

서울고등법원 2015. 7. 9 선고 2014나2007337(본소), 2015나2024902(반소) 판결
[소유권이전등기의 말소등기청구 등 · 계약금액 반환 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2015. 7. 9 선고 2014나2007337(본소), 2015나2024902(반소) 판결
서울중앙지방법원 2014. 2. 7 선고 2013가합36915 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인A

피고(반소원고), 피항소인1. 아시아신탁 주식회사

2. 주식회사 B

피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사 인수참가인제일모직 주식회사

변론 종결2015. 6. 25.

판결 선고2015. 7. 9.

제1심판결서울중앙지방법원 2014. 2. 7. 선고 2013가합36915 판결

주 문

1. 원고(반소피고)의 피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사 인수참가인에 대한 예비적 청구 부분의 소를 각하한다.
2. 원고(반소피고)의 피고(반소원고)들에 대한 항소 및 당심에서 교환적으로 변경된 원고(반소피고)의 피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사에 대한 예비적 청구, 원고(반소피고)의

피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사 인수참가인에 대한 주위적 청구를 모두 기각한다.

3. 원고(반소피고)와 피고(반소원고)들 사이에 생긴 항소제기 이후의 소송비용과 원고(반소피고)와 피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사 인수참가인 사이에 생긴 소송비용은 모두 원고(반소피고)가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

1) 주위적으로, 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여,

가) 피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사(이하 '피고 아시아신탁'이라 한다)는 수원지방법원 용인등기소 2013. 2. 27. 접수 제28418호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 나) 피고(반소원고) 아시아신탁 주식회사 인수참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 수원지방법원 용인등기소 2014. 8. 29. 접수 제136551호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

2) 예비적으로, 이 사건 부동산에 관하여,

가) 피고 아시아신탁은 원고에게 2013. 3. 6. 신탁해지 또는 2014. 2. 26. 신탁계약 종료를 원인으로 한 각 소유권이전등기절차를 이행하고,

나) 피고(반소원고) 주식회사 B(이하 '피고 B'라 한다)는 위 가)항의 2013. 3. 6. 신탁해지에 관한 원고의 신탁해지 의사표시에 대하여 피고 아시아신탁에게 동의의 의사표시를 하며,

다) 참가인은 피고 아시아신탁에게 수원지방법원 용인등기소 2014. 8. 29. 접수 제136551호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라(원고는 당심에서 피고 아시아신탁에 대한 예비적 청구를 교환적으로 변경하고, 참가인에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구를 추가하였다).

나. 예비적 반소(본소청구의 인용을 조건으로 한다)

- 1) 원고는 피고 아시아신탁에게 1,881,000,000원 및 그 중 1,860,000,000원에 대하여는 2013. 2. 28.부터, 21,000,000원에 대하여는 2014. 8. 30.부터 각 반소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
- 2) 원고는 피고 B에게 189,000,000원 및 이에 대하여 2013. 2. 28.부터 반소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

가. 제1심 판결을 취소한다.

나. 주위적으로, 피고 아시아신탁은 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2013. 2. 27. 접수 제28418호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

다. 예비적으로, 피고 아시아신탁은 원고에게 이 사건 부동산에 관한 위 각 소유권이전등기에 대하여 해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하고, 피고 B는 피고 아시아신탁에게 원고의 소장 부분 송달로 행한 신탁해지에 관하여 동의를 의사표시를 하라.

이 유

1. 기초사실

가. 인근 부동산에 관한 계약

1) 이 사건 부동산은 대형 놀이동산인 '에버랜드' 근처의 숙박업소 밀집지역을 배후지로 하는 곳에 있고 편도 1차선 도로에 위 부동산의 한 면이 접하고 있다. 원고는 아래 나.항의 부동산처분신탁계약 체결 이전에 이 사건 부동산 중 건물을 C에게 임대차보증금 3,000만 원, 임대료 월 165만 원에 임대하였고, C은 그곳에서 한식 전문점을 운영하고 있었다.

2) 피고 B는 성명불상자의 위임에 따라 이 사건 부동산 및 부근에 있는 숙박업소 밀집지역의 부동산을 매수하기로 하였다. 이에 따라, 피고 B는 아래 나.항의 부동산처분신탁계약 체결 이전에 이 사건

부동산 인근 토지 등을 매수하고 이 사건 신탁계약과 유사한 내용의 신탁계약을 체결하였다.

3) 이 사건 부동산 인근 토지의 매수내역은 아래 표 기재와 같다.

1	용인시 처인구 D 대 677m ² , E 대 311m ² 및 위 양 지상 철근콘크리트조 지하 1층, 지상 6층의 숙박시설, F 잡종지 772m ²	G, H	31억
2	I 대 875m ² , J 대 276m ² 및 위 양 지상 철근콘크리트조 지상 7층 숙박시설	K	26억
3	L 대 795m ² , M 잡종지 78m ² 및 위 양 지상 철근콘크리트조 지상 6층 숙박시설	N	26억 7,000만
4	○ 대 882m ² , P 대 275m ² 및 위 양 지상 철근콘크리트조 지상 7층 숙박시설	Q, R	30억

나. 이 사건 부동산에 관한 부동산처분신탁계약의 체결 경위

1) 피고 아시아신탁은 2012. 8. 6. 참가인(변경 전 상호 : 삼성에버랜드 주식회사)과 사이에 이 사건 부동산을 포함한 인근 토지에 관하여 부동산매입대행 관련 처분신탁에 따른 업무협약을 체결하였고(이하 '이 사건 업무협약'이라 한다), 이 사건 업무협약에서 정한 당사자의 구체적인 업무 및 책임의 내용은 다음과 같다.

〈부동산매입대행 관련 처분신탁에 따른 업무협약서〉

제2조(업무분담 및 책임)

참가인과 피고 아시아신탁은 다음과 같이 업무를 수행하며 그에 따른 책임을 부담한다.

1. 참가인의 업무와 책임

가. 대상 부동산을 처분신탁 기능으로 소유권을 확보하기 위하여 처분신탁 부동산에 대한 매매대금(선납금)을 피고 아시아신탁이 개설하는 자금관리계좌에 선예치하여 매도인에게 지급하는 데에 사용

나. 선납금 지급 업무는 피고 아시아신탁에게 위임

2. 피고 아시아신탁의 업무와 책임

가. 대상 부동산의 소유자(매도인)와 체결하는 처분신탁계약서 및 참가인과 피고 아시아신탁이 장래에 체결할 예정인 매매계약서에 대하여 참가인의 승인을 얻는 업무

나. 매도인과 처분신탁계약을 체결하고 선납금 지급 당일 신탁등기 접수

다. 매도인에게 지급하기 위해 참가인으로부터 입금될 자금의 수납에 필요한 피고 아시아신탁 명의의 자금관리계좌 개설, 인감의 관리 및 참가인을 대리하여 매도인에게 선납금을 지급

라. 대상 부동산에 대한 잔금지급 즉시 매매계약을 체결하여 대상 부동산의 소유권을 참가인에게 이전

마. 참가인으로부터 피고 아시아신탁으로 입금된 선급금이 피고 아시아신탁의 사정으로 매도인에게 집행이 되지 않은 경우, 참가인이 지정한 계좌로 입금된 선납금을 즉시 반환

2) 원고는 2013. 2. 14. 피고 B와 사이에 이 사건 부동산에 관하여 매매대금 21억 원(평당 300만 원), 컨설팅 수수료 4,200만 원(매매대금의 2%), 업무 범위를 이 사건 부동산에 대한 개발 및 매매 등에 관한 제반 사항으로 하는 부동산컨설팅계약(이하 '이 사건 컨설팅계약'이라 한다)을 체결하고, 위 부동산에 관한 부동산처분신탁계약 체결일 무렵 피고 B에게 컨설팅 수수료 4,200만 원을 지급하였다.

3) 원고는 피고 B의 안내에 따라 2013. 2. 27. 피고 아시아신탁과 사이에 원고를 위탁자 겸 수익자, 피고 아시아신탁을 수탁자, 매수자를 피고 B로 하되, 신탁기간을 신탁등기일로부터 1년으로 정하고, 이 사건 부동산을 처분함에 있어 매수자(피고 B가 지정하는 자 포함)가 소유권을 취득할 수 있을 때까지 수탁자인 피고 아시아신탁이 '이 사건 부동산에 관한 등기부상 소유권 관리 및 처분에 따른 소유권 이전 업무 등을 수행'하는 것을 목적으로 하는 부동산처분신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하고, 같은 날 피고 아시아신탁에게 이 사건 부동산에 관하여 신탁을 원인으로 한 각 소유권이전등기를 마쳐주었다.

4) 이 사건 신탁계약의 주요 내용은 다음과 같다.

〈이 사건 신탁계약〉

제1조(신탁목적) 이 신탁의 목적은 수탁자가 신탁부동산에 대하여 처분업무 등을 수행하는 데 있다.

제3조(신탁기간) ① 신탁계약 기간은 신탁계약 체결일로부터 1년까지로 하며, 신탁종료 기간을 정하지 않은 경우에는 신탁재산을 처분하여 소유권이전등기가 종료될 때까지로 한다. 단, 신탁종료 전에 위탁자, 수탁자 및 수익자가 협의하여 그 기간을 연장할 수 있다.

제15조(신탁해지 및 책임부담) ① 위탁자는 천재지변 기타 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는

원칙적으로 신탁해지를 할 수 없다.

② 전항의 경우에 위탁자는 수익자 전원의 동의를 얻어 신탁해지를 수탁자에게 요청할 수 있으며, 수탁자가 신탁해지를 승낙한 경우에도 신탁해지에 의한 수탁자의 손해를 부담하여야 한다.

③ 경제정세의 변화 기타 상당한 사유에 의하여 신탁의 목적달성 또는 신탁사무 수행이 불가능하거나 현저히 곤란한 때 및 신탁계약의 유지가 위탁자 또는 수익자의 이익을 해한다고 인정되는 경우에는 수탁자는 위탁자 및 수익자와 협의하여 신탁을 해지할 수 있으며, 이 경우 수탁자는 그 책임을 부담하지 아니한다.

제16조(신탁의 종료 및 원본의 교부 등) ① 이 신탁은 신탁기간 만료 시 또는 신탁해지에 의하여 종료하며, 신탁종료 시 수탁자는 최종계산에 관하여 수익자의 동의를 받도록 한다.

<특약사항(이하 '이 사건 특약사항'이라 한다)>

제1조(신탁의 목적) 이 신탁계약의 목적은 위탁자가 매수자 또는 매수자가 지정하는 자(이하 매수자 또는 매수자가 지정하는 자를 '매수자'라 한다)에게 이 사건 부동산을 처분함에 있어 매수자(매수자가 지정하는 자 포함)가 소유권을 취득할 수 있을 때까지 수탁자가 신탁부동산에 관한 등기부상 소유권 관리 및 처분에 따른 소유권 이전 업무 등을 수행하는 데 있다.

제4조(신탁기간) ① 신탁기간은 신탁등기일로부터 1년(이 사건 신탁계약서 별지 1의 1)으로 하고, 위탁자 및 매수자는 수탁자와 협의하여 그 기간을 연장할 수 있다.

② 제1항의 기간에도 불구하고 동 기간 내 처분이 실행된 경우에는 신탁기간이 자동으로 종료되는 것으로 한다.

제5조(신탁부동산의 처분) ① 전체 신탁부동산 매매대금은 아래와 같이 지급하기로 한다.

1 계약금 및 중도금	1,890,000,000원	30,000,000원	1,860,000,000원	2013. 2. 27.
2. 잔금	210,000,000원	210,000,000원	2013. 7. 27.	
총계	2,100,000,000원		2,070,000,000원	

신탁부동산에 임대차계약이 있음을 계약당사자 전원이 인지하고 있으며 임차보증금 3,000만 원은

계약금 및 중도금 지급 시 공제하기로 한다. 또한, 임차보증금 반환의무는 매수자의 책임으로 한다.

② 수탁자는 다음 각 호와 같이 신탁부동산을 매수자에게 처분한다.

1. 매수자(매수자가 지정하는 자 포함)가 본 계약 체결 이후 본조 제1항 제4호의 잔금을 정히 지급한 경우로서 잔금 지급을 확인하는 다음 각 호의 서류 중 하나를 첨부하여 수탁자에게 신탁부동산의 처분을 서면으로 요청하면 수탁자는 위탁자의 별도 동의 없이 매수자에게 신탁부동산의 소유권을 직접 이전하기로 한다.

2. 신탁부동산의 매매대금은 수탁자가 위탁자에게 지급한다.

③ 수탁자는 본조 제1항에 명시된 금액으로 매수자와 신탁부동산매매계약을 체결기로 한다.

④ 매수자는 별도의 매수자를 지정할 경우 수탁자에게 매수자지정서를 제출기로 하며, 위탁자는 본조 제1항 제4호의 잔금이 완납되지 않는 경우를 제외하고는 매수자가 지정하는 자에게 신탁부동산의 소유권을 이전하는 것에 대하여 이의를 제기할 수 없다.

제9조(신탁계약의 중도해지) 위탁자는 매수자의 서면 동의 없이 신탁계약을 변경하거나 중도에 해지할 수 없다. 단, 매수자의 서면 요청 또는 동의를 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제10조(신탁기간 종료 시 신탁부동산의 반환 등) ① 신탁기간 내에 특약사항 제5조에 의한 신탁부동산의 처분이 이루어지지 못한 경우 위탁자는 수탁자에게 신탁부동산의 반환을 요청할 수 있으며, 수탁자는 요청일로부터 3영업일 이내에 신탁해지에 필요한 일체의 서류를 위탁자에게 교부기로 한다. 단, 위탁자는 신탁보수 미지급금 및 신탁사무처리 등과 관련하여 수탁자가 지불한 비용이 있는 경우 사전에 반드시 이를 상환하여야 한다.

② 제1항에 따라 신탁부동산의 반환 시 위탁자와 매수자 간 매매대금 정산 여부는 신탁부동산의 반환에 전혀 영향을 미치지 아니한다. 부연하건대 신탁기간 내에 신탁부동산을 처분(매수)하지 못한 책임은 매수자가 부담하여야 하므로 본 신탁계약은(수탁자는) 매수자의 매매대금 반환청구권까지는 보전하지 않기로 한다. 따라서 매매대금 정산이 필요한 경우 동 업무는 신탁재산이 반환된 후 위탁자와 매수자 간 별도 정산기로 한다.

제11조(신탁업무의 종결) ① 위탁자와 수탁자 간 신탁업무는 매수자에게 신탁부동산의 소유권이 이전등기 완료되거나 제11조에 따라 신탁부동산의 반환 완료와 함께 종결된다.

② 위탁자 또는 매수자의 귀책으로 인하여 소유권 이전이 지연되거나 이로 인한 손해에 대해서 수탁자는 책임지지 아니한다.

제13조(분쟁 등에 대한 면책) ① 위탁자 및 매수자는 수탁자와 상관없는 채권자 또는 이해관계자 등으로부터 처분금지가처분 또는 등기청구권 가압류 등 제한조치가 발생하는 경우 동 제한조치의 해제 시까지 신탁부동산의 처분 또는 반환이 불가능함을 인지하고 있으며, 이에 대하여 수탁자에게 일체의 이익을 제기할 수 없다.

제17조(우선 적용) ① 특약사항은 이 계약 본문에 우선하여 적용되며, 이 계약 본문 내용이 특약사항의 취지에 위배되는 경우에는 이 계약 본문 해당 조항의 적용이 배제된다.

② 이 계약의 본문 내용 및 특약사항이 신탁 관련 법령(신탁법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 동법 하위법규) 및 금융투자업 규정에 위배될 경우에는 법령 및 동 감독 규정에 의한다.

5) 피고 아시아신탁은 2013. 2. 27. 원고에게 이 사건 부동산에 관한 임대차보증금 3,000만 원을 제외한 18억 6,000만 원의 매매대금(계약금 및 중도금)을 지급하고, 같은 날 원고에게 매매대금 잔금 지급을 보증하는 취지로 1억 8,900만 원을 대여하면서 위 대여금은 2013. 7. 27. 매매대금을 청산할 때 잔금으로 대체하기로 약정하였다.

다. 원고의 이의제기 및 부동산처분금지 가처분신청

1) 원고는 이 사건 신탁계약 직후인 2013. 3. 초순경부터 이 사건 부동산의 시세가 평당 700만 원 내지 800만 원임에도 피고들이 자신을 속여 평당 300만 원에 매도하게 한 것으로서 이 사건 신탁계약이 무효라는 등의 주장을 하면서 피고들에게 이 사건 부동산에 관한 각 소유권이전등기의 말소를 요구하였다.

2) 원고는 2013. 3. 27. 수원지방법원 2013카단100749호로 이 사건 신탁계약의 무효, 취소, 해제 등에 따른 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 피고 아시아신탁을 상대로 부동산처분금지가처분 신청을 하였고, 위 법원은 2013. 4. 4. 위 신청을 인용하는 가처분 결정을 하였다.

3) 이에 피고 아시아신탁은 위 법원의 가처분 결정에 대하여 같은 법원 2014카단100349호로 이의신청을 하였고, 위 법원은 2014. 5. 16. 위 이의신청을 받아들여 위 2013. 4. 4.자 가처분

결정을 취소하고 가처분 신청을 기각하는 결정(이하 '제1심 결정'이라 한다)을 하였다.

4) 이에 대하여 원고가 다시 위 법원 2014라902호로 즉시항고를 제기하였고, 위 법원은 2014. 8. 28. 위 즉시항고를 받아들여 제1심 결정을 취소하고 2013. 4. 4.자 가처분 결정을 인가하는 결정을 하였다.

라. 피고 아시아신탁과 참가인 사이의 매매계약 체결

1) 피고 아시아신탁은 2014. 8. 29. 참가인에게 이 사건 부동산을 대금 21억 원에 매도하고(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다), 같은 날 이 사건 매매계약을 원인으로 하여 수원지방법원 용인등기소 같은 날 접수 제136551호로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2) 피고 아시아신탁은 2014. 8. 29. 수원지방법원 2014년 금 제7659호로 이 사건 신탁계약의 매매대금 중 잔금 2,100만 원을 피공탁자를 원고로 하여 공탁하였다.

【인정 근거】갑 제1 내지 16, 19, 21, 23 내지 26호증, 을 제1 내지 3, 7 내지 11, 15, 16, 18호증, 을나 제1, 2호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 갑 제22호증의 각 영상, 제1심 증인 S, W, 당심 증인 AB, V의 각 증언, 변론 전체의 취지

2. 주위적 청구에 관한 판단

가. 피고 아시아신탁에 대한 소유권이전등기 말소청구

1) 원고의 주장 이 사건 신탁계약은 다음과 같이 존재하지 아니하거나 무효이고, 가사 유효하다고 하더라도 취소 또는 해지되었으므로, 원고는 이 사건 신탁계약의 부존재, 무효, 취소, 해지를 원인으로 한 원상회복으로서 피고 아시아신탁에 대하여 이 사건 부동산에 관한 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

가) 이 사건 신탁계약의 부존재(① 주장)

(1) 피고 아시아신탁의 직원 U, V은 아무런 설명 없이 원고에게 도장을 달라고 하여 임의로 이 사건 신탁계약서에 날인하였는바, 이 사건 신탁계약서는 그 진정성립이 인정될 수 없다.

(2) 원고는, 피고 B의 이사 S이 2012. 12.경 의사, 변호사 등 동호인 5인이 펜션을 짓기 위하여 이 사건 부동산을 매수하려고 한다고 하여 그들에게 이 사건 부동산을 매도하고자 하였다. 그러나 위

동호인 5인은 실제로 존재하지 아니하는 것으로 밝혀졌고, 이 사건 신탁계약서에는 중개인인 피고 B가 매수자로 기재되어 있으므로, 이 사건 신탁계약은 존재하지도 않는 허무인이나 가상의 매수인을 전제로 한 것으로서 신탁계약 자체가 존재하지 아니한다.

나) 이 사건 신탁계약의 무효(② 주장)

가사 이 사건 신탁계약의 존재를 인정한다고 하더라도, 이 사건 신탁계약은 아래에서 보는 바와 같이 신탁법 제33조, 제34조 제1항 제5호, 제36조, 민법 제103조, 제104조를 위반하여 무효이다.

(1) 신탁법 위반

(가) 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 하는데(신탁법 제33조 참조), 피고 아시아신탁은 이 사건 신탁계약의 위탁자이자 수익자인 원고에게 아무런 설명도 하지 않은 채 원고의 의사에 반하여 일방적으로 불리한 이 사건 신탁계약서를 작성하였고, 원고의 정당한 계약 해지 요구마저 거부하였다. 따라서 피고 아시아신탁은 신탁법 제33조에서 정한 충실의무를 위반하였다.

(나) 피고 아시아신탁은 피고 B가 이 사건 신탁계약의 수익자인 원고에게 이 사건 부동산을 반환하거나 가격 조정을 하겠다고 하였는데도 이에 반대하여 위 가격 조정 등을 무산시키는 등 원고의 이익에 반하는 행위를 하였는바, 이는 수익자의 이익에 반하는 행위를 금지하는 신탁법 제34조 제1항 제5호를 위반한 것이다.

(다) 피고 아시아신탁은 이 사건 신탁계약을 통하여 자신 또는 제3자의 이익을 추구함으로써 수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누릴 수 없다는 신탁법 제36조를 위반하였다.

(2) 민법 제103조 위반

(가) 피고들은 원고와 이 사건 신탁계약을 체결하기 전부터 인근의 부동산들에 대한 컨설팅 및 신탁 업무를 수행하고 있었음에도 이를 원고에게 알리지 아니하였으며, 피고 아시아신탁은 원고를 위하여 이 사건 부동산에 관한 신탁 사무를 처리할 법률상 의무가 있음에도 피고 B와 통모하여 원고로 하여금 이 사건 부동산을 그 객관적 가치의 1/3 내지 1/11의 헐값에 매도하게 하였다. 결국, 이 사건 신탁계약은 피고들의 원고에 대한 배임, 불법행위 및 피고 B의 폭리 내지 부당이득과 결부되어 있어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다.

(나) 공인중개사법 제33조 제6호는 중개인과 중개의뢰인의 직접 거래를 금지하고 있는데, 피고

아시아신탁은 원고로부터 이 사건 부동산의 처분을 위탁받은 공인중개사법 소정의 중개의뢰인에 해당함에도, 원고의 중개인인 피고 B 또는 피고 B가 지정하는 자를 매수인으로 하여 이 사건 신탁계약을 체결하였다. 따라서 이 사건 신탁계약은 공인중개사법 제33조 제6호를 위반하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다.

(다) 이 사건 신탁계약은 매수자인 피고 B를 거치지 않은 채 직접 참가인에게 이전등기를 하게 함으로써 중간생략등기를 예정하고 있으므로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다.

(3) 민법 제104조 위반

피고들이 원고를 기망하여 이 사건 부동산을 그 객관적 가치에 비하여 1/3 내지 1/11의 헐값에 매도하게 한 것은 이 사건 신탁계약의 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있는 폭리행위에 해당하므로, 이 사건 신탁계약은 민법 제104조를 위반하였다.

(4) 원인행위의 무효, 취소, 해제에 따른 신탁계약의 무효

가사 이 사건 신탁계약이 유효하게 성립되었다고 하더라도, 원고는 2013. 4. 22. 피고 B에게 기망에 의하여 체결된 이 사건 컨설팅계약을 취소, 해제한다는 통고서를 발송하였고, 아래에서 주장하는 바와 같이 이 사건 매매계약은 신탁법 제34조 제1항 제4호, 제5호 위반 및 같은 법 제75조 제1항에 의한 신탁위반 법률행위의 취소에 따라 그 효력을 상실하였다. 따라서 이 사건 신탁계약은 그 원인행위인 이 사건 컨설팅계약 내지 이 사건 매매계약이 그 효력을 상실함에 따라 함께 무효로 되었다.

다) 이 사건 신탁계약의 취소(③ 주장)

(1) 기망에 의한 취소

피고들은 이미 이 사건 부동산 인근 부동산에 대하여 컨설팅 및 신탁 업무를 시작하였음에도 원고에게 이를 고의로 알리지 아니하였으며, 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이 사건 신탁계약을 체결하였음에도 원고의 이익을 보호하려면 이 사건 신탁계약을 체결하여야 한다고 원고를 기망하였다(신탁계약의 취지와 목적에 대한 기망). 또한, 피고 B의 이사 S은 원고에게 동호인 5인이 이 사건 부동산에 펜션을 짓기 위해 위 부동산을 매수하는 것이라고 거짓말을 하였으며(매수인에 대한 기망), 이 사건 부동산의 시세를 적극적으로 기망하여 원고로 하여금 이 사건 부동산을 그 객관적 가치에 비하여 1/3 내지 1/11의 헐값에 매도하게 하였다(매매가격에 대한 기망). 결국, 원고는

피고들의 적극적인 기망에 따라 이 사건 신탁계약을 체결하게 된 것이므로, 민법 제110조에 따라 2013. 3. 6.자 또는 2013. 4. 22.자 통고서 또는 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 신탁계약을 취소한다.

(2) 착오에 의한 취소

피고들은 원고에게 이 사건 부동산의 시가를 기망하여 원고로 하여금 시가에 관한 착오를 일으키게 하여 현저히 낮은 가격으로 매도하게 하였는데, 이 사건 부동산의 매매대금은 이 사건 신탁계약 내용의 중요한 부분에 해당하고, 원고는 이 사건 부동산의 객관적 가치가 이 사건 신탁계약에서 정한 매매대금의 3배 내지 11배에 달한다는 사실을 알았다면 이 사건 신탁계약을 체결하지 않았을 것이다. 또한, 이 사건 부동산의 매매대금에 관한 착오를 동기의 착오로 보더라도, 원고는 피고들에게 이 사건 부동산의 매매대금을 그 객관적 가치에 상응하도록 산정하여야 한다는 점을 충분히 표시하였으므로, 이 사건 부동산의 시가에 관한 착오는 이 사건 신탁계약의 중요 부분에 관한 착오에 해당한다. 따라서 원고는 민법 제109조에 따라 2013. 3. 6.자 또는 2013. 4. 22.자 통고서 또는 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 신탁계약을 취소한다.

라) 이 사건 신탁계약의 해지(④ 주장)

이 사건 신탁계약 제15조 제1항 및 특약사항 제9조는 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라 한다)에 위반하여 무효이고, 위탁자와 수익자가 동일한 이른바 자익신탁의 경우 수탁자의 귀책사유로 위탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계가 깨진 경우에는 형평의 원칙이나 신의칙에 따라 위탁자는 언제든지 임의해지권을 행사할 수 있으므로, 원고는 수탁자인 피고 아시아신탁과의 신뢰가 깨진 이 사건 신탁계약에 관하여 신탁법 제99조 제2항 및 이 사건 특약사항 제17조 제2항에 따라 이를 해지할 수 있다. 따라서 이 사건 신탁계약은 원고의 이 사건 신탁계약을 해지한다는 의사표시가 담긴 2013. 3. 6.자 또는 2013. 4. 22.자 통고서가 피고 아시아신탁에게 송달됨으로써 적법하게 해지되었다.

마) 이 사건 신탁계약의 기간만료로 인한 종료 (⑤ 주장)

가사 이 사건 신탁계약이 유효하게 성립되었다고 하더라도, 이 사건 신탁계약은 신탁등기일인 2013. 2. 27.로부터 1년이 되는 2014. 2. 26.에 이미 기간만료로 종료하였으므로, 이 사건 부동산의

소유권은 2014. 2. 27. 신탁법 제98조 제1항 제6호, 제101조 제1항, 민법 제187조에 의하여 등기 없이도 다시 원고에게 귀속되었다. 따라서 원고는 이 사건 부동산의 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 피고 아시아신탁에 대하여 이 사건 부동산에 관한 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 판단 가) ① 주장(이 사건 신탁계약의 부존재)에 관하여

(1) 이 사건 신탁계약서의 진정성립 여부

문서에 찍힌 작성명의인의 인영이 그 인장에 의하여 현출된 인영임이 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인영은 그 작성명의인에 의하여 날인된 것으로 추정되고, 일단 그것이 추정되면 민사소송법 제358조에 따라 그 문서 전체의 진정성립이 추정되는 것이므로, 그 문서가 작성명의인의 의사에 반하여 혹은 작성명의인의 의사에 기하지 않고 작성된 것이라는 점은 그것을 주장하는 사람이 적극적으로 입증하여야 하고, 이를 입증하는 증거의 증명력은 개연성만으로는 부족하다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다82158 판결 등 참조). 한편, 처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다(대법원 2007. 1. 12. 선고 2006다61574 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 원고는 이 사건 신탁계약서상 인영이 자신의 인장에 의한 것임을 인정하고 있으므로 이 사건 신탁계약서는 원고에 의하여 작성된 것으로 추정되고, 갑 제2, 3, 14, 16, 18 내지 21호증의 각 기재, 제1심 증인 W의 증언만으로는 위와 같은 추정을 반복하기 어렵고, 달리 이 사건 신탁계약서의 기재 내용을 부인할 만한 사정도 인정되지 아니하므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 신탁계약이 허무인 등을 상대로 한 것으로서 부존재하는지 여부

살피건대, 갑 제3호증의 기재 및 제1심 증인 S의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 ① 통상적으로 부동산 매매 거래는 매수인의 개성보다 매수 명의자의 자력 유무가 더 중요한 거래인 점, ② 이 사건 신탁계약은 위탁자인 원고와 수탁자인 피고 아시아신탁을 당사자로 하는 계약이고, 이 사건 신탁계약의 내용과 목적상 매수자가 누구인지는 위 신탁계약의 성립

요건이라고 보기 어려우며, 또한 이 사건 특약사항에서 매수인 또는 매수인이 지정하는 자에게 이 사건 부동산을 처분하기로 약정한 점, ③ 원고도 특별한 사정이 없는 한 피고 B가 아닌 제3자에게 이 사건 부동산을 처분하는 것이라는 사정을 알고 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여볼 때, 이 사건 신탁계약은 원고와 피고들 사이에 적법하게 체결되었다고 봄이 타당하고, 매수자를 피고 B로 기재하였다고 하여 이 사건 신탁계약이 허무인 또는 가상의 매수인을 전제로 한 것이라거나 존재하지 않는다고 보기는 어려우므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) ② 주장(이 사건 신탁계약의 무효)에 관하여

(1) 신탁법 위반 여부

(가) 신탁법 제33조(충실의무) 위반 여부

살피건대, 갑 제2, 3, 14, 16, 18 내지 21호증의 각 기재, 제1심 증인 W의 증언만으로는 피고 아시아신탁이 수익자인 원고에게 아무런 설명을 하지 아니한 채 원고의 의사에 반하여 원고에게 일방적으로 불리한 이 사건 신탁계약을 체결하게 하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 갑 제18, 20호증의 각 기재, 제1심 증인 S, 당심 증인 AB의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 ① 피고들은 원고에게 이 사건 신탁계약의 취지 및 내용을 설명하고, 원고와 수차례의 협상을 거쳐 이 사건 부동산의 매매대금을 정한 것으로 보이는 점, ② 원고는 이 사건 신탁계약 체결 당시 피고들에게 계약 내용에 관하여 질문하고 그에 대한 답변을 듣기도 하였던 점, ③ 원고는 이 사건 신탁계약과 관련하여 피고 B의 대표이사 T과 이사 S 등을 사기 등으로 고소하였으나, 2013. 11. 29. T, S의 사기 혐의에 관하여 '증거불충분' 등을 이유로 '혐의없음' 처분이 있었던 점 등을 종합하여 볼 때, 피고 아시아신탁이 신탁법 제33조에서 정한 신탁사무 처리에 관한 수탁자의 충실의무를 위반하였다고 보기 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 신탁법 제34조 제1항 제5호(수익자의 이익에 반하는 행위) 위반 여부

피고 아시아신탁이 피고 B의 이 사건 부동산 반환 내지 가격 조정 등의 제안에 반대하여 수익자인 원고의 이익에 반하는 행위를 하였다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건

신탁계약이 수탁자인 피고 아시아신탁의 수익자의 이익에 반하는 행위로 인해 신탁법 제34조 제1항 제5호에 위반하여 무효라고 보기 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

(다) 신탁법 제36조(수탁자의 이익 향수 금지) 위반 여부

신탁법 제36조는 수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다고 규정하고 있는데, 앞서 든 각 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 아시아신탁은 이 사건 신탁계약에서 정한 매매대금 21억 원에 이 사건 부동산을 참가인에게 매도하고 매매대금 21억 원 전액을 원고에게 지급한 사실을 인정할 수 있을 뿐이고, 달리 피고 아시아신탁이 신탁재산을 자신 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하였다거나 이 사건 신탁계약 등을 통하여 부수적인 이익을 취득하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장 역시 받아들이지 아니한다.

(2) 민법 제103조 위반 여부

(가) 피고들의 배임, 불법행위에 기하여 원고가 이 사건 부동산을 헐값에 매도하게 된 것인지 여부
이 사건 부동산이 그 객관적 가치에 비하여 1/3 내지 1/11의 헐값에 매도된 것인지에 관하여 보건대, 갑 제5 내지 11호증, 을 제2, 5, 6, 8, 17호증의 각 기재, 제1심 증인 S, W, 당심 증인 AB의 각 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 원고와 피고들은 2013. 2. 27. 이 사건 신탁계약을 체결하면서 이 사건 부동산의 총 매매대금을 21억 원으로 정하였는데, 2013. 6. 27.을 기준으로 한 이 사건 부동산의 공시지가는 합계 12억 5천만 원에 불과하였던 점, ② 이 사건 부동산에 대한 시가감정 결과, 2013. 2. 27. 현재 감정평가액은 합계 1,743,426,560원으로서 이 사건 매매대금에 미치지 못하는 것으로 나타난 점, ③ 원고가 비교대상으로 주장하는 이 사건 부동산 인근의 D, I, E, J, F 각 토지의 매매대금은 그 지상건물(6, 7층 숙박시설)을 포함한 가격이었으나, 이 사건 부동산 위에는 단층 음식점과 주차시설만이 있었던 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 부동산이 그 객관적 가치에 비하여 1/3 내지 1/11의 헐값에 매도되었다고 볼 수 없고, 달리 피고들이 통모하여 원고에게 일방적으로 불리하게 이 사건 신탁계약을 체결하게 하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(나) 공인중개사법 위반 여부

공인중개사법 제33조 제6호는 개업 공인중개사의 '중개의뢰인과의 직접 거래행위'를 금지하고 있는데, 앞서 본 바와 같은 이 사건 신탁계약 및 특약사항의 목적과 내용 등에 비추어 보면, 피고 아시아신탁은 원고와 이 사건 부동산의 처분을 위한 신탁계약을 체결한 수탁자라고 할 것이고, 설령 원고의 주장대로 피고 아시아신탁을 공인중개사법에서 정한 중개의뢰인으로 본다 하더라도, 갑 제2호증, 을 제1, 18호증의 각 기재에 의하면, 피고 B는 원고와 이 사건 부동산 개발 및 매매에 대한 컨설팅계약을 체결한 사실, 이 사건 신탁계약 체결 전에 이 사건 업무협약이 체결되어 있었던 사실, 원고와 피고들은 이 사건 특약사항에서 매수인(피고 B) 또는 매수인이 지정하는 자에게 이 사건 부동산을 처분하도록 하는 등 이 사건 신탁계약을 체결할 당시부터 이 사건 부동산을 종국적으로 매수할 자가 피고 B가 아닌 제3자가 될 것에 관하여 이미 양해하고 있었던 사실을 인정할 수 있는바, 피고 B는 이 사건 부동산 매매에 관한 사항을 원고에게 컨설팅하고자 하였을 뿐 이 사건 부동산을 종국적으로 매수할 의사는 없었던 것으로 보이고, 실제로 이 사건 부동산을 매수한 자는 피고 B가 아닌 참가인이므로 이 사건 신탁계약서에 피고 B가 매수인으로 기재되어 있다고 하더라도 피고들이 공인중개사법 제33조 제6호를 위반하였다고 보기 어렵다.

나아가, 공인중개사법에서 같은 법 제33조 제6호를 위반한 중개인의 중개사무소 개설등록을 취소할 수 있도록 한 것은(같은 법 제38조 제2항 제9호) 건전한 부동산 거래질서를 확립함으로써 국민의 재산권을 보호하려는 취지일 뿐, 이로써 당해 부동산에 관한 중개계약 내지 매매계약의 사법상 효력까지 무효로 하려는 취지는 아니라고 할 것이므로, 설령 피고들이 공인중개사법 제33조 제6호를 위반하였다거나 나아가 피고 B가 공인중개사법에 따른 중개사무소의 개설등록을 하지 않았다고 하더라도 이 사건 신탁계약 자체가 무효로 되는 것은 아니다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 이 사건 신탁계약이 중간생략등기를 예정한 것으로서 무효인지 여부

이 사건 신탁계약은 이 사건 부동산의 실질적인 매수인 앞으로 직접 소유권이전등기를 마칠 것이 예정되어 있었으므로 이 사건 신탁계약이 중간생략등기를 예정한 계약이라고 볼 수 없고, 설령 원고의 주장대로 이 사건 신탁계약이 부동산등기특별조치법 제2조 제2항 등에 저촉된다고 하더라도 이는 그 사법상의 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니라고 할 것인바(대법원 1993. 1. 26. 선고

92다39112 판결 참조), 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

(3) 민법 제104조 위반 여부

민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것이고, 거래 상대방에게 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는다고 할 것인바(대법원 1991. 7. 9. 선고 91다5907 판결, 대법원 1996. 11. 12. 선고 96다34061 판결 등 참조), 원고가 이 사건 신탁계약 체결 당시 경솔, 무경험, 궁박 상태에 있었다거나 피고들에게 폭리행위의 악의가 있었다는 점을 인정할 증거가 없고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 부동산이 현저하게 낮은 가격에 매도되어 이 사건 신탁계약의 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있다는 점도 인정하기 어려운 이상, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(4) 원인계약의 효력이 상실됨에 따라 이 사건 신탁계약이 무효로 되었다는 주장에 관하여

이 사건 컨설팅계약과 이 사건 신탁계약은 이 사건 매매계약과 계약의 당사자, 내용 등을 전혀 달리하는 별개의 계약이므로 이 사건 매매계약의 효력에 영향을 미칠 수 없고, 이 사건 컨설팅계약에 원고 주장과 같은 취소, 해제 사유가 있다고 인정할 증거가 없으며, 이 사건 매매계약에도 아래에서 보는 바와 같이 신탁법 위반 등의 취소 사유가 있다고 보기도 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장 역시 받아들이지 아니한다.

다) ③ 주장(이 사건 신탁계약의 취소)에 관하여

(1) 사기 취소 주장에 관하여

살피건대, 갑 제5 내지 11, 18, 19호증의 각 기재 및 제1심 증인 S, W의 각 증언에 의하면, ① 피고 B의 이사 S은 2012. 12.경 원고에게 5명이 법인을 설립하여 이 사건 부동산에 펜션을 지으려고 한다면서 이 사건 부동산을 매도하라고 제안하였던 사실, ② 그러나 피고 B는 위 제안과 달리 이 사건 부동산 및 인근 부동산을 매수하여 다른 용도로 사용할 의도였고, 인근 부동산의 매수 사실도 원고에게 밝히지 않은 사실, ③ 원고는 S의 제안을 거절하다가 S으로부터 주변 시세대로 평당 200만 원에서 300만 원 정도를 지급할 테니 이 사건 부동산을 매도하라는 지속적인 권유를 받고, 이 사건 신탁계약을 체결하면서 이 사건 부동산을 매매대금 총 21억 원(평당 300만 원)에 매도하기로 한

사실을 인정할 수 있다.

그러나 원고가 기망에 의해 이 사건 신탁계약을 체결한 것인가에 대하여 살펴보면, 갑 제39호증, 을 제2, 5, 6, 8호증의 각 기재, 제1심 증인 S, W, 당심 증인 AB의 각 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 이 사건 신탁계약에서 매수자의 구체적 특징이 계약의 주요 부분에 해당한다고 보기 어렵고, 이 사건 특약사항에서 제3자에 대한 처분을 예정하고 있는 점, ② 부동산을 매수하는 자가 매도인에게 구체적인 사용 용도를 밝힐 의무가 있다고 보기 어렵고, 그 사용용도에 따라 신탁계약의 체결에 이르게 되었다고 보기도 어려운 점, ③ 이 사건 부동산의 매매대금은 수탁자인 피고 아시아신탁이 원고에게 지급하도록 되어 있었던 점(이 사건 특약사항 제5조 제2항 제2호) 등을 종합하여 볼 때, 피고들이 원고에게 실제 매수인과 사용용도를 고지하지 아니하였다거나 다르게 고지하였다고 하더라도 이를 계약취소의 원인이 되는 기망행위에 해당한다고 볼 수 없다. 또한, ④ 이 사건 신탁계약의 체결 당시 이 사건 부동산의 공시지가는 합계 12억 5천만 원이었는데, 원고와 피고들은 이 사건 부동산의 총 매매대금을 21억 원으로 책정하였던 점, ⑤ 이 사건 부동산의 시가를 감정한 결과, 2013. 2. 27. 현재 감정평가액은 합계 1,743,426,560원으로서 이 사건 매매대금에 미치지 못하는 것으로 나타난 점, ⑥ 원고와 S은 2012. 12.경부터 2013. 2.경까지 수차례 만나거나 통화를 하면서 이 사건 부동산의 매매대금을 평당 300만 원으로 정한 것으로 보이는 점, ⑦ 원고는 이 사건 부동산을 매도하면서 시세를 전혀 알아본 바가 없고, 이 사건 신탁계약서를 작성할 당시에 피고들이 아무런 설명도 해주지 않았는데도 자신의 인감을 넘겨주었다고 주장하나, 이는 총 매매대금 21억 원 상당의 부동산을 매도하는 사람이 취할 태도로서는 매우 이례적이고, 이 사건 신탁계약 체결 과정과 교섭 기간 등에 비추어 볼 때 이 사건 부동산의 시세 등을 확인하는 것이 곤란하였다고 볼 만한 사정도 없어서 원고의 위와 같은 주장은 쉽게 수긍하기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 원고가 제출한 증거들만으로는 피고들이 이 사건 신탁계약의 취지와 목적, 이 사건 매매계약의 매수인, 매매대금의 객관적 가치, 즉 시가에 대하여 원고를 기망하였다는 점을 인정하기 어렵다.

따라서 피고들의 기망행위로 인하여 이 사건 신탁계약이 체결되었음을 전제로 한 원고의 이 부분 주장은 나머지 점에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(2) 착오 취소 주장에 관하여

앞서 본 바와 같이 이 사건 부동산의 매매대금이 그 객관적 가치에 현저하게 미달한 금액으로 정해졌다고 인정할 증거가 없고, 가사 원고의 주장과 같이 이 사건 부동산의 매매대금이 시가와 현저한 차이가 있고, 이에 관하여 원고가 착오에 빠졌다고 하더라도 부동산매매에 있어서 시가에 관한 착오는 그 부동산을 매매하려는 의사를 결정함에 있어 그 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요 부분에 관한 착오라고 할 수 없으며(대법원 1991. 2. 12. 선고 90다17927 판결, 대법원 1992. 10. 23. 선고 92다29337 판결 등 참조), 동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요 부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되어야 할 것인데(대법원 1998. 2. 10. 선고 97다44737 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다106976 판결 등 참조), 이 사건 신탁계약 체결 당시 원고가 그 동기를 표시하여 계약의 내용으로 삼았다고 볼 증거가 없는 이상, 원고의 위 주장 또한 이유 없다.

라) ④ 주장(이 사건 신탁계약의 해지)에 관하여

(1) 신탁법 제99조 제1항 및 제4항은 위탁자와 수탁자는 합의하여 언제든지 신탁을 종료할 수 있으나 신탁행위로 달리 정한 경우에는 위탁자의 임의해지권을 제한할 수 있다고 정하고 있으므로, 신탁계약의 당사자는 합의로써 임의해지권을 배제할 수 있다(대법원 2002. 3. 26. 선고 2000다25989 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 신탁계약 제15조 제1항은 '위탁자는 천재지변 기타 부득이한 사정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 신탁해지를 할 수 없다'고 규정하고, 이 사건 특약사항 제9조는 '위탁자는 매수자의 서면 동의 없이 신탁계약을 중도에 해지할 수 없다'고 규정하고 있으므로(이하 '이 사건 임의해지권 제한 규정'이라 한다), 원고는 부득이한 사정이 없는 한 이 사건 신탁계약을 임의로 해지할 수 없다고 할 것이다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이에 대하여 원고는, 이 사건 신탁계약서는 신탁사무를 업으로 하는 피고 아시아신탁이 다수의 상대방과 신탁계약을 체결하기 위하여 마련한 것으로서 약관규제법 제2조 제1항의 '약관'에 해당하고, 이 사건 임의해지권 제한 규정이 위탁자가 신탁 이익 전부를 누리는 자익신탁에서

위탁자에게 인정되는 해지권을 정당한 이유 없이 배제하고 있으므로, 공평의 관점에서 보아 고객에게 부당하게 불리하고 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것으로서 약관규제법 제6조 제1항 및 제9조 제1호에 따라 그 효력이 없다고 주장한다.

살피건대, 약관이란 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말하는데(약관규제법 제2조 제1호), 이 사건 신탁계약은 그 형식과 내용, 별도로 개별적인 교섭을 거쳐 원고와 특약사항을 정하여 둔 점 등에 비추어 볼 때 피고 아시아신탁이 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 약관에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

설령, 이 사건 신탁계약 제15조 제1항 등 신탁해지에 관한 조항들이 개별적인 교섭 없이 작성된 약관규제법에서 정한 약관에 해당한다고 하더라도, 약관규제법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항'이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 약관 작성자가 거래상의 지위를 남용하여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. 그리고 이와 같이 약관조항의 무효 사유에 해당하는 '고객에게 부당하게 불리한 조항'인지 여부는 그 약관조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다214871 판결 참조).

그런데 이 사건 신탁계약 제15조 제1항 등은, ① 신탁법 제99조 제2항, 제4항에 의하면 신탁의 해지 등 종료와 관련하여 자익신탁의 경우에도 신탁행위로 달리 정한 경우 그에 따르도록 규정하고 있는 점, ② 이 사건 신탁계약에서는 합의에 의한 해지 등으로 신탁을 종료시키는 것까지 배제하는 것은 아닌 점, ③ 피고 아시아신탁과 원고의 관계, 이 사건 신탁계약 체결과정 등에 비추어 보면 피고 아시아신탁이 이 사건 신탁계약의 체결과 이행에 있어서 거래상 우월적인 지위에 있다고 보기 어렵고, 그 지위를 남용하였다고 볼 만한 정황도 없는 점, ④ 이 사건 신탁계약 당시 피고 아시아 신탁은 참가인과 이 사건 부동산 등에 관한 업무협약을 체결한 상태이고, 원고도 일정한 기간 교섭을 통하여

매매대금 등 매매조건을 협의하였으므로, 위 조항들과 같이 신탁계약의 해지 사유나 방식 등을 제한한다고 하더라도 원고의 정당한 이익이나 합리적인 기대에 반하는 부당하게 불이익한 것으로 보기 어렵고, 건전한 거래질서를 훼손하는 정도에 이르렀다고 하기도 어려운 점 등 사정을 종합하면, 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항이라고 할 수 없고, 법률에 따른 고객의 해지권을 배제하거나 그 행사를 제한하는 것이라고 할 수 없다.

따라서 위 신탁계약 조항들이 약관규제법 제6조 제1항 및 제9조 제1항에 의해 무효임을 전제로 한 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 또한 원고는 피고들의 배임 내지 불법행위로 인하여 더 이상 신탁의 목적을 달성할 수 없게 되어 원고와의 신뢰관계가 깨어졌으므로, 형평의 원칙이나 신의칙에 따라 언제든지 임의해지권을 행사할 수 있다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 피고들의 배임 내지 불법행위가 있었음을 인정할 증거가 없는 이상, 원고의 위 주장 역시 받아들이지 아니한다.

마) ⑤ 주장(이 사건 신탁계약의 기간만료로 인한 종료)에 관하여

신탁은 위탁자가 수탁자에게 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁의 목적을 위하여 재산의 관리 또는 처분을 하도록 하는 것이어서 부동산의 신탁에 있어서 위탁자의 위탁에 의하여 수탁자 앞으로 그 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니므로 신탁의 해지 등 신탁종료의 사유가 발생하더라도 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에게 새로이 목적부동산의 소유권 등 신탁재산을 이전할 의무를 부담하게 될 뿐, 신탁재산이 수익자나 위탁자 등에게 당연히 복귀되거나 승계된다고 할 수 없다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결, 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결 등 참조). 따라서 신탁법 제101조 제1항의 '신탁이 종료된 경우 신탁재산은 수익자에게 귀속한다'는 규정은 신탁재산이 수익자에게 물권적으로 귀속하는 것이 아니라 수익자에게 신탁의 잔여재산에 대한 수익권이 생기는 것으로 해석함이 타당하다.

그러므로 이 사건 신탁계약이 2014. 2. 26. 기간만료로 종료하였다고 하더라도 이 사건 부동산의 소유권이 등기 없이 바로 원고에게 당연히 복귀한다고 볼 수 없으므로, 원고의 소유권에 기한

방해배제청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 참가인에 대한 소유권이전등기 말소청구

1) 원고의 주장 가) 소송대리권 관련 주장(① 주장)

피고들과 참가인의 이익이 공통하지 아니하고 서로 충돌하거나 또는 모순된다면 피고들의 소송대리인은 참가인의 소송대리를 할 수 없으므로, 참가인을 위하여 수행한 이 사건의 주장, 증명 등 소송행위를 할 수 없다.

나) 신탁위반 법률행위의 취소(② 주장)

이 사건 신탁계약은 신탁기간 만료일인 2014. 2. 26.까지 이 사건 부동산을 처분하되 그 기간 내에 처분하지 못할 경우에는 이 사건 부동산을 원고에게 반환하는 것을 목적으로 하는 계약인데, 피고 아시아신탁은 2014. 2. 26.까지 이 사건 부동산을 처분하지 못하였고, 원고로부터 반환청구를 받았음에도 2014. 8. 29. 고의 또는 중과실로 이 사건 부동산을 참가인에게 매도하였는바, 이 사건 매매계약은 신탁법 제75조 제1항의 '신탁의 목적을 위반한 법률행위'에 해당하고, 원고가 2014. 9. 29.자 내용증명으로 피고 아시아신탁 및 참가인에게 이 사건 매매계약을 취소하였다. 이 사건 매매계약은 신탁법 제75조 제1항에 의하여 적법하게 취소되었고, 이로 인하여 수탁자의 신탁위반 행위는 소급하여 무효가 되었으므로, 이에 원고는 원상회복으로서 참가인에 대하여 이 사건 부동산에 관한 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

다) 소유권에 기한 방해배제청구 (③ 주장)

앞서 본 바와 같이 신탁법 제98조 제1항 제6호, 제101조 제1항, 민법 제187조에 의하여 이 사건 부동산의 소유권은 다시 원고에게 귀속하게 되었으므로, 원고는 소유권에 기한 방해배제청구권 행사의 일환으로써 참가인에 대하여 이 사건 부동산에 관한 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 판단 가) ① 주장(소송대리권 관련)에 관하여

살피건대, 참가인은 이 사건 신탁계약에 기초하여 피고 아시아신탁과 이 사건 부동산에 관한 매매계약을 체결하였고, 피고들과 참가인은 이 사건 신탁계약 및 이 사건 매매계약의 유효를 주장하고 있어 이들 사이에 이해관계가 일치하여 어떠한 이익의 충돌이나 모순이 존재한다고 볼 수 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

나) ② 주장(신탁위반 법률행위의 취소)에 관하여

(1) 신탁법 제75조 제1항은 '수탁자가 신탁의 목적을 위반하여 신탁재산에 관한 법률행위를 한 경우 수익자는 상대방이나 전득자가 그 법률행위 당시 수탁자의 신탁목적의 위반 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였을 때에만 그 법률행위를 취소할 수 있다'고 규정하고 있는바, 위 규정의 '신탁의 목적을 위반하는 행위'라 함은, 수탁자가 법률 또는 신탁행위에 의하여 부여된 의무를 위반하거나 수여된 권한을 초과하는 행위를 하여 신탁이 달성하고자 하는 목적에 반하는 결과를 초래한 경우를 가리킨다.

(2) 먼저, 피고 아시아신탁이 참가인과 이 사건 매매계약을 체결한 것이 이 사건 신탁계약의 목적에 위반한 것인지 여부에 관하여 보건대, 갑 제1호증, 을 제7, 15, 16호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 신탁계약은 수탁자인 피고 아시아신탁이 이 사건 부동산을 매매가격 21억 원에 매수인, 즉 피고 B 또는 피고 B가 지정하는 자에게 처분하는 데에 그 목적이 있고(이 사건 신탁계약 제1조, 이 사건 특약사항 제1조, 제5조), 피고 아시아신탁은 피고 B가 지정한 매수인인 참가인에게 이 사건 부동산을 21억 원에 매도하여 원고에게 매매대금 21억 원을 전액 지급하였으므로(임대차보증금 3,000만원을 공제한 1,860,000,000원 직접 지급 + 나머지 21,000,000원 공탁), 피고 아시아신탁은 이 사건 신탁계약의 목적에 따라 이 사건 부동산을 참가인에게 매도하였다고 봄이 타당하다.

(3) 이에 대하여 원고는, 피고 아시아신탁이 2014. 2. 26.까지 이 사건 부동산을 처분하지 못하여 2014. 2. 27. 이후에는 이 사건 부동산을 원고에게 반환할 의무가 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 2014. 8. 29. 참가인과 이 사건 매매계약을 체결한 것은 고의 또는 중과실로 이 사건 신탁계약의 본지에 반하는 처분행위를 한 것이라고 주장한다.

그러나 갑 제3호증, 을 제7, 15호증, 을나 제1 내지 3호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정들을 종합하여 볼 때, 피고 아시아신탁이 2014. 8. 27. 참가인과 이 사건 매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 마쳐준 것은 부동산처분신탁계약인 이 사건 신탁계약의 본지에 따른 이행 내지 신탁 업무를 종결시키고자 함에 있었던 것으로 보이고, 이 사건 매매계약이 이 사건 신탁계약에서 정한 신탁기간(신탁등기일로부터 1년)이 지난 2014. 8. 27.에 체결되었다는

사정만으로 이 사건 신탁계약의 목적에 위반된다고 볼 수는 없다.

① 피고 아시아신탁은 매수자가 소유권을 취득할 수 있을 때까지 이 사건 부동산에 관한 소유권 관리 및 처분에 따른 소유권이전업무 등을 수행할 수 있었다(이 사건 특약사항 제1조).

② 피고 아시아신탁은 2013. 2. 27. 원고에게 이 사건 부동산의 매매대금 21억 원 중 계약금 및 중도금으로 합계 18억 6천만 원을 지급하고, 같은 날 원고에게 1억 8,900만 원을 대여하면서 위 대여금을 2013. 7. 27. 잔금을 정산할 때 매매잔금으로 대체하기로 약정하여 당시 미지급 잔금은 2,100만 원에 불과하였다.

③ 그러나 원고는 2013. 3.경 피고들에게 이 사건 신탁계약을 해제 또는 취소한다고 하면서 매매대금 잔금의 수령을 거절하고, 2013. 3. 27. 이 사건 부동산에 관한 처분금지가처분(수원지방법원 2013카단100749호) 신청을 하였다.

④ 이 사건 신탁계약에서는 매수자가 별도의 매수자를 지정할 경우, 수탁자에게 매수자 지정서를 제출하도록 하며, 위탁자는 이 사건 신탁계약에서 정한 잔금이 완납되지 않는 경우를 제외하고는 매수자가 지정하는 자에게 신탁부동산의 소유권을 이전하는 것에 대하여 이의할 수 없다고 정하고 있고(이 사건 특약사항 제5조 제4항), 피고 B는 이 사건 신탁계약 기간 중인 2013. 5. 23. 피고 아시아신탁에게 참가인을 이 사건 신탁계약의 매수자로 지정하여 통보하였다.

⑤ 피고 아시아신탁은 원고의 위 가처분 신청에 따른 처분금지가처분 결정(수원지방법원 2013카단100749호)에 따라 2013. 4. 4.부터 이의신청으로 위 처분금지가처분 결정이 취소된 2014. 5. 16.까지 이 사건 부동산에 대한 처분권한이 제한되어 있었다.

⑥ 피고 아시아신탁의 이 사건 신탁계약에 따른 잔금지급의무는 위탁자의 이 사건 부동산에 관한 처분금지가처분등기의 말소 의무와 동시이행의 관계에 있어, 피고 아시아신탁으로서 위 처분금지가처분이 말소되기 전까지 이 사건 신탁계약의 잔금을 지급하기 곤란하였을 것으로 보인다.

⑦ 피고 아시아신탁은 2014. 5. 16. 위 처분금지가처분 기입등기의 집행이 해제되자, 같은 달 22. 원고에게 이 사건 부동산의 매매대금 잔금을 지급 받을 계좌를 보내줄 것과 회신이 없을 경우에는 공탁을 진행하겠다는 공문을 발송하였는데, 원고가 이 사건 부동산의 잔금 수령을 계속 거절하자, 피고 아시아신탁은 2014. 8. 27. 잔금 2,100만 원을 공탁한 다음 같은 달 29. 참가인에게 이 사건

부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

(4) 따라서 이 사건 매매계약이 신탁의 목적에 위반되어 원고가 신탁법 제75조 제1항에 의하여 이를 취소하였음을 전제로 참가인에 대하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) ② 주장(소유권에 기한 방해배제청구)에 관하여

앞서 본 바와 같이, 이 사건 부동산의 소유권이 당연히 원고에게 복귀된다고 볼 수 없으므로, 원고가 이 사건 부동산의 소유자임을 전제로 한 위 주장은 이유 없다.

3. 예비적 청구에 관한 판단

가. 피고 아시아신탁에 대한 소유권이전등기청구

1) 원고의 주장 가) 2013. 3. 6.자 신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구(① 주장)

원고는 수탁자인 피고 아시아신탁과의 신뢰관계가 깨져 신탁법 제99조 제2항 및 이 사건 특약사항 제17조 제2항에 따라 이 사건 신탁계약을 해지할 수 있고, 원고의 이 사건 신탁계약에 대한 해지의 의사표시가 담긴 내용증명우편이 2013. 3. 6. 피고 아시아신탁에게 송달되었으므로 이 사건 신탁계약은 적법하게 해지되었다(원고는, 동일한 취지의 신탁계약 해지 통지가 2013. 4. 22.경에도 있었다는 취지로 주장하나, 예비적 청구취지로 2013. 3. 6.자 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고 있으므로, 이에 관해서만 판단하기로 한다). 따라서 피고 아시아신탁은 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 2013. 3. 6.자 이 사건 신탁계약의 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

나) 이 사건 신탁계약의 종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구(② 주장)

이 사건 신탁계약은 2014. 2. 26. 신탁기간 만료로 종료되었고, 원고는 피고 아시아신탁에 대하여 이 사건 특약사항 제10조 제1항에 따라 이 사건 부동산의 원상회복을 구할 수 있으므로, 피고 아시아신탁은 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 이 사건 신탁계약의 종료를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 판단 가) ① 주장(2013. 3. 6.자 신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구)에 관하여

앞서 본 바와 같이 이 사건 신탁계약의 신탁 해지에 관한 조항들이 약관규제법상 약관에 해당한다거나

약관규제법 제6조 제1항 및 제9조 제1호에 위반되어 무효라고 보기 어렵고, 나아가 원고의 주장과 같이 피고 아시아신탁의 귀책사유로 인하여 원고와 피고 아시아신탁 사이의 신뢰관계가 깨져 위탁자인 원고가 이 사건 신탁계약을 해지할 수 있다고 볼 증거도 없으므로, 원고의 이 사건 신탁계약에 관한 해지권 행사는 적법하다고 할 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나) ② 주장(신탁계약의 종료를 원인으로 한 소유권이전등기청구)에 관하여

(1) 살피건대, 앞서 본 바와 같이 피고 아시아신탁은 원고가 신청한 처분금지가처분

결정(수원지방법원 2013카단100749호)에 의하여 2013. 4. 4.부터 2014. 5. 16.까지 이 사건 부동산에 대한 처분권한이 제한되어 있었던 것이므로, 원고가 피고 아시아신탁이 2014. 2. 26.까지 이 사건 부동산을 처분하지 못하였다는 이유로 이 사건 특약사항 제10조 제1항에 기하여 그 반환을 구하는 것은 신의성실의 원칙에 반한다고 할 것이다.

(2) 가사 피고 아시아신탁의 원고에 대한 소유권이전등기의무가 인정된다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고 아시아신탁과 참가인 사이의 이 사건 매매계약이 무효라고 할 수 없는 이상, 이 사건 부동산에 관하여 참가인 명의로 각 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 피고 아시아신탁의 원고에 대한 위 부동산의 소유권이전등기의무는 이행불능 상태에 이르렀다고 할 것이다.

(3) 따라서 원고의 이 부분 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

나. 피고 B에 대한 청구

1) 원고의 주장 이 사건 신탁계약은 부존재, 무효, 취소, 해제 등을 원인으로 하여 그 효력을 상실하였고, 피고 B는 이 사건 컨설팅계약에 편입되어 있는 이 사건 신탁계약을 해소할 법률상 의무를 부담하므로 이 사건 특약사항 제9조에 따라 원고의 2013. 3. 6.자 이 사건 신탁계약 해지 의사표시에 관하여 동의의 의사표시를 할 의무가 있다.

2) 판단 살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 신탁계약이 부존재, 무효, 취소, 해제 등을 원인으로 그 효력을 상실하였다고 할 수 없을 뿐 아니라, 이 사건 특약사항 제9조는 '위탁자는 매수자의 서면동의 없이 신탁계약을 중도에 해지할 수 없다. 단, 매수자의 서면 요청 또는 동의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정하여 신탁해지의 방식을 정하고 있을 뿐이어서, 피고 B가 이 사건 특약사항

제9조에 기하여 원고의 해지의 의사표시에 대하여 동의할 의무를 부담한다고 할 수 없으며, 달리 피고 B가 원고의 신탁해지 의사표시에 대하여 동의할 의무가 있다고 볼 증거가 없다. 또한 이 사건 컨설팅계약은 이 사건 신탁계약과는 별개의 계약이므로 피고 B가 원고에 대하여 이 사건 신탁계약을 해소할 어떠한 법률상 의무를 부담한다고 보기도 어렵다. 따라서 원고의 피고 B에 대한 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 참가인에 대한 대위청구

1) 원고의 주장 피고 아시아신탁은 2012. 8. 6. 참가인과 사이에 이 사건 업무협약을 체결하였고, 이 사건 업무협약에서는 ① 참가인은 이 사건 부동산의 소유권을 확보하기 위하여 처분신탁 부동산 매매대금을 피고 아시아신탁의 계좌에 선예치하고, ② 피고 아시아신탁은 부동산 매도인과 체결하는 신탁계약(안)에 대하여 참가인의 승인을 얻어야 하며, ③ 매도인과 처분신탁 계약을 체결하면 참가인이 지급한 선납금을 피고 아시아신탁이 매도인에게 지급하게 하고, ④ 피고 아시아신탁은 참가인으로부터 처분신탁 계약 체결에 관한 보수로 부동산 매매대금의 0.4%를 지급 받도록 정하고 있는바, 결국 피고 아시아신탁은 이 사건 업무협약에 따라 이 사건 신탁계약을 체결하였으며, 참가인을 대리하여 이 사건 매매계약을 체결함으로써 수익자인 원고의 이익을 해하였음이 명백하다. 따라서 이 사건 매매계약은 제3자의 신탁재산에 대한 행위에서 제3자를 대리하는 행위와 수익자의 이익을 해하는 것을 금지하는 신탁법 제34조 제1항 제4호 및 제5호를 위반하여 무효라고 할 것이다. 그러므로 원고는 이 사건 신탁계약의 해지 또는 종료를 원인으로 한 피고 아시아신탁에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사하여 참가인을 상대로 원인무효에 해당하는 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 판단 가) 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다고 할 것인바(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다46475 판결, 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005다27188 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 원고는 피고 아시아신탁에 대하여 이 사건 신탁계약의 해지 또는 종료 등을 원인으로 한 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 없다고 할 것이어서, 원고의 참가인에 대한

예비적 청구 부분의 소는 대위에 의하여 보전될 원고의 피고 피고 아시아신탁에 대한

소유권이전등기청구권이 인정되지 아니하므로, 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다고 할 것이다.

나) 나아가, 피고 아시아신탁과 참가인 사이에 체결된 이 사건 업무협약은 참가인이 대규모 부동산을 개발함에 있어 부동산을 한꺼번에 매수할 때에 발생할 수 있는 위험을 최소화하기 위하여 사전에 신탁회사와 체결한 것으로 보이고, 앞서 본 바와 같이 피고 아시아신탁은 원고와 피고 B 사이에 이 사건 부동산의 매매대금 등에 관한 구체적인 합의가 이루어진 후에 이를 기초로 원고와 이 사건 신탁계약을 체결한 것이므로, 갑 제3호증, 을 제18호증의 각 기재만으로는 피고 아시아신탁이 참가인을 대리하여 이 사건 매매계약을 체결하였음을 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없고, 또한 앞서 본 바와 같이 피고 아시아신탁이 수익자인 원고의 이익에 반하는 행위를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 피고 아시아신탁이 신탁법 제34조 제1항 제4호 및 제5호에 위반하여 이 사건 매매계약을 체결하였음을 전제로 한 원고의 참가인에 대한 대위청구는 그 피대위권리 역시 인정되지 아니한다.

4. 결론

원고의 참가인에 대한 예비적 청구 부분의 소는 부적법하므로 이를 각하한다. 원고의 피고

아시아신탁에 대한 주위적 청구와 피고 B에 대한 예비적 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 이와

결론을 같이 한 제1심 판결은 정당하므로 원고의 피고들에 대한 항소는 이유 없어 모두 기각한다.

당심에서 교환적으로 변경된 원고의 피고 아시아신탁에 대한 예비적 청구(교환적으로 변경되기 전의

소인, 원고가 피고 아시아신탁에 대하여 해지를 원인으로 말소등기절차의 이행을 구하는 예비적 청구

부분의 소는 당심에서 이루어진 소의 교환적 변경으로 취하되어 이에 대한 제1심 판결은

실효되었다)와 원고의 참가인에 대한 주위적 청구는 이유 없어 모두 기각한다(피고들의 예비적

반소청구에 대하여는 원고의 본소청구가 이유 없는 이상 따로 판단하지 아니한다).

재판장판사배준현

판사이광영

판사유영선

별지