위해 피담보채무를 대위변제함으로써 입게 된 손해에 대해 민법 제576조 제2항의 담보책임에 기한 상환청구 또는 채무불이행 이유로 한 손해배상을 구하는 이 사건 반소를 제기하였다. 제1심은 원고의 본소청구를 인용하고, 피고의 반소청구를 기각하였다.

2) 피고는 원심 계속 중 '원고와 피고 사이에 2019. 7. 6. 이 사건 본소를 취하하기로 하는 내용의 합의(이하 '이 사건 소취하합의'라 한다)를 하였다.'고 주장하면서 '원고가 이 사건 본소를 취하하고, 더 이상 민·형사상의 이의를 제기하지 않는다.'는 내용의 합의서를 증거로 제출하고, 본소가 취하되면 반소도 취하하겠다고 주장하였다. 이에 따라 원심 법원은 '본소와 반소를 각 취하하고 상대방의 취하에 동의한다.'는 취지의 조정을 갈음하는 결정을 하였다.

3) 원고의 소송대리인은 이의신청을 하면서 사임을 하였고, 이후 새로운 소송대리인이 선임되어 소송을 수행하면서 '소취하합의는 착오에 기한 의사표시이므로 취소한다.'라고 하면서, 착오의 내용으로 원고가 소송진행, 소취하합의의 법률적 의미를 모른 채 합의에 이르렀고, 이러한 소취하합의의 법적 의미 및 효과에 관한 착오는 중요부분

에 관한 착오라고 주장하였다. 이와 같이 피고는 이 사건 본소가 소취하합의에 따라 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 주장하였고, 원고는 이 사건 소취하합의에 대하여 민법 제109조, 제110조에 의한 법률행위 취소의 주장을 한 것이다.

4) 그런데 원심은, 이 사건 소취하합의가 민법 제731조에 정해진 화해계약에 해당한다고 전제한 후, ① 이 사건 소취하합의는 피고가 근저당권의 대위변제로 인해 손해를 입었다는 전제에서 이루어진 것으로 보이는데, 피고가 대위변제한 금액은 이미 피고와 이연 주식회사(이하 '이 사건 회사'라 한다) 측의 정산합의를 통하여 정산이 완료된 것으로 보아야 하는 점, ② 제1심에서 승소판결을 받은 원고가 소취하합의를 할 만한 합리적 이유를 찾아볼 수 없는 점 등을 이유로, 원고가 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 대해 착오를 일으켜 이 사건 소취하합의에 이른 것이라고 판단하여, 원고의 착오에 의한 취소 주장을 받아들였다.

#### 나. 판단

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 원심은 이 사건 소취하합의가 민법 제731조의 화해계약이라고 전제하였으므로 먼저 이 부분 판단의 당부를 살펴본다.

가) 화해계약은 당사자가 상호 양보하여 당사자 간의 분쟁을 종지할 것을 약정하는 것으로(민법 제731조), 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 효력이 있다(민법 제732조). 즉, 화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한 그 창설적 효력에 따라 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸하고, 계약 당사자 사이에 종전의 법률관계가 어떠하였는지를 묻지 않고 화해계약에 따라 새로운 법률관계가 생긴다(대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결

등 참조).

민법상의 화해계약을 체결한 경우 당사자는 착오를 이유로 취소하지 못하고 다만 화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에 한하여 이를 취소할 수 있다(민법 제733조). '화해의 목적인 분쟁 이외의 사항'이라 함은 분쟁의 대상이 아니라 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서, 쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항을 말한다(대법원 1997. 4. 11. 선고 95다48414 판결 등 참조).

나) 피고가 제출한 합의서의 내용은 원고가 본소를 취하하고 이의제기를 하지 않겠다는 것이고, 피고 스스로 본소가 취하되면 합의에 따라 반소도 취하할 예정이라고 밝히고 있는바, 원심은 위 합의서가 이 사건 분쟁의 대상인 청구취지 기재 토지의 이 전등기청구권(본소), 피고가 근저당채무의 대위변제로 입게 된 손해에 대응하는 금전지급청구권(반소)에 대해 쌍방이 양보하여 각자 이를 포기하고 분쟁을 끝내기로 약정하는 내용이라고 판단하여 민법상의 화해계약으로 보고, 나아가 위 근저당채무의 대위변제로 인한 손해는 이미 정산이 완료되어 상호 양보의 내용이 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해되었다고 판단한 것으로 보인다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 민법상의 화해계약으로 보더라도 '근저당채무의 대위변제와 그로 인한 피고의 손해 여부'에 대한 사항은, 피고가 원심에 이르기까지 여전히 대위변제로 인한 손해를 주장하면서 본소에 대한 항변을 함과 동시에 반소로 유지하고 있는 청구 내용으로서 분쟁의 대상이자 다툼이 계속되고 있는 사항임이 명백하다. 나아가 원심이 언급한 또 다른 사정, 즉 원고가 제1심에서 승소판결을 선고 받은 이 사건 본소를 취하할만한 합리적인 이유가 없다는 사정은 화해계약의 취소사유

에 해당한다고 볼 수 없을뿐더러 원고 스스로의 주장이나 원고에 대한 당사자본인신문 결과에서 '원고가 고령이고 문맹이어서 그 의미와 법률 효과 등에 대하여 알지 못한 채 합의서에 서명한 것이다.'라고 주장하여 온 점과 부합하지도 않는다. 따라서 이 사건 소취하합의를 민법상 화해계약으로 보더라도 판시와 같은 사정을 이유로 이를 취소할 수는 없다고 할 것이다.

2) 한편 원고는 이 사건 소취하합의가 민법상의 화해계약에 이르지 않은 법률행위임을 전제로 취소 주장을 하였으므로 나아가 이에 관하여도 살펴보기로 한다.

가) 소취하합의의 의사표시 역시 민법 제109조에 따라 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있을 것이다. 의사표시의 동기에 착오가 있는 경우에는 당사자 사이에 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼았을 때에 한하여 의사표시의 내용의 착오가 되어 취소할 수 있는 것이며, 법률행위의 중요 부분의 착오라 함은 표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고 보통 일반인도 표의자의 처지에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다(대법원 1999. 4. 23. 선고 98다45546 판결 등 참조). 이때 착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다는 사실과 함께 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점, 즉 만일 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 점을 증명하여야 한다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다239345 판결 등 참조).

나) 피고가 제출한 합의서의 내용은 원고가 본소를 취하하고 이의제기를 하지 않겠다는 것으로, 민법상의 화해계약에 해당하지 않는다고 해석할 여지도 있다고 할 것이다. 그런데 달리 원고가 이 사건 소취하합의를 할 당시 법률행위의 내용에 착오가

있었다거나 그러한 착오가 없었다면 의사표시를 하지 않았을 것이라는 사정을 주장·증명하였다고 볼 사정을 찾아보기 어렵다.

또한 원심의 판단에 따르더라도 원고가 '근저당채무의 대위변제와 그로 인한 피고의 손해 여부'에 대한 착오, 즉 동기에 대한 착오를 일으켜 이 사건 소취하합의에 이르렀다는 것인바, 원고와 피고가 이 사건 소취하합의를 할 당시 이를 의사표시의 내용으로 삼았다고 보기도 어렵다.

### 3) 소결

따라서 원심으로서도 원고와 피고가 이 사건 소취하합의에 이르게 된 경위, 사정, 사실관계 등을 심리하여, 이 사건 소취하합의가 민법상 화해계약에 해당하는지, 민법상 화해계약에는 이르지 못한 소취하합의인지 등을 판단한 후, 원고가 주장하는 착오가 이 사건 소취하합의의 취소사유가 될 수 있는지를 구체적으로 심리·판단하여야 할 것이다.

그럼에도 원심은, 이 사건 소취하합의가 민법상 화해계약에 해당하며 원고가 주장하는 사정이 '화해의 목적인 분쟁 이외의 사항'이라고 단정하여 원고의 취소 주장을 받아들였으니, 이러한 원심판단에는 민법상의 화해계약, 소취하합의, 민법 제733조의 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항, 민법 제109조의 착오로 인한 의사표시의 취소 및 증명책임 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 상고이유 제4점에 대하여

가. 원심은, 원고로부터 매수한 토지에 관하여 물적 부담이 없는 상태로 소유권이전 등기를 하여야 할 의무를 원고가 불이행하여 피고가 피담보채무를 대위변제하고 근저

당권을 말소시키게 되었으니 채무불이행 책임에 기한 손해배상청구권이 있다는 피고의 주장에 대하여, 피고와 이 사건 회사 측의 정산합의에 의해 원고의 손해배상의무가 면제되었다고 판단하여 이를 배척하였다.

나. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

채무의 면제는 반드시 명시적인 의사표시 만에 의하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채권의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 하나, 그와 같이 인정하기 위해서는 당해 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40505 판결 등 참조).

원심도 인정한 바와 같이, 피고가 원고의 채무불이행으로 인해 부담하게 된 근저당권을 말소시키기 위해 그 피담보채무를 대위변제 함으로써 손해를 입은 이상 이 사건 회사와 정산금지급에 관한 약정을 하였다는 사정만으로는 피고가 원고에 대한 손해배상 채권을 포기하거나 면제하였다고 보기 어렵다. 원심판단에는 채권의 포기나 채무의 면제 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 파기의 범위

원고의 본소청구는 전부 파기되어야 하고, 원심에서 배척된 반소 청구 중 선택적으로 병합된 민법 제576조 제2항의 담보책임에 기한 상환청구 부분 역시 파기되어야 할 것이어서, 피고의 반소청구 역시 전부 파기되어야 하므로(대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결 등 참조), 결국 원심판결은 모두 파기되어야 한다.

### 4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	노태약
	대법관	김재형
주 심	대법관	민유숙
	대법관	이동원