

부산지방법원 2022. 7. 20 선고 2021가합41194 판결 [소유권이전등기말소 등]

전 문

원 고 주식회사 A

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 변민기, 이동수

피 고 1. B

소송대리인 법무법인 윤승

담당변호사 최재희

소송복대리인 변호사 서유정, 강민경

2. C

3. D

4. E

5. F

6. G

소송대리인 법무법인 나라

담당변호사 박흥규, 정성태, 이솔, 김승완, 임재홍

7. H

8. I

9. J

10. K

11. L

12. M

13. N

14. O

15. P

16. Q

피고 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16의 소송대리인

법무법인(유한) 광장

담당변호사 박재현, 송원일, 정헌재

17. R은행

18. 주식회사 S

소송대리인 변호사 노대길

19. 주식회사 T

피고보조참가인 U 주식회사

소송대리인 변호사 이윤식, 서동철

변 론 종 결 2022. 5. 18.

판 결 선 고 2022. 7. 20.

주 문

1. 이 사건 소를 모두 각하한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

청 구 취 지

원고와 [별지 2] 목록 '매수인' 란 기재 피고들 사이에서, [별지 1] 목록 '목적물' 란 기재 각 부동산에

관하여 체결된 [별지 2] 목록 기재 각 공급계약은 모두 무효임을 확인하고, 주식회사 V에게, [별지 3] 목록 '피고'란 기재 각 피고들은 소외 주식회사 V으로부터 같은 목록 '공급가액'란 기재 각 금액을 지급받음과 동시에, 같은 목록 '목적물'란 기재 각 부동산에 관하여 마친 같은 목록 '말소할 등기'란 기재 각 소유권이전등기의, [별지 4] 목록 '피고'란 기재 각 피고들은 같은 목록 '목적물'란 기재 각 부동산에 관하여 마친 같은 목록 '말소할 등기'란 기재 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자 등의 지위

- 1) 원고는 주택공급업 등을 목적으로 하는 회사로, 부산 해운대구 W 외 1필지 토지(이하 '이 사건 사업부지'라고 한다)를 주식회사 V(이하 'V'이라고 한다)에 신탁하고, 수탁자인 V을 통하여 위 토지 지상에 X 아파트(이하 '이 사건 건물'이라고 한다)를 건축 및 분양하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라고 한다)을 시행한 시행사이다.
- 2) 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)은 이 사건 사업의 시공사이다.
- 3) 피고 B, C, D, E, F, G, H(이하 일괄하여 '이 사건 수분양자 피고들'이라고 한다)은 [별지 1] 부동산 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 아파트'이라 한다)을 분양받아 [별지 2] 목록 기재와 같은 각 부동산 공급계약(이하 '이 사건 각 공급계약'이라고 한다)을 체결한 사람들이다.
- 4) 피고 I(순번 8, 이하 특정이 필요한 경우 'I'라고 한다), J, K, L, M, N(순번 13, 이하 특정이 필요한 경우 'N'라고 한다), O, P, Q(이하 일괄하여 '이 사건 소유자 피고들'이라고 한다)는 이 사건 각 공급계약상 매수인 지위를 이 사건 수분양자 피고들로부터 직접 또는 순차 양수하는 등의 방법으로 이 사건 각 아파트를 소유하거나 그 공유지분을 소유한 사람들이다.

5) 피고 R은행, 주식회사 S, 주식회사 T(이하 일괄하여 '이 사건 피고 은행들'이라 한다)은 이 사건 아파트 중 일부에 관하여 담보대출을 실행한 금융기관이다.

나. 원고, 참가인 및 V 사이의 관리형토지신탁사업약정, 원고와 V 사이의 관리형토지신탁계약의 각 체결

1) 원고는 2015. 12. 23. V, 참가인과 이 사건 사업에 관하여 관리형토지신탁사업약정(이하 '이 사건 사업약정'이라 한다)을 체결하였는데, 그 중 이 사건과 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

제3조(업무범위) ① 원고의 업무범위 3) 본 사업부지 전체를 V에게 신탁(V 명의로의 등기 포함)하고, 관리형토지신탁계약 체결을 통한 V 명의로 사업주체를 변경할 의무 및 이에 필요한 비용의 부담 4) 본 사업 관련 각종 사업비 조달 업무 및 채무상환 등 차주의 제반 의무 6) 사업관련 제반 인·허가(건축허가 변경, 분양승인(분양보증), 지구단위계획 변경 승인, 기반시설, 기부채납 업무의 수행, 착공계 제출, 인허가 조건 이행 7) 사업 시행자 명의로 부과되는 사업경비, 제세공과금 납부, 분양계약 해제시 환불 12) 아파트와 상가 분양 19) 기타 사업주체로서 수행하여야 하는 각종 업무 ③ 참가인의 업무범위 1) 아파트 및 상가, 부대복리시설 시공 3) 원고가 위임한 아파트 및 상가 분양업무 위탁 수행 ⑤ V의 업무범위 1) 원고로부터 본 사업부지 전체에 대한 토지신탁의 수탁 업무 3) 본 약정에서 정한 본 사업의 진행에 필요한 신탁사무 7) 수분양자에 대한 소유권 이전 업무 제19조(분양수입금의 인출 배분) ① 본약정 제18조 제3항의 운영계좌에 입금된 분양수입금을 포함한 일체의 수입금은 다음 각호의 순서에 따라 지급하기로 한다. 제20조(분양업무) ① 참가인이 수행하는 제3조 제3항 제3호의 업무종료일은 사용승인(임시사용승인 포함)을 득하는 날을 원칙으로 한다. 단, 미분양분이 있을 경우 해당 업무 종료일은 보조참가인의 도급공사비(연체이자 및 원금, 증액공사비 포함) 및 PF대출이자 및 대출원금이 전액 상환된 이후 1개월까지로 연장하며, 참가인이 '본계약' 제22조 및 제23조에 따라 해당 미분양 물건을 처리할 수 있다. ③ 원고는 도급공사비(연체이자 및 원금) 및 PF대출원리금 전액 상환시까지 분양계약, 분양권전매, 분양계약해제 등 수분양자 관리에 대한 일체의 권리를 참가인에게 위임하며, 원고는 참가인의 동의 없이 동 위임사항을 철회할 수 없다. 제27조(관리형토지신탁) ① 원고와 참가인은 본 사업의 안정적 수행과 참가인의 도급공사비 등에 대한 담보확보를 위하여 본 사업을 V를 수탁자로 하는 관리형토지신탁 사업방식으로 추진한다. ② 원고는 본 약정 체결과 동시에 관리형토지신탁사업 추진을 위해 V와 관리형토지신탁계약을 체결한다. ③ 원고와 V는 본 약정 체결과 동시에 사업부지 신탁을 완료하고, V를 사업시행자로 사업주체를 변경하여야 한다. ④ 신탁계약기간은 원고와 참가인 및 V 간의 최초 신탁약정체결일로부터 본 사업의 정산완료시점까지로 한다. ⑤ 원고, 참가인, V는 어느 일방 상대방의 승낙 없이, 양도 승계, 질권설정 등 수익권에 변경을 가하는 각종 부담행위를 할 수 없다. 제28조(신탁자금의 관리) ① 신탁재산에 속하는 자금[본 사업부지에 신축할 건축물(대지지분 포함)을 분양하고 수분양자들로부터 수령하는 분양수입금, 연체금, 중도해지 시 위약금, 부가가치세 환급금, 이자수입, 각종 보험금, 원고의 차입금, 기타 제18조 및 19조 또는 별도 계약(약정 포함) 등에 의하여 V이 관리하기로 약정한 금액 등으로 이하 '신탁자금'이라 함]은 V이 V명의로 금융기관에 개설한 신탁재산관리계좌(이하 '신탁계좌'라 함)에서 관리하기로 하고, 통장은 V이 관리·보관한다. 제34조(개발이익의 교부) 사업정산 시 원고의 개발이익은 제19조 제1항의 선순위 비용이 지급 완료되고, 본 사업과 관련하여 V를 채무자로 하는 제반 관련 비용 및 참가인 또는 V이 원고의 의무를 대신하여 지급한 비용(원금 및 이자 등)을 전액 공제한 후 지급하기로 한다. 단, 제19조 제8항의 경우에는 그러하지 아니하다. 제36조(사업시행자의 권한) 1. V는 본 약정서의 기본정신에 따라 원고와 참가인이 협의하여 사업을 진행할 수 있도록 협조하기로 한다. 2. 본 사업의 진행과정에서 원고와 참가인의 의견이 서로 다른 경우에는 V이 중재할 수 있으며 원고와 참가인은 이에 협조하기로 한다. 제40조(원고의 권한 위임) ① '본 사업'의 분양승인/신고 이후 다음 각호의 사유가 발생할 경우에는 원고는 본 약정 및 토지신탁계약 상의 모든 권한을 참가인에게 위임하기로 한다. ② 제1항에 따라 원고가 '본 사업'과 관련된 일체의 권한을 참가인에게 위임함에 따라 원고는 '본 사업' 종료시까지 일체의 권한행사를 하지 못하며, 다만 수익자로서 '본 사업' 종료시 수익금만을 배당받기로 한다.

2) 원고는 2015. 12. 23. V와 'V이 이 사건 사업부지 지상에 이 사건 아파트를 신축하여 분양하는 이

사건 사업을 추진하고, 원고가 V에게 이 사건 사업부지를 신탁하기로 하는' 내용의 관리형토지신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 신탁계약서에 첨부된 수익권증서에는 원고는 위탁자(채무자 겸 수익자)로 되어 있고, 우선수익권자로 1순위 Y 주식회사(26,000,000,000원), 2순위 Z 주식회사(7,800,000,000원), 3순위 참가인(103,322,161,800원)이 기재되어 있다. 이 사건 신탁계약 중 이 사건과 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

제1조(신탁목적) 원고는 이 사건 토지를 V에게 신탁하고, V는 이를 인수한다. 제7조(건물의 인도 및 신탁공시) ① V는 건물의 준공검사 후 지체 없이 건설회사(건물의 시공을 담당할 건설회사를 의미한다)로부터 건물을 인도받아 그 건물에 관하여 V 명의의 소유권보존등기 및 신탁등기를 한다. 제8조(신탁부동산의 처분 및 관리·운용방법) ① V는 다음 각 호의 방법에 의하여 신탁부동산을 분양(처분) 및 관리 운용한다. 1. V는 신탁부동산에 대하여 사업계획에서 정한 분양금액 및 조건으로 분양(처분)할 수 있다. 제11조(신탁재산) 신탁재산은 다음 각 호와 같다. 1. 신탁부동산(제7조에 의하여 신탁되는 건물 포함) 및 신탁금 2. 신탁부동산 분양대금(위약금포함) 3. 신탁부동산의 물상대위로 취득한 재산 4. 신탁부동산의 임대료에 따른 임대보증금 및 임료 5. 제4조에 의한 차입금 6. 신탁부동산의 분양(처분) 및 임대와 관련하여 취득한 분양대금(임대보증금) 등의 반환채무 7. 제1호 내지 제5호에 속하는 금전의 운용수익 8. 기타 신탁사무 처리에서 발생한 자산 및 채권, 채무 제12조(신탁수익) 신탁종료시 제11조에 의한 신탁재산에서 신탁사무 처리상 발생하는 제비용 및 신탁보수를 차감한 것을 신탁수익으로 한다. 제13조(수익자와 수익권) ① 이 신탁의 수익자는 원고 또는 원고 및 V의 합의에 의해 지정된 자로 한다. ② 수익자는 제12조에 따른 신탁수익을 취득한다. ③ 수익자는 신탁계약 종료시 그 정한 방법에 따라 신탁수익을 교부받는다. 제22조(신탁의 일부종료) V이 신탁부동산을 분양(또는 처분)하여 그 부분에 대하여 피분양자(매수인을 포함함)에게 소유권이전등기가 경료된 경우 그 부분에 한하여 신탁계약이 일부종료된 것으로 본다. 제23조(신탁계약의 해지) ① 본 계약은 원칙적으로 해지할 수 없다. ② 제1항의 규정에 불구하고, 원고 및 수익자와 V의 합의로 본 계약을 해지할 수 있다. 이 경우 원고 및 수익자는 V에게 해지에 따른 위약벌로서 위약금을 지급하기로 하며, 그 위약금은 예정신탁보수의 100분의 00로 한다. 제26조(신탁종료시 신탁수익의 교부 등) ① 신탁계약이 종료된 경우에는 V는 최종계산에 관하여 수익자의 승인을 얻은 후 미분양된 신탁부동산 등 신탁수익을 수익권증서와 상환으로 다음 각 호의 방법에 따라 수익자에게 교부한다. 1. 신탁부동산은 V이 신탁등기의 말소 및 수익자에게 소유권이전등기를 행한 후 현존하는 상태대로 수익자에게 인도한다. 단, 수익자의 요청이 있는 경우 이를 처분, 관리 또는 담보신탁으로 전환할 수 있다. 제34조(책임의 한도 등) ① 본 계약 및 그에 따라 원고와 V 사이에 체결되는 계약 또는 약정에 기하여 V이 원고에 대해 부담하는 일체의 의무 또는 채무 및 책임(불법행위에 기한 손해배상책임포함)은 신탁재산을 그 한도로 하며, 어떠한 경우에도 원고는 V의 고유재산에 대해 권리를 주장할 수 없다.

다. 이 사건 아파트의 분양과 공급계약 체결

이 사건 수분양자 피고들은 주택법에 따른 청약 절차에서 이 사건 아파트를 분양받았고, 이후 V와 참가인은 2016. 5. 10.부터 11.사이에 이 사건 수분양자 피고들과 [별지 2] 기재와 같이 이 사건 각 아파트에 대한 이 사건 각 공급계약을 체결하였다. 이 사건 각 공급계약의 약관 중 이 사건과 관련된 부분은 다음과 같다.

제1조(공급대금 및 납부방법) (1) '갑'('V') 및 '병'('참가인')(이하 '갑등'이라 한다)은 공급계약서 상의 표시재산을 전문과 같이 공급하고 '을'('수분양자')은 해당금액을 납기일내에 '갑등'이 본조 제(2)항에 정한 지정 계좌에 납부하여야 한다. 제2조(계약의 해제) (1) '갑등'은 '을'이 다음 각 호에 해당하는 행위를 하였을 때에는 최고한 후 그 이행이 없을 경우 본 계약을 해제할 수 있다(단, 제⑤, ⑥호의 경우에는 최고 없이 해제할 수 있다). ⑤ '을'이 청약저축 등 입주자저축을 타인명의로 가입하였거나 가입한 자의 청약저축 등 입주자 저축을 사실상 양도받아 계약을 체결한 경우 ⑥ 기타 주택공급에 관한 규칙 등 관계법령에 위배되는 행위를 하였을 경우 제4조(분양권 전매) (1) 분양권전매는 당시 관계법령이 허용하는 범위 내에서 가능하며 참가인, 은행 및 해당관청의 승인을 득해야 한다. 참가인의 승인을 받은 경우 V은 이에 동의한 것으로 간주한다.

라. 이 사건 수분양자 피고들의 분양권 전매와 소유권이전등기 등

- 1) 이 사건 각 공급계약 체결 이후, 위 각 공급계약상 매수인(분양자)의 지위는 양도 또는 순차로 양도되었는데, 이 사건 소유자 피고들은 이 사건 수분양자 피고들 또는 그 중간양수인들로부터 그 매수인 지위를 최종적으로 양수하였다.
- 2) 이 사건 건물이 준공되자 V은 2019. 12. 6. 이 사건 사업약정 및 신탁계약에 따라 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마친 다음, 이 사건 소유자 피고들은 [별지 3] 소유권이전등기 목록 기재와 같이 소유권이전등기(이하 '이 사건 각 소유권이전등기'라고 한다)를 마쳤다.
- 3) 이 사건 피고 은행들은 그 무렵 [별지 4] 근저당권설정등기 목록 순번 1 내지 4 기재와 같이 근저당권설정등기(이하 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

마. 주택법위반 공급계약 체결사실 통보 등

- 1) 국토교통부는 2019. 11. 11. 부산광역시지방경찰청에 주택법 위반 의심자에 대한 수사협조를 요청하였고, 부산광역시지방경찰청은 이에 관한 수사를 진행하여, 2020. 11.경 이 사건 수분양자 피고들이 이 사건 각 부동산에 관하여 주택법 제65조 제1항을 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법(위장전입 등)으로 이 사건 각 공급계약을 체결한 사실을 적발하여 국토교통부에 그 수사결과를 통보하였다.
- 2) 이에 국토교통부는 위 수사결과에 기초하여, 부산광역시청을 통하여 해운대구청에 이 사건 수분양자 피고들의 주택법 위반 사실을 통보하였고, 해운대구청은 2020. 12. 1. 원고, V, 참가인에게 '이 사건 각 공급계약에 대하여 주택법 제65조 제2항에 따른 공급계약 취소 등의 적절한 조치를

취하고 그 결과를 제출할 것'을 통지하였다.

3) 이와 같은 조치에 다수의 민원제기가 이루어지자 해운대구는 이 사건 소유자 피고들 등으로부터 선의의 제3자에 해당하는지 여부에 관한 소명자료를 제출받은 뒤, 2020. 12. 11.경 원고에게 선의의 피해자가 발생하지 않도록 주택공급계약 취소 중단을 요청하였다.

4) 국토교통부도 2020. 12. 22.경 원고, 참가인, V에게 현재 '이 사건 소유자 피고들 등 소유자들은 주택법 제65조1)를 위반한 사람과 무관한 선의의 제3자로 확인받았다는 사실과 계약 취소에 따른 현 계약자의 주거 불안정, 재산권 침해정도, 세입자의 거주 불안정 등 그 피해정도가 심각하다는 점을 감안하여 현재 진행 중인 취소처분절차를 철회하고 공급계약을 유지하여 줄 것'을 통지하였다.

바. 이 사건 수분양자 피고들에 대한 형사처벌 경과 등

한편 이 사건 수분양자 피고들에 대하여는 허위의 전입신고를 한 주민등록법위반죄 및 위장전입에 의한 주택공급계약 체결을 한 주택법위반죄로 아래와 같은 형사처벌이 이루어졌다.

피고	사건번호	처분결과
B	인천지방법원 부천지원 2020고약9096	벌금 200만 원
C	인천지방법원 2020고약22475	벌금 1,000만 원
D	창원지방법원 2020고약8229	벌금 150만 원
E	부산지방법원 2020고약9542	벌금 250만 원
F	서울서부지방법원 2020고약8625	벌금 200만 원

G	인천지방법원 부천지원 2020고약9338	벌금 200만 원
H	광주지방법원 2020고단64049	징역 6월, 집행유예 2년

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6, 제11 내지 17호증(각 가지번호를 포함한다, 이하 같다) 및

을파 제2 내지 5호층의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고

원고는 V에 대하여 아래와 같은 신탁사무 이행청구권 및 신탁계약 종료에 따른 소유권이전등기청구권을 가지고 있으므로 이를 각 피보전채권으로 하여, V을 대위하여 아래와 같이 V이 이 사건 수분양자 피고들과 체결한 이 사건 각 공급계약을 주택법 제65조에 따라 취소하고, ① 그에 따라 이 사건 수분양자 피고들과 사이에 이 사건 각 공급계약의 무효확인을 구하며, ② 이 사건 소유자 피고들을 상대로 V에게 이 사건 각 소유권이전등기의 말소를, ③ 이 사건 피고 은행들을 상대로 V에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 각 구한다.

1) 피보전채권

가) 신탁사무이행청구권

이 사건 신탁계약에 의하면, V은 대외적인 사업주체로서 주택법상 분양계약 취소 사유가 발생한 아파트에 대해 공급계약을 취소하고 그에 따라 소유권이전등기말소, 재분양 등 관련 사무를 진행할 의무가 있고, 원고는 그러한 신탁사무이행을 V에 대하여 청구할 권리가 있다.

나) 신탁계약 종료에 따른 소유권이전등기 청구권

① 이 사건 신탁계약 중 이 사건 각 아파트에 대한 부분은 이 사건 각 공급계약이 체결되고 소유권이전등기가 이 사건 소유자 피고들에게 경료 됨에 따라 종료되었으며(제22조), 원고가 V을 대위하여 이 사건 각 공급계약에 관한 취소권을 행사하게 되면 원고는 이 사건 각 아파트에 관하여 신탁계약 종료에 따른 소유권이전등기청구권을 가지고, ② 설사 이 사건 각 공급계약이 취소됨에 따라 그 부분에 관한 신탁관계가 부활한다고 하더라도 원고는 그 부분에 관한 신탁계약을 해지할 수 있으므로, 원고는 V에 대하여 이 사건 신탁계약이 종료됨에 따라 이 사건 각 아파트에 관한 소유권이전등기청구권이 있다.

2) 피대위채권

가) 주택법 제65조에 따른 공급계약 취소권

이 사건 수분양자 피고들은 위장전입을 통하여 이 사건 각 아파트를 분양받아 이 사건 각 공급계약을 체결하였고, 이는 주택법 제65조 제1항에서 정한 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따라 건설·공급되는 주택을 공급받은 경우'에 해당하는바 신탁사로서 이 사건 사업의 사업주체인 V은 주택법 제65조 제1항에 따라 이 사건 공급계약을 취소할 수 있으므로, 원고는 V을 대위하여 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 각 공급계약 및 권리의무승계계약을 취소한다.

나) 이 사건 수분양자 피고들에 대한 무효 확인 청구권

이 사건 각 공급계약은 위와 같은 취소권의 행사에 따라 무효가 되었으므로 V은 이 사건 수분양자 피고들을 상대로 그 무효의 확인을 구한다.

다) 이 사건 각 소유권이전등기 및 근저당권설정등기 말소청구권

위와 같이 이 사건 각 공급계약이 취소되었고, 주택법 제65조의 규정은 선의의 제3자 보호규정을 두고 있지 아니하므로 이 사건 각 소유권이전등기와 각 근저당권설정등기는 모두 원인무효에 해당한다. 따라서 V은 이 사건 각 아파트에 대한 소유자로서 방해배제청구권으로 이 사건 각 소유자 피고들에 대하여는 이 사건 각 소유권이전등기의 말소를, 이 사건 피고 은행들에 대하여는 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소를 구할 권리가 있다.

나. 피고들 및 참가인2)

1) 피보전채권에 관한 본안전항변

아래와 같은 이유로 원고가 주장하는 피보전채권은 존재하지 아니하거나 채권자대위권의 피보전채권이 될 수 없으며, 보전의 필요성이 인정되지 아니하므로 이 사건 소는 부적법하다.

가) 신탁사무이행청구권

(1) 원고가 피보전권리로 주장하는 신탁사무이행청구권을 구체적인 청구권으로 볼 수 있는 법률상,

계약상 근거가 존재하지 않고, 일반적 · 추상적인 권리로서 신탁사무이행청구권은 채권자대위권의 피보전채권이 될 수 없다.

(2) 신탁계약에 따라 구체적인 사무를 지시할 수 있는 신탁사무이행청구권이 있고, 이를 피보전채권으로 채권자대위권을 행사할 수 있다고 본다면, 위탁자가 수탁자나 우선수익자의 의사와는 무관하게 모든 신탁사무를 채권자대위권으로 처리할 수 있게 되므로 신탁재산에 대한 관리 · 처분권을 대내외적으로 수탁자에게 부여하는 신탁계약의 본질에 정면으로 반한다.

나) 신탁계약종료에 따른 소유권이전등기 청구권

채권자대위권의 피보전채권은 원칙적으로 이행기가 도래하여야 하는데(민법 제404조 제2항), 원고가 주장하는 또 다른 피보전채권인 '신탁계약 종료에 따른 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기청구권'은 그 이행기가 도래하였다고 볼 수 없다.

다) 보전의 필요성

원고가 주장하는 피보전채권은 신탁사무이행청구권 또는 신탁종료에 따른 소유권이전등기청구권으로 금전채권이 아닌 특정채권에 해당하는 바, 원고의 채권자대위권 행사는 대법원이 제시한 특정채권을 피보전채권으로 하여 채권자대위권을 행사하기 위한 요건을 갖추지 못했다.

2) 피대위채권에 관하여

가) 주택법 제65조 제2항의 취소권의 법적성질은 '공법(公法)상의 권리'에 해당하고 따라서 '취소권자'와 '주택을 공급받는 자'사이의 법률관계는 공법관계에 해당하므로, 재량권 하자의 법리상 원고의 이 사건 취소권의 대위행사가 제한되어야 한다.

나) 이와 달리 주택법 제65조 제2항의 취소권의 법적성질을 일반적인 '사법(私法)상의 권리'로 보더라도 민법 제451조 제1항 및 민법상 선의의 제3자 보호 관련 법리의 유추적용에 따라 원고 또는 V은 이 사건 각 공급계약의 취소로서 이 사건 소유자 피고들 및 피고 은행들에 대하여 대항할 수 없다.

- 다) 주택법상 취소권은 사업주체만이 결정권한을 가지도록 할 필요가 있는 행사상의 일신전속적인 권리이므로 채권자대위권의 피대위채권이 될 수 없다.
- 라) 분양계약의 해제·취소 등 일체의 권한은 참가인에게 위탁되어 있으므로, 참가인의 동의 없이는 공급계약을 취소할 수 없다.
- 마) 원고 또는 V이 선의의 제3자인 전득자가 존재함에도 이 사건 각 공급계약을 취소하는 것은 신의칙 내지 권리남용금지원칙에 위반되어 허용될 수 없다.

3. 피고들 및 참가인의 본안전항변에 대한 판단

가. 쟁점의 정리('피보전채권의 존재' 요건에 있어 피보전권리적격)

민법은 채권자 대위권에 관하여 “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다”(제404조 제1항), “채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다”(같은 조 제2항)고 정하고 있다. 이와 같은 민법 규정으로부터 ① 피보전채권의 존재, ② 피보전채권의 변제기 도래(다만 보존행위나 법원 허가 시에는 변제기 도래 전이라도 가능), ③ 보전의 필요성, ④ 채무자의 권리 불행사, ⑤ 채권자대위권의 목적(피대위권리)의 각 요건이 도출되고 이에 실무상 채권자대위권의 요건을 심리함에 있어서는 위 요건들이 순차 검토된다.

그 중 '피보전채권의 존재' 요건에 관하여 보전대 위 제404조는 '채권'의 보전을 위하여 채권자대위권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 이 때 채권자대위권의 피보전권리가 될 수 있는 '채권'의 의미와 범위를 어디까지로 볼 지가 문제되고 이 쟁점을 '채권자의 권리가 보전에 적합할 것'을 피보전권리적격이라고 명명할 수 있다^{3) 4)}.

대법원이 “채권자대위권에 기하여 대위소송을 제기하려면 우선 채권자에게 그 채권자대위의 기초가 되는 보전할 채권이 있어야 하며 그 채권은 채무자의 자산에 의하여 담보될 재산적 가치를 가지는 채권으로서 특정된 구체적인 청구권을 그 내용으로 하여야 한다(대법원 1978. 4. 25. 선고 78다90

판결, 대법원 1998. 3. 24. 선고 95다6885 판결 등 참조)“고 판시하고 있는 것도 채권자대위소송에 있어 '피보전채권의 존재'를 인정하기 위해서는 그 채권이 피보전권리적격을 충족할 것이 요구된다는 점을 판시한 것이라고 여겨진다.

이하에서는 이 사건 소가 '피보전채권의 존재' 요건을 충족하여 적법한지 여부를 원고가 주장하는 피보전권리가 보전에 적합한 것으로서 피보전권리적격이 있는지를 중심으로 살펴본다.

나. '신탁사무 이행 청구권'의 경우

1) 관련 법리

신탁계약이란 "신탁"이란 신탁을 설정하는 자(이하 '위탁자'라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 '수탁자'라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 '수익자'라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말하고(신탁법 제2조), 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로, 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다70460 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

이 사건에서 원고가 주장하는 신탁사무 이행청구권은 채권자대위권의 피보전권리가 될 만한 특정된 구체적인 청구권이 되지 못하고, 일반적·추상적 권리로서의 신탁사무 이행청구권에 채권자대위권의

피보전권리적격을 인정할 수도 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 이 사건 신탁계약은 이 사건 사업부지를 V에 신탁하고 이 사건 건물을 건축하여 분양하는 사업을 수행하기 위한 것으로서, 건축물 분양에 관한 법률 제4조 제1항 제1호에 따라 체결된 신탁법상 신탁계약에 해당한다. 따라서 앞서 본 법리에 따라 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되어 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.

나) 그런데 신탁법은 위탁자에게 ① 수탁자 사임에 대한 동의권(신탁법 제14조 제1항), ② 수탁자의 해임에 대한 동의권 및 해임청구권(신탁법 제16조 제1항, 제3항), ③ 신수탁자의 선임에 대한 동의권 및 선임청구권(신탁법 제21조), ④ 신탁재산의 강제집행 등에 대한 이의권(신탁법 제22조 제2항, 제3항), ⑤ 서류의 열람·복사권 및 신탁사무의 처리 및 계산에 관한 설명요구권(신탁법 제40조 제1항), ⑥ 수탁자의 신탁위반행위에 대한 책임추급권(신탁법 제43조), ⑦ 수탁자의 보수변경청구권(신탁법 제47조 제3항), ⑧ 신탁의 변경에 대한 동의권 및 변경청구권(신탁법 제88조 제1항, 제3항), ⑨ 신탁의 합병 및 분할에 대한 승인권(신탁법 제91조 제2항, 제95조 제2항), ⑩ 신탁의 종료에 대한 동의권 및 종료명령청구권(신탁법 제99조 제1항, 제2항, 제100조), ⑪ 신탁종료 시 잔여재산의 귀속권(신탁법 제101조 제2항, 제3항)의 권리를 부여하고 있다. 그런데 위와 같은 권리 중 ①~⑩의 권리는 신탁의 감독에 대한 권리에 불과하고 ⑪의 권리는 신탁계약 종료시의 재산권에 관한 것이므로, 신탁법령상 특정한 방법에 의한 신탁사무의 이행을 수탁자에게 청구할 수 있는 권리가 규정되어 있지 않다.

다) 이 사건 신탁계약도 제8조에서 신탁재산의 처분 및 관리 운용방법에 관하여 미리 정하고 있을 뿐, 위탁자인 원고에게 신탁재산의 관리 운용에 대한 권한을 유보하고 있다거나, V에 대한 신탁재산의 운용방법 및 처분에 관한 구체적인 지시권한을 부여하고 있는 조항을 찾을 수 없다.

라) 그렇다면 관계법령 및 이 사건 신탁계약의 내용에 비추어 신탁자인 원고가 수탁자인 V를 상대로 특정된 구체적 청구권을 갖는다고 보기 어렵다5).

마) 신탁계약의 경우는 "대내적인 처분권과 대외적인 소유권이 분리된 경우"와는 법리를 달리 한다.

예컨대, 명의신탁이나 양도담보 등 대내적인 처분권은 명의신탁자 또는 담보설정자에게 있으나 대외적으로는 수탁자나 양도담보권자가 소유자인 경우, 명의신탁자나 양도담보설정자가 직접 물권자로서 제3자의 침해에 대한 배제를 구할 수는 없으므로, 명의신탁자는 수탁자에 대한 권리를 피보전권리로 하여, 양도담보설정자는 양도담보권자에 대한 채무변제 후의 이전등기청구권을 피보전권리로 하여, 각기 명의수탁자(대법원 1979. 9. 25. 선고 77다1079 전원합의체 판결 등 참조)나 양도담보권자(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다34160 판결 등 참조)를 대위하여 이들의 방해배제권을 대위행사하는 것이 인정된다. 그러나 신탁계약의 경우 대내외적 소유권이 신탁자에게 이전하므로, 신탁법령 및 신탁계약에 정하여진 범위에서 신탁자인 원고에게 수탁자에 대한 청구권이 인정된다고 볼 것이다.

바) 한편, 예컨대, 신탁법이 규정한 수탁자의 선관주의의무(신탁법 제32조, 이 사건 신탁계약 제9조) 등에서 유래하는 신탁자인 원고의 위탁자에 대한 추상적인 업무 지시권한을 피보전권리로 하여 채권자대위권 행사를 인정한다면 사실상 신탁자의 모든 권리를 위탁자의 의사에 따라 행사하게 되므로, 이는 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하도록 한 신탁법의 규정(신탁법 제33조) 및 다음과 같은 법리 즉, "신탁재산에 관하여는 수탁자만이 배타적인 처분·관리권을 갖는다고 할 것이고, 위탁자가 수탁자의 처분·관리권을 공동행사하거나 수탁자가 단독으로 처분·관리를 할 수 없도록 실질적인 제한을 가하는 것은 신탁법의 취지나 신탁의 본질에 반한다"(대법원 2003. 1. 27.자 2000마2997 결정)에 비추어 알 수 있는 신탁제도의 취지와도 배치되는 결과에 이르게 된다.

사) 원고는 이 사건 신탁계약은 부동산 명의뿐만 아니라 사업주체 명의도 V에게 위탁하여 두었으므로 대외적 사업주체인 V은 실질적 사업주체인 원고의 지시에 따라 형식상 사업주체 명의자로서의 업무를 수행해야할 법률상, 계약상 의무를 부담한다고 주장한다. 살피건대, 이 사건 사업약정에 있어서 원고가 통상의 경우 사업시행자의 의무를 부담하는 것은 사실이지만(이 사건 사업약정 제3조 제1항 제1, 3, 4, 6, 7, 19호 등), 그렇다고 하여 원고와 V 및 그 밖의 이 사건 신탁계약 관련자들 내부적으로 사업시행자의 지위가 원고에게 유보되어 있다는 등의 사정을 찾기 어려울 뿐만 아니라 오히려 이 사건 사업약정은 "사업시행자의 권한"이라는 표제하에 "V은 본 약정서의 기본정신에 따라

원고와 참가인이 협의하여 사업을 진행할 수 있도록 협조하기로 한다“(제36조 제1항), ”본 사업의 진행과정에서 원고와 참가인의 의견이 서로 다른 경우에는 V이 중재할 수 있으며 원고와 참가인은 이에 협조하기로 한다“(제36조 제2항)고 정하고 있어 원고가 단독으로 및 일방적으로 V에 대하여 사업시행자의 권한을 지시할 수 없음을 전제로 규정하고 있는바 따라서 원고가 주장하는 '사업주체 명의 신탁'에 관한 관리형 토지신탁의 특수성을 고려하여 본다고 하더라도 원고가 V를 상대로 사업주체 관련 업무에 관한 특정된 구체적인 신탁사무 수행청구권을 갖는다고 보기 어렵고, 사정이 그러하다면 앞서 본 일반적 신탁의 법리에 의하여 판단함이 상당하다.

다. 이 사건 신탁계약의 종료에 따른 소유권이전등기청구권의 경우

1) 관련 법령

신탁법 제98조제1호, 제4호부터 제6호까지, 제99조 또는 제100조에 따라 신탁이 종료된 경우 신탁재산은 수익자(잔여재산수익자를 정한 경우에는 그 잔여재산수익자를 말한다)에게 귀속한다. 다만, 신탁행위로 신탁재산의 잔여재산이 귀속될 자(이하 귀속권리자'라 한다)를 정한 경우에는 그 귀속권리자에게 귀속하고(신탁법 제101조 제1항), 신탁이 종료된 경우 신탁재산이 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 귀속될 자에게 이전될 때까지 그 신탁은 존속하는 것으로 본다. 이 경우 신탁재산이 귀속될 자를 수익자로 본다(같은 조 제3항).

2) 구체적 판단

이 사건 신탁계약이 종료될 경우 원고가 갖는다고 주장하는 이 사건 각 아파트에 대한 소유권이전등기청구권은 채권자대위권의 피보전권리가 될 만한 특정된 구체적인 청구권으로서 성립하였다고 보기 어려워 피보전권리적격을 인정할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 우선 원고가 주장하는 바에 의하더라도 원고의 V에 대한 이 사건 각 아파트에 대한 소유권이전등기청구권은 V이 이 사건 각 공급계약에 관한 취소권을 행사하여야만 발생할 여지가

있는 것인데,6) 이 사건 소 제기 당시 V이 이 사건 각 공급계약에 관한 취소권을 행사한 바 없으므로 그와 같은 소유권이전등기청구권은 현재 발생한 구체적인 권리라고 보기 어렵다. 채권자대위권의 법리에 있어 피보전채권이 피대위권리보다 먼저 성립해 있을 것은 요하지 아니한다고 하더라도, 원고의 주장 자체에 의할 때 피대위권리가 행사되어야만 피보전권리가 비로소 발생하는 경우 이를 보전하기 위하여 피대위권리의 행사를 구한다고 하는 것은 채권자에게 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자에게 속하는 권리를 대위하여 행사할 수 있게끔 하는 채권자대위권의 제도 취지에 부합하지 않는다.

나) 나아가 이 사건 각 공급계약이 취소될 경우 원고가 주장하는 바와 같은 소유권이전등기청구권이 발생하는지에 관하여 보건대, 설사 이 사건 각 공급계약이 취소되어 V이 이 사건 각 아파트에 관하여 소유권을 회복하더라도 이는 이 사건 신탁계약에 따른 신탁재산에 편입될 뿐 원고에게 곧바로 신탁계약의 종료에 따른 소유권이전등기 청구권이 발생한다고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 이 사건 신탁계약 제11조 제6호에서 '신탁부동산의 분양(처분) 및 임대와 관련하여 취득한 분양대금(임대보증금) 등의 반환채무'를 제8호에서 '기타 신탁사무 처리에서 발생한 자산 및 채권, 채무'를 각 신탁재산에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 또한 신탁법 제27조는 '신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 멸실, 훼손, 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다'고 규정하고 있다.

(2) 위와 같은 신탁법령 및 이 사건 신탁계약의 문언에 비추어 볼 때, 만약 이 사건 각 공급계약이 취소될 경우 그로 인하여 얻게 되는 적극재산(이 사건 각 아파트)과 소극재산(이 사건 각 공급계약상 매매대금 반환의무)은 모두 이 사건 신탁계약에 따른 신탁재산에 편입되게 된다고 봄이 타당하다.

(3) 이에 대하여 원고는, 이 사건 각 아파트에 관한 소유권이전등기가 마쳐짐에 따라 이 사건 신탁계약 제22조에 의하여 그 부분에 관하여는 신탁계약이 종료되었으므로, 이 사건 각 아파트에 관한 권리가

수탁자인 V 명의로 회복되게 되면 그 소유권이 곧바로 위탁자에게 회복되어야 한다는 취지로 주장한다. 신탁이 해지되어 신탁이 종료되면 신탁관계는 장래를 향하여만 그 효력을 잃게 되는바(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다50235 판결 등 참조), 신탁계약이 종료되고 종전에 신탁재산에 관하여 이루어진 수탁자와 제3자 사이의 신탁재산의 처분에 관한 법률행위에 어떠한 하자가 존재하는 경우를 상정하여 보면, 신탁계약의 종료로 인하여 종전의 법률행위의 효과가 귀속되는 주체에 어떠한 변동을 가져온다고 볼 수 없고, 따라서 그 법률행위가 하자로 인하여 취소되는 경우 등으로 인하여 발생하는 신탁재산 귀속의 변동은 일단 종전에 있었던 법률행위의 귀속주체인 신탁회사에게 이루어진 다음 신탁계약에 따라 정산되어 다시 계산 및 청산절차를 거치는 것이 타당하다. 따라서 원고의 위 주장은 타당하지 않고, 특히 이 사건에서는 신탁계약이 전부 종료되지 않은 점에서 더욱 그러하다.

다) 다음으로 이 사건 각 공급계약이 취소되어 이 사건 각 아파트에 관한 소유권을 V이 회복할 경우 원고가 이 사건 신탁계약을 해지하여 신탁계약을 종료시킴에 따라 향후 발생할 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권이 피보전권리가 될 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지에 비추어 알 수 있는 아래의 사정들을 종합하면 이 사건 각 공급계약이 취소되고 추후 이 사건 신탁계약이 종료될 경우 원고에게 이 사건 각 아파트에 대한 소유권을 귀속하는 것으로 청산이 이루어질 가능성이 높다고 보기 어렵다.

(1) 이 사건 신탁계약 제26조 제1항 제1호는 신탁계약이 종료된 경우 V은 최종계산에 관하여 수익자의 승인을 얻은 후 미분양된 신탁부동산 등 신탁수익을 수익권증서와 상환으로 신탁부동산에 대한 신탁등기의 말소 및 수익자에게 소유권이전등기를 한 후 현존하는 상태대로 수익자에게 인도할 수 있도록 규정하고 있다. 원고가 V에 대하여 이 사건 신탁계약 종료 시 이 사건 각 아파트에 관한 소유권이전등기를 청구하기 위해서는, ① 최종계산에 관한 수익자의 승인이 이루어져야 하며, ② 이 사건 각 아파트가 미분양분으로 존재하여야 한다.

(2) 그런데 참가인은 앞서 본 바와 같이 서울중앙지방법원 2021가합523513호로 원고에 대하여

미지급 공사대금채권을 회수하기 위한 소송을 제기하였고, 위 소송에서 참가인이 향후 청구취지를 확장할 뜻을 밝히고 있어 참가인의 공사대금이 최종적으로 확정되어 있지 않는 등 아직 신탁계약이 종료된 바 없으며, 앞으로도 이 사건 신탁계약의 종료시 요구되는 계산절차(신탁법 제103조)를 거칠 것이 예정되어 있다.

(3) 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 공급계약이 취소되어 이 사건 아파트에 대한 소유권이 V에게 회복되면 이는 신탁재산에 포함되게 되고, 그에 따라 이 사건 각 아파트는 이 사건 신탁계약 및 사업약정에서 정한 바에 따라 분양 또는 공매절차를 거쳐 매각되는 것이 이 사건 신탁계약상 예정되어 있다. 이와 같은 이 사건 신탁계약의 내용과 비록 이 사건 신탁계약에 따른 운영계좌에 81억 원을 넘는 잔액이 남아 있더라도 이 사건 소송 및 유사 관련 소송들에서 원고가 상환이행을 구하고 있는 각 아파트의 공급가액이 상당한 점, 아직 미분양된 상가가 언제 어떠한 가액으로 분양이 이루어질지 알 수 없는 점 등을 감안하면, 이 사건 각 아파트에 관한 매매대금을 모두 반환 한 이후에도 V이 이 사건 각 아파트를 원고에게 귀속하는 것으로 신탁사무를 이행할 수 있다고 단정할 근거가 없다.

(4) 특히 이 사건 사업의 시행자의 지위를 가지고 있는 V은 주택공급규칙 제47조의3 제2항에 따라 이 사건 각 부동산을 추첨의 방법으로 특정 요건을 갖춘 사람들에게 공급할 의무가 있다는 점에서 더욱 그러하다.

라) 신탁계약이 존속하고 있는 상태에서의 신탁종료 시 잔여재산의 귀속권(신탁법 제101조 제2항, 제3항)은 장래에 발생할 권리로서 그 권리의 형태와 범위가 어떠한 것일지가 미확정인 상태의 권리이고, 신탁계약이 존속되는 동안 수탁자의 신탁재산 운용 방법에 따라 남아있는 신탁재산은 언제든지 처분되어 환가될 가능성이 있으므로, 7) 신탁계약에 따라 특정한 신탁재산에 관한 처분을 금지하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 가액을 향후 발생할 가능성이 있는 금전채권으로서 그 청구권의 가액을 추산하여 현가 할인하는 방법으로 그 권리의 가액을 산정하는 것과 달리 특정 신탁재산에 관한 권리(소유권이전등기 청구권 등)를 '장래의 신탁종료 시 잔여재산의 귀속권'(신탁법 제101조 제2항, 제3항)의 내용으로 주장하는 것 자체가 타당하지 않은 측면이 있다. 나아가 이러한

관점에서 보면, 수탁자는 신탁행위로 인하여 수익자에게 부담하는 채무에 대하여는 신탁재산만으로 책임을 지는데(신탁법 제38조), '장래의 신탁종료 시 잔여재산의 귀속권'은 현재 신탁재산이 남아있지 않는 경우(즉, 신탁재산의 범위 내에서는 수탁자가 무자력이어서 보전의 필요성이 인정될 여지가 있는 경우)에는 그 권리가 구체적으로 성립하기 어려우며, 그 권리의 존재가 긍정되는 경우에는 신탁재산이 존재하여 수탁자의 무자력이 인정되지 않으므로 어떠한 경우에도 보전의 필요성이 있는 경우를 상정하기도 어렵다. 이와 같은 점에서 '장래의 신탁종료 시 잔여재산의 귀속권'은 특별한 사정이 없는 한 피보전권리적격이 인정된다고 보기 어렵다.

라. 소결론

결국 원고가 주장하는 피보전채권을 모두 인정할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 소는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 조정민 판사 이상언 판사 장윤실

별지

1)주택법 제65조(공급질서 교란 금지)

① 누구든지 이 법에 따라 건설·공급되는 주택을 공급받거나 공급받게 하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증서 또는 지위를 양도·양수(매매·증여나 그 밖에 권리 변동에 수반하는 모든 행위를 포함하되, 상속·저당의 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 이를 알선하거나 양도·양수 또는 이를 알선할 목적으로 하는 광고(각종 간행물·유인물·전화·인터넷, 그 밖의 매체를 통한 행위를 포함한다)를 하여서는 아니 되며, 누구든지 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이

법에 따라 건설·공급되는 증서나 지위 또는 주택을 공급받거나 공급받게 하여서는 아니 된다.

1. 제11조에 따라 주택을 공급받을 수 있는 지위

2. 제56조에 따른 입주자저축 증서

3. 제80조에 따른 주택상환사채

4. 그 밖에 주택을 공급받을 수 있는 증서 또는 지위로서 대통령령으로 정하는 것

② 국토교통부장관 또는 사업주체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 그 주택 공급을 신청할 수 있는 지위를 무효로 하거나 이미 체결된 주택의 공급계약을 취소할 수 있다.

1. 제1항을 위반하여 증서 또는 지위를 양도하거나 양수한 자

2. 제1항을 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 증서나 지위 또는 주택을 공급받은 자

2)참가인은 피고들 모두를 위하여 이 사건에 보조참가하였고, 참가인의 주장과 피고들의 주장이 크게 다르지 아니하므로 그 주장을 구별하지 않고 기재한다.

3)주석 민법 채권총칙(2) (제5판), AA학회(2020), 196면 이하(AB 집필부분)

4)이에 관하여 통설인 청구권설은, 채권자대위권의 피보전채권은 협의의 채권만이 아니라 널리

'청구권'을 뜻하며, 여기에는 물권적 청구권이나 작위·부작위채권 등도 포함된다고 본다. 단 이

견해도 모든 청구권에 피보전적격이 인정된다고 보는 것은 아니고, 그 청구권이 보전에 적합한 성격일 것을 요구한다. 이에 대하여는, 개별적인 '청구권'의 성격에 따라 피보전적격이 인정되는지를

구체적으로 따져보아야 한다는 소수설이 있다. 어느 견해에 의하든 청구권이라는 것만으로 무조건

채권자대위권의 피보전적격이 인정되지는 않고 구체적으로 따져보아야 한다는 점에서 실무상 큰

차이는 없다(같은 책, 207면).

5)채권자대위권의 요건 중 '③ 보전의 필요성'에 관하여 대법원은 “권리의 행사 여부는 그 권리자가

자유로운 의사에 따라 결정하는 것이 원칙이다. 채무자가 스스로 권리를 행사하지 않는데도 채권자가

채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있으려면 그러한 채무자의 권리를 행사함으로써

채권자의 권리를 보전해야 할 필요성이 있어야 한다. 여기에서 보전의 필요성은 채권자가 보전하려는

권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는

권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를

대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결)”고 실시하고 있다(밑줄은 추가). 이와 같이 피보전권리의 내용이 구체적으로 확정되는 것은 피보전권리적격 뿐만 아니라 '보전의 필요성' 판단을 위하여서도 필수적이다.

6) 즉, 원고는 이 사건 각 아파트에 관한 수분양자들에 대한 소유권이전등기가 이루어져 그 부분에 관한 신탁계약이 종료되었음 자체를 원인으로 하여 이 사건 각 아파트에 관한 원고의 소유권이전등기 청구권이 존재한다고 주장하는 것은 아닌 것으로 보이고, V이 이 사건 피대위권리인 주택법상 취소권을 행사하여 이 사건 각 아파트의 소유권이 V에 회복될 것을 전제로 그와 같은 소유권이전등기 청구권이 존재한다고 주장하고 있다.

7) 신탁법 제31조(수탁자의 권한)

수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다. 다만, 신탁행위로 이를 제한할 수 있다.