

광주고등법원 2015. 6. 12 선고 2014나12484, 2014나12491(독립당사자참가의소) 판결
[소유권이전등기 및 주식명의개서청구 · 소유권이전등기 및 주식명의개서청구]

재판경과

광주고등법원 2015. 6. 12 선고 2014나12484, 2014나12491(독립당사자참가의소) 판결
광주지방법원 순천지원 2014. 6. 18 선고 2012가합10936, 2013가합3911 판결

전문

원고, 피항소인 겸 항소인1. A

2. B 주식회사

3. C

원고보조참가인주식회사 강동레미콘

피고, 항소인 겸 피항소인1. 주식회사 D

2. E

3. F

4. G

5. 주식회사 H

6. I

독립당사자참가인, 항소인J

변론 종결2015. 4. 24.

판결 선고2015. 6. 12.

제1심판결광주지방법원 순천지원 2014. 6. 18. 선고 2012가합10936,

2013가합3911(독립당사자참가의 소) 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 본소에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고들은 원고들로부터 1,944,176,887원을 지급받음과 동시에,

(1) 피고 주식회사 D은, 원고 A에게 별지 부동산 목록 제1, 2, 4, 5항 기재 부동산에 관하여, 원고 B 주식회사에게 별지 부동산 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 각 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하고,

(2) 피고 E은 원고 A에게 별지 주식 목록 제1항 기재 주식을, 피고 F은 원고 A에게 같은 목록 제2항 기재 주식을, 피고 G은 원고 C에게 같은 목록 제3항 기재 주식을 각 양도하고, 각 피고 주식회사 D에 그 양도사실을 통지하며,

(3) 피고 주식회사 D은 주주명부상의 주주명의를 별지 주식 목록 제1, 2항 기재 주식에 관하여 원고 A로, 같은 목록 제3항 기재 주식에 관하여 원고 C로 각 변경하는 주식명의개서절차를 이행하라.

나. 원고들의 피고 주식회사 D, E, F, G에 대한 나머지 주위적 본소청구와 피고들에 대한 예비적 본소청구를 모두 기각한다.

2. 원고들의 항소와 독립당사자참가인의 항소를 모두 기각한다.

3. 원고들과 피고들 사이에 생긴 소송총비용 중 1/2은 원고들이, 나머지는 피고들이 각 부담하고, 항소비용 중 참가로 인한 부분은 독립당사자참가인이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 본소 청구취지 및 항소취지

가. 청구취지

(1) 주위적으로, ① 피고 주식회사 D(이하 '피고 D'라 한다)은, 원고 A에게 별지 부동산 목록 제1, 2,

4, 5항 기재 부동산에 관하여, 원고 B 주식회사(이하 '원고 B'이라 한다)에게 별지 부동산 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 각 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하고, ② 피고 E은 원고 A에게 별지 주식 목록 제1항 기재 주식을, 피고 F은 원고 A에게 같은 목록 제2항 기재 주식을, 피고 G은 원고 C에게 같은 목록 제3항 기재 주식을 각 양도하고, 각 피고 D에 그 양도사실을 통지하며, ③ 피고 D는 주주명부상의 주주명의를 별지 주식 목록 제1, 2항 기재 주식에 관하여 원고 A로, 같은 목록 제3항 기재 주식에 관하여 원고 C로 각 변경하는 주식명의개서절차를 이행하라. (2) 예비적으로, 피고들은 연대하여 원고들에게 1,989,232,100원 및 이에 대하여 2012. 1. 20.부터 소장 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 항소취지

○ 원고들

제1심판결 중 아래에서 상환이행을 구하는 원고들의 금원지급의무를 초과하는 부분에 해당하는 원고들 패소부분을 취소한다. 피고들은 원고들로부터 1,615,156,949원을 지급받음과 동시에, ① 피고 D는, 원고 A에게 별지 부동산 목록 제1, 2, 4, 5항 기재 부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 부동산 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하고, ② 피고 E은 원고 A에게 별지 주식 목록 제1항 기재 주식을, 피고 F은 원고 A에게 같은 목록 제2항 기재 주식을, 피고 G은 원고 C에게 같은 목록 제3항 기재 주식을 각 양도하고, 각 피고 D에 그 양도사실을 통지하며, ③ 피고 D는 주주명부상의 주주명의를 별지 주식 목록 제1, 2항 기재 주식에 관하여 원고 A로, 같은 목록 제3항 기재 주식에 관하여 원고 C로 각 변경하는 주식명의개서절차를 이행하라.

○ 피고들

제1심판결 중 아래에서 상환이행을 구하는 원고들의 금원지급의무에 미달하는 부분에 해당하는 피고들 패소부분을 취소한다. 피고들은 원고들로부터 25억 원을 지급받음과 동시에, ① 피고 D는, 원고 A에게 별지 부동산 목록 제1, 2, 4, 5항 기재 부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 부동산 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하고, ② 피고 E은 원고 A에게 별지 주식 목록 제1항 기재 주식을, 피고 F은 원고 A에게 같은 목록 제2항 기재 주식을, 피고 G은 원고 C에게

같은 목록 제3항 기재 주식을 각 양도하고, 각 피고 D에 그 양도사실을 통지하며, ③ 피고 D는 주주명부상의 주주명의를 별지 주식 목록 제1, 2항 기재 주식에 관하여 원고 A로, 같은 목록 제3항 기재 주식에 관하여 원고 C로 각 변경하는 주식명의개서절차를 이행하라.

2. 독립당사자참가의 소의 청구취지 및 항소취지

제1심 판결 중 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라 한다) 부분을 취소한다. (1) 주위적으로, (가) 참가인에게, ① 피고 D는 별지 부동산 목록 기재 각 부동산 중 10분의 7 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하고, ② 피고 E은 별지 주식 목록 제1항 기재 주식 중 16,695주를, 피고 F은 같은 목록 제2항 기재 주식 중 9,275주를, 피고 G은 같은 목록 제3항 기재 주식 중 11,130주를 각 양도하고, 각 피고 D에 그 양도사실을 통지하며, ③ 피고 D는 별지 주식 목록 제1항 기재 주식 중 16,695주, 같은 목록 제2항 기재 주식 중 9,275주, 같은 목록 제3항 기재 주식 중 11,130주에 관하여 각 명의개서절차를 이행하라. (나) 원고들은 별지 부동산 목록 기재 각 부동산 중 10분의 7 지분이 참가인의 소유임을 확인하고, 별지 주식 목록 제1항 기재 주식 중 16,695주, 같은 목록 제2항 기재 주식 중 9,275주, 같은 목록 제3항 기재 주식 중 11,130주에 관하여 참가인에게 주주로서의 권리가 있음을 확인한다. (2) 예비적으로, (가) 피고들은 연대하여 참가인에게 1,392,462,470원 및 이에 대하여 2012. 1. 20.부터 소장 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. (나) 원고들은 위 금원에 관하여 참가인이 피고들로부터 위 금원을 지급받을 권리가 있음을 확인한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고들의 호텔 및 상가 신축

1) 원고 A는 2012년 여수엑스포와 2013년 순천국제정원박람회 개최에 따른 관광객 증가를

예상하고 원고 B(그 대표이사인 원고 C는 원고 A의 시아버지이다)과 함께 순천시 K지구에 관광호텔을 신축하여 운영하기로 하였다.

2) 원고 A는 2009. 11. 16. 별지 부동산 목록 제2항 기재 부동산(이하 '제2토지'라 한다)를, 원고 B는 2010. 3. 18. 같은 목록 제3항 기재 부동산(이하 '제3토지'라 한다)를 각 5억 9,000만 원에 매수하여 소유권이전등기를 마쳤고, 원고 A는 2010. 11. 24. 제2, 3토지 위에 지상 9층 규모의 관광호텔(이하 '이 사건 호텔'이라 한다) 신축허가를 받아 2011. 3. 10.경 공사를 시작하였다.

3) 원고 A는 2011. 2. 26. 별지 부동산 목록 제1항 기재 부동산(이하 '제1토지'라 한다)을 4억 4,000만 원에 매수하여 소유권이전등기를 마친 후 2011. 5. 6. 제1토지 위에 지상 6층 규모의 상가건물(이하 '이 사건 상가'라 한다) 신축허가를 받아 2011. 5. 27.경 공사를 시작하였다.

4) 원고 A, C는 2011. 5. 4. 이 사건 호텔을 운영하기 위하여 자본금 5억 3,000만원 [발행주식 53,000주(원고 A 37,100주, 원고 C 15,900주), 1주 액면금액 10,000원] 인 피고 D를 설립하고, 원고 A가 대표이사로 취임하였다.

나. 원고들의 자금압박, 원고들과 피고 주식회사 H 사이의 약정

1) 원고들은 당초 관광진흥기금을 대출받아 이 사건 호텔 및 상가 신축에 필요한 공사자금을 조달할 예정이었으나, 대출 지연으로 더 이상 공사를 진행할 수 없을 정도로 자금난에 봉착하게 되자, 2011. 12.경 지인 소개로 피고 주식회사 H(이하 '피고 회사'라 한다)의 대표이사인 피고 I를 만나 도움을 요청하였다.

2) 원고들2)은 이 사건 호텔 및 상가를 완공하기 위하여 2012. 1. 20. 피고 회사와 사이에 다음과 같은 내용이 포함된 약정을 체결하였다(이하 '이 사건 약정'이라 한다).

1. 피고 회사는 이 사건 호텔 및 상가 공사대금(40억 원, 부가가치세 별도), 제경비(7억원, 취·등록세 2억 원)를 원고들에게 원고들을 연대보증인으로 하여 상호 협의하에 지급한다.

2. 피고 D의 주주들은 피고 회사가 지정하는 자에게 주식을 양도·양수한다.

3. 피고 D 명의로 원고 A 소유의 제2토지에 관하여, 원고 B 소유의 제 3토지에 관하여 소유권이전등기를 마치고, 원고 A 소유의 제1토지에 관하여 소유권이전등기청구권가등기를 마친다. 피고 D 및 원고 B는 약정체결 이전에 발생한 채무에 대하여는 변경전 대표이사들이 책임을 진다.

4. 제1토지에 관하여 마쳐진 5 명의의 근저당권설정등기는 피고 회사가 1억 5,000만원을 원고 A에게 대여하여 변제하고 말소한다(이자 10%).
 5. 피고 D와 피고 회사는 공사대금을 43억 원, 준공기간을 2012. 4. 30.로 정하여 공사도급계약을 체결하고 공사를 한다.
 6. 이전에 발생된 미지급 공사대금은 피고 회사가 공사대금의 내역서를 투명하고 명확한 서류로 받고 기발생된 공사대금을 정리한다. 이전에 발생된 공사내역서가 투명하게 공개되지 아니하거나 추가 발견시에는 원고들은 모든 권리를 포기하고 피고 회사가 권리를 갖는다.
 7. 원고들은 피고 회사에게 공사비에 대한 수익금, 은행대출금 이자, 공사에 따른 각종 세금을 포함한 관련비용으로 7억 원을 지급하기로 한다.
 8. 호텔 준공 후 취·등록세 비용 2억 원은 피고 회사가 부담하고, 추가 발생한 비용은 원고들이 부담한다.
 9. 원고 A, L는 준공 후 60일 이내에 피고 회사에게 52억 원(부가가치세 별도)을 지급하여야 한다. 이를 지급하지 못할 경우 관광호텔 약정서의 모든 권리행사를 포기한다.
 10. 위 돈이 지급되는 즉시 원고들과 피고 회사가 체결한 본 약정서는 효력을 상실한다.
- 3) 이 사건 약정에 따라 ① 원고 A는 자신이 보유한 피고 D 주식 37,100주 중 23,850주를 피고 I의 처남이자 피고 회사의 사내이사인 피고 E에게, 나머지 13,250주를 피고 I의 친구인 피고 F에게 각 양도하였고, 제1토지에 관하여 피고 D 앞으로 소유권이전청구권가등기를 경료해주었으며(이후 2012. 3. 6. 위 가등기를 말소함과 동시에 이전등기를 경료해주었다), 이 사건 호텔의 건축허가명의 및 제2토지의 등기명의를 피고 D 앞으로 이전하였고, ② 원고 C는 자신이 보유한 피고 D의 주식 15,900주를 피고 회사의 사내이사인 피고 G에게 양도하였으며, ③ 원고 B은 제3토지 등기명의를 피고 D 앞으로 이전하였다. 그 후 피고 E은 원고 A의 후임으로 피고 D의 대표이사로 취임하였다.
- 4) 이 사건 약정 체결 당시 이 사건 호텔의 공정율은 약 45%, 이 사건 상가의 공정율은 약 80% 정도이었고, 기성 공사대금 중 약 1,076,234,417원이 미지급된 상태였다.
- 5) 원고들은 2012. 3. 5. 피고 회사와 사이에 다음과 같은 내용이 포함된 추가약정을 체결하였다(이하 '이 사건 추가약정'이라 한다)

1. 원고 A는 제1토지에 관한 피고 명의의 소유권이전등기청구권가등기를 본 등기로 이전하여 2013. 3. 5.자로 소유권이전등기를 마치기로 한다. 피고 회사는 원고들이 2012. 2. 2. 제출한 건축주 명의변경동의서에 의하여 이 사건 상가건물의 건축주 명의를 변경한다.
2. 공사금액 증액으로 인한 당초 약정금액 52억 원(부가가치세 별도, 공사대금 43억 원, 제경비 7억 원, 취·등록세 3억 원)을 추가하여 발생한 금액에 대해서는, 제경비로 1억 원(당초 제경비 7억 원에서 8억 원으로 증액. 호텔 준공 후 보존등기에 필요한 제반비용(취·등록세 등)이 2억 원을 초과하여 발생한 비용은 원고들이 부담한다)을 추가로 지급한다. 원고들은 피고 회사에게 준공 후 60일 이내에 당초 약정금액 52억 원과 추가 발생한 공사금액, 추가 제경비 1억 원, 이 사건 상가건물 보존등기비용을 전액 지급하여야 한다.
3. 원고들이 준공 후 60일 이내에 위 2항의 금액을 전액 피고 회사에게 지급하지 못할시 원고들은 모든 권리를 포기하고 호텔 및 상가운영권은 피고 회사에게 있다. 원고들이 준공 후 60일 이내에 위 2.항의 금액을 전액 피고 회사에 지급할시 본 약정서는 효력을 상실하며 피고 회사는 원고들에게 호텔 및 상가 운영권을 넘겨준다.
4. 공사기간은 공사실착공일로부터 4개월로 하며(단 현장여건의 문제로 인하여 공사가 중지될 시에는 기간에 산정하지 아니한다), 피고 회사가 준공완료한다.
- 6) 피고들은 2012. 6. 20. 원고 A와 원고 B이 제1, 2, 3 토지를 담보로 순천광양축산업협동조합으로부터 대출받은 9억 8,000만 원을 대위변제하여 위 토지에 마쳐져 있던 근저당권설정등기를 말소한 후, 제1, 2, 3 토지를 담보로 피고 D 명의로 국민은행으로부터, 2012. 6. 22. 국민관광진흥기금 33억 3,000만 원, 2012. 7. 27. 국민관광진흥기금 6억 7,000만 원 합계 40억 원을 대출받았다.
- 7) 피고 회사는 2012. 1. 이후 이 사건 호텔 및 상가 신축공사를 진행하여 2012. 6. 21.과 2012. 6. 26. 이 사건 호텔과 상가건물의 사용승인을 받았고, 피고들은 2012. 7. 10. 별지 부동산 목록 제4항 기재 상가건물(이하 '제4 건물'이라 한다) 및 같은 목록 제5항 기재 호텔건물(이하 '제5 건물'이라 한다)에 관하여 피고 D 명의로 소유권보존등기를 마친 후, 2012. 8. 31. 제4, 5건물에 관하여 국민은행 명의로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

8) 원고들은 2012. 11. 9. 피고 회사와 다음과 같은 내용이 포함된 정산합의서를 작성하였다(이하 '이 사건 정산합의'라 한다).

이 사건 약정서, 추가약정서에 의하여 이 사건 호텔 및 상가 공사투입비에 대하여 아래와 같이 정산한다.

1. 원고들과 피고 회사는 공사투입비에 대하여 2012. 10. 31. 기준 65억 원으로 정산합의한다.
 2. 원고들과 피고 회사는 2012. 11. 1.부터 발생하는 투입비(호텔운영비, 이자 등)에 대해서는 호텔영업수익금에서 우선적으로 공제하며, 공제후 수입금잔액이 있을 시에는 위 공사투입비를 공제한다. 투입비가 수입금액을 초과할 시에는 원고들이 책임진다.
 3. 원고들은 피고 회사에게 위 공사투입비 중 63억 원을 2012. 11. 30.까지 지급하며, 잔액 2억 원에 관하여는 피고 회사가 위 63억 원을 받음과 동시에 이 사건 호텔 및 상가에 대하여 2순위 근저당권을 설정한다.
 4. 원고들은 피고 회사에게 위 잔액 2억 원에 대하여 2013. 5. 30. 1억 원, 2013. 7. 30. 1억 원씩 상환하며 이자율은 연 10%로 한다.
 5. 원고들은 피고 회사에게 제1항의 공사투입비 중 63억 원을 2012. 11. 30.까지 지급하지 못할 시 이 사건 약정서 및 추가약정서에 의하여 모든 권리행사를 포기한다.
- ※ 수협대출서류, 공사비정산서, 확인서 등(대표이사 변경)을 2012. 11. 9.까지 제출하고 수협 심사시 적극적으로 협조(매출액의 130%)한다.

다. 원고들과 참가인 사이의 약정

1) 원고들은 이 사건 호텔 및 상가 신축이 완료되었으나 피고들과의 정산문제 등을 해결할 자금이나 능력이 부족하자 지인의 소개로 참가인을 만나 2012. 10. 4. 아래와 같은 약정을 체결하였다(이하 '이 사건 위임약정'이라 한다)

1. 위임인이 피고 회사에 D호텔 주식을 양도담보로 제공한 것과 관련하여 피고 회사 관계자들이 위 주식을 부당하게 취득한 것에 대해 위임인이 할 수 있는 민, 형사적 문제제기 등 모든 법적, 사실적 권한 일체를 위임한다.

2. 수임인이 D호텔 주식을 반환받을 경우 22%는 위임인이 보유하고, 78%는 수임인의 소유로 한다.
3. 위임인은 수임인이 위 수임사항을 성실히 수행할 수 있도록 수임인의 요구가 있을 시 관련 자료를 수임인에게 제공하고, 법적인 조치를 위한 서류작성 및 날인시 이에 응한다.

2) 원고들과 참가인은 2012. 11.경 아래와 같은 약정을 체결하였다(이하 '이 사건 동업약정'이라 한다)

원고들과 참가인은 이 사건 호텔 및 상가에 대한 원고들의 관광호텔사업 및 그 후속사업을 공동으로 수행하기로 하고 이를 위해 아래와 같이 약정한다.

1. 참가인은 원고들의 관광호텔사업 및 그 후속사업을 위해 필요한 모든 비용과 노동력을 투자하고, 원고들은 이미 투자한 것(토지, 건물, 주식, 공사비 등) 이외에 별도의 추가 투자를 하지 않는다.
2. 위 사업으로 인해 회복한 권리(판결 등을 통해 얻은 원고들의 금전채권, 부동산소유권이전등기청구권, 주식반환청구권 등)의 78%는 참가인의 수익으로 배분하고, 22%는 원고들의 수익으로 배분한다.
3. 참가인은 위 관광호텔사업을 위해 필요한 모든 대외적, 대내적 업무수행권한이 있다.
4. 참가인은 위 관광호텔사업을 위해 피고들을 상대로 하는 모든 소송의 소송대리인 선임권한, 수임료약정권한, 송무업무보조권한 및 협의조정 등 법적, 사실적 모든 행위를 원고들을 대리하여 행사할 수 있고, 이를 위해 원고들의 인장을 제작, 사용할 수 있다.

3) 참가인은 원고들의 위임을 받아 2012. 10. 16.경 광주지방법검찰청 순천지청에 피고 E, F, G, I를 공갈, 업무상횡령, 업무방해 혐의로 고소하였고(광주지방법검찰청 순천지청 2012형제24833호), 2012. 12. 10. 원고들을 대신하여 변호사 M을 대리인으로 선임하여 이 사건 소를 제기하였다.

4) 원고들과 참가인은 2013. 3.경 아래와 같은 권리양도양수합의서를 작성하였다(이하 '이 사건 권리양도양수합의'라 한다)

1. 양도양수목적물 : 토지, 건물, 주식
2. 권리양도양수합의 : 원고들은 양도양수목적물에 관련된 모든 권리(순천지원 2012가합10936 소유권이전등기 및 주식명의개서청구에 따라 피고들에 대해 갖는 주위적 또는 예비적 청구에 따른 권리는 물론 위 권리들과 직·간접적으로 관련된 모든 권리)에 대한 70% 지분을 참가인에게

양도하였고, 참가인은 이를 양수하였음을 확인한다.

3. 소송참가 및 양도양수통지 : 원고들은 참가인의 소송참가에 동의하고, 변호사 M을 공동소송대리인으로 선임하는 것에 동의한다.

※ 1. 미지급금 5억 원(강동레미콘, 미래종건, N)을 상호 협의하여 우선적으로 변제한다.

2. 대지, 건물, 호텔 및 상가 영업권을 찾아 올 것을 우선적으로 한다.

5) 참가인은 2013. 3. 26. 이 사건 권리양도양수합의를 들면서 이 사건 소송에 승계참가신청을 하였고, 이후 원고들이 위 승계참가신청에 이의를 제기하자, 2013. 11. 5. 참가신청취지를 독립당사자참가신청으로 변경하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑가 제1, 2, 3, 6 내지 13, 15호증, 을 제1, 4, 6, 10, 11호증(각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 본소 청구에 관한 판단

가. 원고들의 주장

○ 이 사건 약정서 및 추가약정서는, 원고들이 피고 회사로부터 이 사건 호텔 및 상가 건축공사비용을 차용하여 피고 회사에게 공사대금으로 지급하고 위 차용금채무의 담보로 피고 D에 관한 원고들의 주식과 제1, 2, 3토지 및 이후 완공된 제4, 5건물을 제공하여 일부 피고들 명의로 명의개서하거나 소유권보존등기 또는 소유권이전등기를 마치기로 하는 내용의 양도담보계약이다.

○ 이 사건 약정과 추가약정은 피고 I가 원고들의 공박한 처지를 이용하여 공갈 내지 협박함으로써 체결한 것이므로 현저히 공정을 잃은 것으로서 무효이거나 또는 원고들과 피고 회사 사이에 체결된 것임에도 양도담보권자를 피고 D, E, F, G로 하여 체결되었으므로 담보물권의 수반성과 부종성에 반하는 것으로서 무효이고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 피고 I의 강박에 의하여 체결된 것이므로 이 사건 소장 송달로써 취소한다.

○ 이 사건 약정과 추가약정에는 가등기담보 등에 관한 법률이 적용되거나 또는 약한 의미의 양도담보로서 위 법률에 준하는 정산절차가 필요하므로, 원고들은 위 담보권이 실행되기 전까지 채무원리금을 변제하고 담보목적의 소유권이전등기 등의 말소를 구할 수 있다.

○ 그런데 이 사건 정산합의는, 이 사건 약정 소정의 공사대금이 43억 원에 불과하였음에 비추어

현저히 공정을 잃은 행위이거나 아니면 원고 L, B의 참여 없이 체결되거나 업무집행조합원인 참가인의 동의 없이 체결된 것으로서 무효이고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 피고 회사의 기망 또는 원고들의 착오에 의하여 체결된 것이므로 원고들의 2013. 5. 10.자 준비서면의 송달로써 이를 취소한다.

○ 이 사건 약정 및 추가약정에 따른 원고들의 차용원금은 공사대금 33억 4,300만원과 취·등록세 2억 원인데 피고 회사는 이 사건 호텔 및 상가 부지를 담보로 33억 3,000만 원과 6억 7,000만 원을 순차로 대출받아 충당하였으므로 차용원금은 전액 변제되었다. 따라서 피고 D, E, F, G은 원고들에게 위 주식과 제1, 2, 3, 4, 5 토지 및 건물을 반환할 의무가 있다.

○ 설령 이 사건 정산합의가 유효하여 원고들이 피고 회사에게 변제할 차용금의 액수가 65억 원이라고 하더라도, 피고 회사는 이 사건 호텔 및 상가를 담보로 국민관광기금 40억 원을 대출받아 이 사건 호텔 및 상가 건축공사대금에 충당하였으므로 위 40억 원은 원고들의 지급채무액에서 공제되어야 한다.

○ 또 피고 회사는 이 사건 정산합의를 통하여 이 사건 호텔 및 상가를 운영하여 그 수익금에서 위 대여금을 우선 변제받기로 약정하였으므로, 그 동안 피고 회사가 이 사건 호텔 및 상가를 운영하여 얻은 수익금 335,040,124원(=운영수익 326,240,124원 + 임대수익 8,800,000원)도 원고들의 지급채무액에서 공제되어야 한다.

○ 또한 피고 회사는 이 사건 약정을 통하여 이 사건 호텔, 상가 및 별도로 시공되고 있던 원룸 신축공사 기성금 중 미지급금 합계 1,077,884,417원을 변제하기로 약정하고도 그 중 528,081,490원만 변제하고 나머지 549,802,927원을 변제하지 아니하였으므로, 위 미변제액도 공제 내지 상계되어야 한다.

○ 따라서 피고들이 원고들로부터 이 사건 정산합의금 65억 원에서 합계 4,884,843,051원(=4,000,000,000원 + 335,040,124원 + 549,802,927원)을 공제 내지 상계한 나머지 1,615,156,949원을 지급받음과 동시에 피고 D, E, F, G은 원고들에게 위 주식과 제1, 2, 3, 4, 5 토지 및 건물을 반환할 의무가 있다.

○ 설령 원고들이 위 주식과 부동산을 반환받을 수 없다고 하더라도, 피고 회사는 가등기담보 등에

관한 법률 또는 약한 의미의 양도담보약정에 따라 원고들에게 정산금으로 예비적 청구취지 기재 금원을 지급할 의무가 있거나, 또는 피고들은 공동으로 이 사건 약정 및 추가약정의 체결을 통하여 강행법규인 가등기담보 등에 관한 법률 제4조 제4항을 위반함으로써 원고들에게 재산상 손해를 가하였으므로 일부 손해배상으로서 예비적 청구취지 기재 금원을 지급할 의무가 있다.

나. 이 사건 약정 및 추가약정의 법적 성질

채권의 담보 목적으로 다른 재산권을 이전하기로 하면서 일정 기간 내에 채무 원리금을 변제할 때에는 그 재산을 반환받기로 하는 약정이 이루어졌다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 당사자 간에는 그 재산을 담보의 목적으로 이전하고 변제기 내에 변제가 이루어지지 않으면 담보권 행사에 의한 정산절차를 거쳐 원리금을 변제받기로 하는 약정이 이루어진 것으로 해석하여야 하고, 부동산에 관하여 정산절차를 예정한 약한 의미의 양도담보 약정이 이루어졌다면 채권자는 채무의 변제기 후 반드시 담보권 실행을 위한 정산절차를 거쳐야만 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99다14433 판결, 1998. 4. 10. 선고 97다4005 판결 등 참조).

돌이켜 이 사건을 보건대, 이 사건 약정 및 추가약정은 앞서 본 바와 같이, ① 피고 회사가 원고들(피고 D 포함)의 연대보증하에 원고들(피고 D 포함)에게 공사대금 43억원과 제경비 7~8억 원을 지급한 뒤 피고 D로부터 이 사건 호텔 및 상가 건축공사를 공사대금 43억 원에 도급받아 시공하고, ② 원고들은 피고 D의 주식을 피고 회사가 지정한 사람에게 양도하고, 이 사건 호텔 및 상가의 부지와 장차 신축될 호텔 및 상가 건물에 관하여 피고 D 명의로 소유권이전등기를 마치며, 이 사건 호텔 및 상가 준공 후 60일 이내에 피고 회사에게 위 공사대금과 공사비에 대한 수익금, 은행대출이자, 취·등록세 상당액 합계 52~53억 원 및 추가공사대금 등을 지급하고, ③ 위 금원이 약정기한 내에 지급되지 아니하면 원고들은 모든 권리를 포기하고 이 사건 호텔 및 상가의 운영권은 피고 회사가 가지며, 위 금원이 약정기한 내에 지급되는 즉시 약정이 실효되고 이 사건 호텔과 상가의 운영권이 원고들에게 복귀한다는 내용이므로, 원고들이 자신들 소유의 주식, 이 사건 호텔 및 상가의 부지와 장차 신축될 건물을 피고 회사에 담보로 제공하고 피고 회사로부터 이 사건 호텔 및 상가 신축 공사대금 상당액을 제공받아 피고 회사에게 건축공사대금을 지급하는 형식으로 이 사건 호텔 및 상가를 신축·완공하게 하는 내용의 양도담보계약으로 봄이 상당하다.

이와 관련하여 피고는, 자신이 비용을 부담하여 제4, 5건물을 완공함으로써 이를 원시취득하였다는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 원고들이 이 사건 약정을 통하여 피고 회사로부터 공사대금 상당액을 제공받아 피고 회사에게 이 사건 호텔 및 상가 신축 공사대금을 지급하는 형식을 갖추고 있을 뿐만 아니라, 이 사건 약정 및 추가약정이 이 사건 호텔과 상가 건물도 제1, 2, 3토지와 마찬가지로 피고 회사가 주식 전부를 보유하게 될 피고 D 명의로 소유권보존등기가 경로되는 것을 예정하여 담보목적물의 일부로 삼고 있으므로, 피고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 이 사건 약정 및 추가약정의 무효 및 취소 주장에 관한 판단

이 사건 약정 및 추가약정이 담보물권의 부종성 내지 수반성에 반하여 무효인지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 약정 및 추가약정은 원고들과 피고 회사 사이에 체결된 것임에도, 원고들이 피고 D에 관한 원고들의 주식을 피고 회사가 지정한 다른 사람에게 양도하고 그 명의로 명의개서를 마쳐주는 내용과 제1, 2, 3토지를 피고 D에 양도하여 그 명의로 소유권이전등기를 마쳐주는 내용이 각 포함되어 있는 사실, 이에 따라 원고들은 위 주식에 관하여 피고 회사가 지정한 피고 E, F, G 명의로 명의개서를 마쳐주고, 제1, 2, 3토지에 관하여 피고 D 명의로 소유권이전등기를 마쳐준 사실, 이후 피고 회사가 제4, 5건물에 관하여도 피고 D 명의로 소유권보존등기를 마친 사실을 알 수 있으나, 다른 한편 앞서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 주식에 관하여는 명의신탁이 금지되어 있지 않은데, 위와 같은 주식양도 및 명의개서약정은 위 주식에 관한 명의신탁약정으로 볼 수 있는 점, 근저당권의 경우에도 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기가 유효하다 할 것인데(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002다50484 판결 등 참조), 위 부동산의 등기명의인인 피고 D는 피고 회사가 그 주식 전부를 양수받아 지배하는 회사이므로 사실상 피고 회사와 동일시할 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실만으로는 이 사건 약정과 추가약정이 담보물권의 수반성 내지 부종성에 반하여 무효라고 할 수는 없다.

다음으로 이 사건 약정 및 추가약정이 피고 I가 원고들의 궁박한 상태를 이용하여 강박함으로써 체결된 것인지에 관하여 보건대, 이 사건 약정 및 추가약정 체결 당시 원고들이 이 사건 호텔 및 상가

신축공사를 더 이상 진행 할 수 없을 정도로 재정적으로 어려운 상태에 있었던 사실은 앞서 본 바와 같으나, 이 사건 약정 및 추가약정이 현저히 공정을 잃은 것으로서 무효이거나 피고 I의 강박에 의하여 체결된 것이라는 점을 인정할 뚜렷한 증거가 없다.

라. 피담보채무의 소멸 주장에 관한 판단

(1) 관련 법리 약한 의미의 양도담보의 경우 채무의 변제기가 도과한 후에도 채권자가 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 위 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결 등 참조).

또한 채무자는 자신의 채무를 먼저 변제하여야만 비로소 그 채무를 담보하기 위하여 마쳐진 가등기 내지 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다고 할 것이지만, 채권자가 그 가등기 내지 소유권이전등기가 채권담보의 목적으로 마쳐진 것임을 다툰다든지 또는 그 피담보채무의 액수를 다투기 때문에 채무자가 채무를 변제하더라도 채권자가 담보 목적으로 마쳐진 소유권이전등기 등의 말소의무를 이행할 것으로 기대되지 않는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다고 보아 그 채무의 변제를 조건으로 채권담보의 목적으로 마쳐진 소유권이전등기의 말소 등을 청구하는 장래이행의 소는 허용되어야 할 것이다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91다35175 판결 등 참조).

(2) 이 사건 약정 및 추가약정에 따른 피담보채무의 액수 살피건대, 을 제6, 14호증의 각 기재에 의하면, 원고들은 이 사건 정산합의 당시 피고와 사이에 원고들이 피고에게 지급할 공사대금 등의 액수를 65억 원으로 정산한 사실, 이후 이 사건 소송 계속 중이던 2013. 7. 19.에도 같은 금액으로 정산·합의한 사실을 알 수 있으므로, 원고들의 피담보채무액은 65억 원으로 봄이 상당하다.

따라서 피고들은 특별한 사정이 없는 한, 피고 회사가 원고들로부터 위 65억 원을 지급받은 다음 원고들에게 주위적 본소 청구취지 기재와 같이 소유권이전등기절차를 이행하고 주식을 양도하며 그에 맞추어 명의개서절차를 이행할 의무가 있다.

이에 대하여 원고들은 먼저, 이 사건 정산합의도 현저히 공정을 잃은 행위에 해당하거나 원고 L, B의 참여 없이 체결된 것이므로 무효이고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 피고 회사의 기망 또는 원고들의 착오에 의하여 체결된 것이므로 원고들의 2013. 5. 10.자 준비서면의 송달로써 이를 취소한다고

주장하나, 설령 이 사건 정산합의에 원고들 주장과 같은 무효 내지 취소 사유가 있다고 하더라도, 원고들이 2013. 7. 19. 피고 회사와 사이에 공사대금 등의 액수를 65억 원으로 재차 정산·합의한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 원고들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

원고들은 다음으로, 이 사건 정산합의가 업무집행조합원인 참가인의 동의 없이 체결된 것이므로 무효라는 취지로 주장하나, 설령 참가인이 이 사건 정산합의 당시 원고들과 동업계약을 체결하고 업무집행조합원으로 선임되어 있었다고 하더라도, 갑가 제13호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인이 이 사건에서 이 사건 권리양도양수합의로써 원고들과의 동업관계를 청산하였다고 주장하고 있을 뿐만 아니라 참가인은 당시 원고들과 이 사건 정산합의에 대하여 문제삼지 않기로 약정하였으며, 원고들도 이 사건 권리양도양수합의 이후인 2013. 7. 19. 피고 회사와 사이에 공사대금 등의 액수를 65억 원으로 재차 정산·합의한 바 있으므로, 원고들의 위 주장 역시 받아들이지 아니한다.

원고들은 또, 원고들의 채무액이 공사대금 3,343,000,000원, 취·등록세 200,649,600원 합계 3,543,649,600원과 이에 대한 2012. 6. 26.부터 다 갚는 날까지 연 30%의 비율로 계산한 돈이라고 주장하나, 앞서 본 사실관계에 비추어 원고들의 위 주장 또한 받아들이지 아니한다.

한편 피고들은, 원고들이 이 사건 정산합의 당시 2012. 11. 30.까지 63억 원을 지급하지 못하면 모든 권리를 포기하고 이 사건 호텔 및 상가에 관하여 어떠한 이의도 제기하지 않기로 약정하고서도 이를 이행하지 못하였으므로, 이 사건 약정 및 추가약정에 따른 권리를 전부 상실하였다는 취지로 주장한다.

그러므로 보건대, 약한 의미의 양도담보가 이루어진 경우 부동산이 귀속정산의 방법으로 담보권이 실행되어 그 소유권이 채권자에게 확정적으로 이전되었다고 인정하려면 채권자가 담보 부동산을 적정한 가격으로 평가한 후 그 대금으로써 피담보채권의 원리금에 충당하고 나머지 금원을 반환하거나 평가 금액이 피담보채권액에 미달하는 경우에는 채무자에게 그와 같은 내용의 통지를 하는 등 정산절차를 마친 사실이 인정되어야 한다(대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다46963 판결 등 참조).

이 사건 추가약정에 '원고들이 준공 후 60일 이내에 약정금액을 피고 회사에게 지급하지 못할시

원고들은 모든 권리를 포기하고 호텔 및 상가운영권은 피고 회사에게 있다'는 내용이 포함되어 있는 사실, 이 사건 정산합의에 '원고들이 2012. 11. 30.까지 63억 원을 지급하지 못하면 이 사건 약정 및 추가약정에 의하여 모든 권리를 포기한다'는 내용이 포함되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위와 같은 약정이 이 사건 추가약정에 기초하고 있고 또 채무자인 원고들에게 불리한 것임이 분명하므로 무효로 보아야 하고, 달리 피고 회사가 이 사건 호텔 및 상가 등의 담보목적물을 적정한 가격으로 평가한 후 그 대금으로써 피담보채권의 원리금에 충당하고 나머지 금원을 반환하거나 평가 금액이 피담보채권액에 미달한다는 취지의 통지를 하는 등 정산절차를 마쳤다고 볼 증거가 없으므로, 피고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

(3) 공제 내지 상계 여부 (가) 원고들은 먼저, 위 채무액에서 피고 회사가 이 사건 호텔 및 상가를 담보로 대출받은 국민관광진흥기금 40억 원이 공제되어야 한다고 주장한다.

피고 회사가 이 사건 호텔 및 상가의 부지와 건물을 담보로 피고 D 명의로 국민은행으로부터 국민관광진흥기금으로, 2012. 6. 22. 33억 3,000만 원, 2012. 7. 27. 6억 7,000만 원 합계 40억 원을 대출받은 사실은 앞서 본 바와 같은데, 위 40억 원이 원고들의 피담보채무액에서 공제될 것임은 당사자 사이에 다툼이 없다.

(나) 원고들은 다음으로, 이 사건 정산합의는 이 사건 약정 및 추가약정을 전제로 이루어진 것인데, 피고 회사는 이 사건 약정 체결 당시 원고들의 기존 미지급 골조공사대금 1,076,234,417원을 변제하기로 약정하고도 그 중 528,081,490원만을 변제하고 549,802,927원을 변제하지 아니하였으므로, 위 미변제액 상당을 공제 내지 상계하여야 한다고 주장한다.

그러므로 보건대 갑가 제2, 3, 14, 15, 26호증, 을 제1, 10, 11, 12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 약정서 제6항에는 '피고 회사가 원고들로부터 이전에 발생한 미지급공사내역에 관한 서류를 제공받고 이미 발생한 공사대금을 정리한다'라는 취지가 명시되어 있는 점, 원고들은 2012. 1. 27. 피고 회사에 그동안 미지급된 기성 공사대금이 합계 1,177,669,037원이라는 내용의 내역서를 보낸 점, 이에 피고는 위 내역서를 검토한 뒤 2012. 2. 14.경 원고들에게 미지급액수가 당초 약정액 보다 7~8억이 많다는 취지로 이의를 제기하여 이 사건 추가약정이 체결된 점, 이 사건 약정서의 공사대금 43억 원은 이 사건 호텔 신축공사대금

6,270,300,000원에서 원고들이 이미 시공한 부분 상당액 2,927,300,000원을 공제한 나머지 3,343,000,000원과 원고들이 이미 시공하고도 지급하지 못하고 있던 기성공사대금액(당시 약 10억 원으로 예상하였으나 실제 정산결과 1,076,234,417원에 이름)을 합쳐 정해진 것으로 보이는 점, 그럼에도 피고 회사는 위 1,076,234,417원 중 528,939,490원4) 만 하도급업체에 지급하고 547,294,927원을 변제하지 않고 있는 점, 위 기성금을 지급받지 못한 하도급업체 등이 원고들을 상대로 민사소송을 제기하며 위 미지급금의 지급을 청구하고 있는 점 등에 비추어 보면, 피고 회사는 이 사건 약정 및 추가약정을 통하여 원고들의 기존 미지급 공사대금을 변제하기로 하는 내용의 이행인수 내지 채무인수약정을 체결하고도 그 중 547,294,927원을 변제하지 아니하였으므로 위 547,294,927원도 공제됨이 상당하다.

이에 대하여 피고들은 먼저, 피고 회사는 이 사건 약정 체결 당시 원고들이 이 사건 호텔 및 상가와 관계 없이 별도로 시공하고 있던 원룸 신축공사비용 중 미지급금을 변제하기로 약정한 적이 없으므로, 위 547,294,927원이 공제되어서는 아니된다는 취지로 주장하나, 을 제10, 11호증의 각 기재에 의하면, 피고 회사가 이 사건 정산합의 무렵 '자신이 기존의 미지급 원룸 신축공사비 중 일부를 변제하였다는 내용'이 포함된 대금지급내역서를 작성·제시한 점 등에 비추어, 피고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

피고들은 다음으로, 원고들이 이 사건 정산합의 당시 미지급 골조공사대금을 원고들이 부담한다는 전제 하에 원고들의 채무액을 65억 원으로 확정·정산한 것이므로, 위 65억 원에서 미지급 골조공사대금을 공제하여서는 아니된다고 주장한다.

살피건대, 을 제6, 10, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 정산합의는 피고 회사가 그 직전 원고들에게 제시한 공사투입비 내역, 취·등록세 등 제세공과금내역, 종전 대출채무금 이자 등 제반 소요비용 일체에 관한 내역을 그 전제로 하여 이루어진 것으로 보이는 점, 이 사건 정산합의서에는 이 사건 약정 및 추가약정에 따른 이 사건 호텔 및 상가 공사투입비를 65억 원으로 정산·합의한다고 기재되어 있을 뿐, 이 사건 약정 및 추가약정에 따른 피고 회사의 나머지 채무를 면제한다는 취지가 포함되어 있지는 않은 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정산합의가 공제대상액까지 전부 감안하여 원고들의 피고 회사에 대한 채무액을 최종적으로

확정한 것이라고는 보기 어려우므로, 피고들의 위 주장도 받아들이지 아니한다.

(다) 원고들은, 피고 회사가 약 1년 6개월 동안 이 사건 호텔 및 상가를 운영하면서 652,480,249원의 매출을 올려 순수익으로 위 매출액의 약 50%인 326,240,124원을 얻었으므로, 위 금액도 공제되어야 한다고 주장한다.

일반적으로 부동산을 채권담보의 목적으로 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 목적부동산에 대한 사용수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있다(대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카2555 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 거시한 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 회사가 이 사건 호텔 및 상가를 신축한 이후 이를 점유하며 운영한 것으로 보이거나, 원고들이 제출한 증거만으로는 피고 회사가 원고 주장과 같은 운영수익을 얻었다고 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 다만, 피고들이 이 사건 호텔 및 상가를 운영하여 운영수익으로 이 사건 정산합의 무렵까지 38,965,455원, 그 이후 2014. 4.경까지 8,528,186원을 각 얻은 사실은 이를 자인하고 있다. 그러나 다른 한편, 갑 가 제24호증, 을 제10, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 정산합의금은 피고 회사가 그 무렵 원고들에게 제시한 대금지급내역표를 기초로 산정된 것으로 보이는데, 위 내역표는 피고 회사가 그 동안 이 사건 호텔 및 상가를 운영하며 얻은 수익금 36,965,455원과 상가 1층의 임대차보증금 2,000,000원 합계 38,965,455원을 공제하는 것을 전제로 하고 있는 점, 이 사건 정산합의서도 2012. 10.까지의 호텔운영비와 운영수익금이 정산되었음을 전제로 2012. 11. 1. 이후 발생하는 호텔운영비와 운영수익금의 처리를 정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정산합의금은 적어도 이 사건 정산합의 이전에 발생한 운영수익금의 공제를 전제로 산정된 금액이라고 봄이 상당하므로, 원고들의 위 주장은 8,528,186원의 범위 내에서 이유 있다.

원고들은, 피고 회사가 2013. 6.경 R에게 이 사건 상가 4층을 보증금 1,000만원, 차임 월 440만 원에 임대하여 2013. 6.~7.분 차임으로 880만 원을 지급받았으므로, 위 금액 또한 공제되어야 한다고 주장한다.

보건대, 을 제15호증의 기재에 의하면, 피고 회사가 2013. 6.경 R에게 이 사건 상가 4층을 보증금

1,000만 원, 차임 월 440만 원으로 정하여 임대한 사실을 알 수 있으나, 다른 한편 앞서 거시한 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 이 사건 정산합의서에는 2012. 11. 1. 이후의 호텔운영비를 호텔운영수익에서 우선 충당하고 나머지 운영수익을 원고들의 채무액에 충당하기로 약정한 점, 피고들이 앞서 자인한 이 사건 정산합의 이후의 운영수익금 8,528,186원은 위 상가부분 임대료까지 감안한 운영수익에서 운영비용을 공제하여 산정된 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거만으로는 피고 회사가 이 사건 상가를 임대하여 2013. 6.~7.분 차임으로 880만 원 상당의 수익을 얻었다고 인정하기 어렵다.

(4) 소결론 따라서, 이 사건 약정 및 추가약정의 당사자인 피고 회사가 다른 당사자인 원고들로부터 1,944,176,887원(= 6,500,000,000원 - 4,000,000,000원 - 547,294,927원 - 8,528,186원)을 지급받은 다음, 피고 D는, 원고 A에게 별지 부동산 목록 제1, 2, 4, 5항 기재 부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 부동산 목록 제3항 기재 부동산에 관하여, 각 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 E은 원고 A에게 별지 주식 목록 제1항 기재 주식을, 피고 F은 원고 A에게 같은 목록 제2항 기재 주식을, 피고 G은 원고 C에게 같은 목록 제3항 기재 주식을 각 양도하고 각 피고 D에게 그 양도사실을 통지할 의무가 있으며, 피고 D는 주주명부상의 주주명의를 별지 주식 목록 제1, 2항 기재 주식에 관하여 원고 A로, 같은 목록 제3항 기재 주식에 관하여 원고 C로 각 변경하는 주식명의개서절차를 이행할 의무가 있다.

또한 피고 D, E, F, G이 피담보채무의 액수 등을 다투고 있어 원고들이 채무를 변제하더라도 위 부동산과 주식을 반환할지 여부가 불확실하므로 원고들이 이를 미리 청구할 필요도 인정된다.

마. 정산금 또는 손해배상 청구에 관한 판단

원고들은 이 사건 호텔, 상가 및 주식의 피고 회사에게 귀속될 것을 전제로 피고 회사에 대하여 예비적으로 정산금의 지급을 구하나, 위 담보목적물의 반환을 구하는 주위적 청구를 인용하는 이상, 원고들의 이 부분 예비적 청구는 받아들이지 아니한다.

원고들은 또, 피고들이 공동하여 이 사건 약정 및 추가약정을 체결·이행함으로써 강행법규인 가등기담보 등에 관한 법률 제4조 제4항을 위반하였다고 주장하며 피고들을 상대로 하여 손해배상금의 일부로 1,989,232,100원의 지급을 구한다.

당사자 사이에 자유로이 처분할 수 있는 법익인 재산권에 관한 계약이 체결되어 일방 당사자가 상대방에게 계약상의 의무의 이행으로서 일정한 급부를 행하고 상대방이 이를 수령한 경우, 그 계약이 상대방의 기망이나 협박 등의 위법한 행위에 의해 체결된 경우에 한하여 이를 원인으로 하여 그 급부 상당의 손해배상을 구할 수 있을 뿐이다. 이러한 법리는 그 계약이, 일정한 내용의 법률행위를 금지하면서 이에 위반한 법률행위에 대해서는 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 위반하여 무효가 되는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008다77108 판결 등 참조).

돌이켜 이 사건을 보건대, 이 사건 약정 및 추가약정에 가등기담보 등에 관한 법률 소정의 정산철자를 배제하는 듯한 내용이 포함되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위와 같은 사정만으로 이 사건 약정 및 추가약정의 체결과 그 이행이 불법행위에 해당한다고 보기는 어려우므로, 원고들의 위 주장도 받아들이지 아니한다.

3. 참가인의 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

(1) 참가인의 주장 ○ 참가인은 이 사건 위임약정, 동업약정을 통하여 원고들과 사이에 참가인이 노력과 비용을 들여 피고들로부터 이 사건 호텔 및 상가에 관한 권리를 반환받은 후 원고들과 공동으로 이 사건 호텔 및 상가를 운영하기로 하는 내용의 동업약정을 체결하고, 원고들이 이 사건 호텔 및 상가에 관한 권리를 회복할 수 있도록 민·형사상 조치를 취할 수 있는 권한을 원고들에게서 부여받았다.

○ 그 후 참가인은 이 사건 권리양도양수합의를 통하여 원고들과의 동업관계를 청산하면서 원고들로부터 이 사건 호텔, 상가 및 주식 중 7/10지분을 양도받고 제1심에서의 원고들 소송대리인이던 M 변호사를 대리인으로 하여 그 취지를 피고들에게 통지하였다.

○ 따라서 원고들은 주위적으로는, 별지 부동산목록 기재 각 부동산 중 7/10지분과 별지 주식목록 기재 주식 중 7/10에 해당하는 주식에 관한 권리가 참가인에게 있음을, 예비적으로는 원고들 주장의 금전청구채권 중 7/10에 해당하는 부분의 권리자가 참가인임을 확인할 의무가 있고, 피고들은 주위적으로는, 참가인에게 위 부동산 부분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하고 위 주식 부분을

양도하며 그에 따라 명의개서절차를 이행할 의무가, 예비적으로는 참가인에게 원고들 주장의 채권액 중 7/10에 해당하는 금원을 지급할 의무가 있다.

(2) 원고들의 주장 ○ 이 사건 위임약정, 동업약정, 권리양도양수합의는 모두 참가인이 원고들의 위임에 따라 피고들에 대한 소송을 수행할 것을 주된 목적으로 하여 체결된 것이고, 특히 이 사건 권리양도양수합의는 참가인이 원고들에게 이 사건 소송에 직접 참여할 수 있도록 해달라고 요청함에 따라 체결된 것이므로, 소송신탁에 해당한다.

○ 이 사건 위임약정, 동업약정, 권리양도양수합의는 모두 참가인이 피고 회사로부터 이 사건 호텔 및 상가를 되찾아주는 이외에 다액을 들여 원고들의 기존 미지급 골조공사대금 약 5억 원을 대위변제하는 등 이 사건 호텔 및 상가가 정상 운영될 수 있도록 해주고 원고들에게 일부 생활비까지 지급하겠다고 말하여 체결한 것인데, 참가인은 원고들의 지속적인 독촉에도 불구하고 미지급 골조공사대금 등을 변제하지 않고 있으므로, 원고들은 위 각 약정이 참가인의 강박 또는 기망에 의하여 체결된 것임을 이유로 이를 취소하거나 아니면 참가인의 이행지체를 이유로 이를 해제하거나 또는 위임계약임을 이유로 임의 해지하였다.

(3) 피고들의 주장 이 사건 위임약정, 동업약정, 권리양도양수합의는 전부 참가인이 피고들을 상대로 소송을 수행할 것을 주된 목적으로 하여 체결된 것이므로 소송신탁에 해당한다.

나. 이 사건 위임약정, 동업약정 및 권리양도양수합의의 소송신탁 여부

소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 채권양도 등이 이루어진 경우 그 채권양도가 신탁법상의 신탁에 해당하지 않는다고 하여도 신탁법 제7조가 유추적용되므로 무효라고 할 것이고, 소송행위를 하게 하는 것이 주목적인지 여부는 채권양도계약이 체결된 경위와 방식, 양도계약이 이루어진 후 제소에 이르기까지의 시간적 간격, 양도인과 양수인 간의 신분관계 등 제반 상황에 비추어 판단하여야 할 것이다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2000다4210 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계 및 갑가 제8, 11, 12, 13, 16, 29호증, 갑나 제1, 2, 3호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 위임약정, 동업약정과 이를 토대로 쌍방의 관계를 정리한 권리양도양수합의는 전부 소송행위를 주된 목적으로 하는 것으로서 신탁법 제7조가 유추적용되어 무효이고, 참가인이 일부 비용을

부담하기로 하였다는 사정만으로는 위 인정을 뒤집기 어렵다.

○ 참가인은 원고들과 사이에 이 사건 위임약정, 동업약정 및 권리양도양수합의를 체결하기 이전에는 이 사건 소송의 법률관계와 아무런 관계가 없었는데, 지인을 통하여 피고 회사와의 분쟁해결을 모색하던 원고들을 만나 위 분쟁해결에 관한 법적, 사실적 권한 일체를 위임받는 과정에서 위와 같은 약정들을 체결하였다.

○ 참가인은 이 사건 위임약정 체결 직후인 2012. 10. 16. 원고들로부터 고소장 제출, 고소 취소 뿐만 아니라 고소인 진술에 관한 일체의 권한까지 위임받아 원고들 명의로 피고들을 공갈, 업무방해 등으로 고소하였다.

○ 참가인은 이 사건 동업약정이 체결된 직후인 2012. 12. 10. 원고들을 대신하여 직접 소송대리인을 선임하여 원고들 명의로 이 사건 소송을 제기하였고, 이 사건 권리양도양수합의서가 작성된 직후인 2013. 3. 26.에는 직접 승계참가신청을 하였다.

○ 참가인은 이 사건 권리양도양수합의가 이 사건 동업약정을 청산하면서 체결된 것이라고 주장하는데, 그 작성 직전인 2013. 3. 6.경 원고들을 만나 참가인이 이 사건 소송에 원고로서 직접 참여할 수 있도록 해달라고 요구하여, 그 무렵 원고들로부터 이 사건 권리양도양수합의서를 작성받은 뒤 이를 참가신청 원인으로 하여 이 사건 소송에 승계참가를 신청하였다.

○ 무엇보다 이 사건 위임약정서, 동업약정서 및 권리양도양수합의서에는 문언상으로도 참가인이 원고들과 피고들 사이의 분쟁해결을 위하여 소송행위를 하는 것을 주된 목적으로 하여 이를 체결하였음이 분명하게 나타난다(이 사건 위임약정서에는 'H 관계자들이 D 주식을 부당하게 취득한 것에 대해 위임인이 할 수 있는 민, 형사적 문제제기 등 모든 법적, 사실적 권한 일체를 위임한다. 수임인의 요구가 있을 시 관련자료를 수임인에게 제공하고 법적 조치를 위한 서류작성 및 날인 시 이에 응한다'라고 기재되어 있고, 이 사건 동업약정서에는 '참가인은 D 사업을 위해 피고들을 상대로 하는 모든 소송의 소송대리인 선임권한, 수임료약정, 송무업무보조권한 및 협의 조정 등 법적, 사실적 모든 행위를 대리하여 행사할 수 있고, 이를 위해 원고들의 인장을 제작, 사용할 수 있다'고 기재되어 있으며, 이 사건 권리양도양수합의서에는 '원고들은 이 사건 소송에 관한 모든 권리의 70% 지분을 참가인에게 양도한다. 원고들은 참가인의 소송참가에 동의하고 변호사 M을 공동대리인으로

선임하는 것에 동의한다' 라고 기재되어 있다).

○ 한편 참가인은 이 사건 소송이 당심에 계속 중이던 2015. 1.경 원고들의 대리인인 L와 사이에 '참가인이 원고들로부터 일정한 금원을 지급받고 이 사건 호텔, 상가 및 주식에 관하여 발생한 소송 및 모든 분쟁과 관련하여 어떠한 이의 또는 소송도 제기하지 않을 것을 확인한다'는 등의 내용으로 합의한 것으로 보인다.

따라서 이 사건 권리양도양수합의에 터잡은 참가인의 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다5)

4. 결론

그렇다면, 원고들의 피고 D, E, F, G에 대한 본소 중 주위적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 피고 D, E, F, G에 대한 나머지 주위적 청구와 피고들에 대한 예비적 청구는 모두 이유 없어 기각하며, 참가인의 청구는 각 이유 없어 기각할 것인바, 이와 결론이 일부 다른 제1심 판결의 본소에 관한 부분은 부당하나, 동시이행판결에 있어서는 원고들이 그 반대급부를 제공하지 아니하고는 판결에 따른 집행을 할 수 없어 비록 피고들의 반대급부이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하더라도 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우에는 불이익변경금지 원칙에 반하게 되는데(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다8197, 8203 판결 등 참조), 원고들과 피고들이 각 항소장에서 모두 '원고들로부터 반대급부를 이행받을 사람을 피고들 전부'로 특정하고 또 '반대급부의 이행이 동시이행관계에 있음'을 전제로 불복하고 있는 이상, 피고들의 본소에 관한 항소를 그들의 불복범위 내에서 일부 받아들여 제1심 판결 중 본소에 관한 부분을 위와 같이 변경하고, 원고들의 항소와 참가인의 항소를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사최수환

판사김호석

판사서영기

별지

1) 참가인은 당초 원고들로부터 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구채권 및 그와 관련된 권리 중

70/100 지분을 포괄적으로 양도받았다고 주장하며 승계참가신청을 하였으나, 원고들이 양도사실을 다투자, 원고들에 대하여도 참가인의 권리 확인을 구하는 것으로 참가신청취지를 변경하였으므로, 이로써 위 승계참가신청을 독립당사자참가신청으로 변경한 것으로 볼 것이다.

2) 이 사건에서 원고들이 피고들 또는 참가인과 사이에 체결한 각 약정들 중 일부는 원고들 중 일부 및 원고 A의 남편이자 원고 C의 아들인 L 명의로 이루어졌으나 그 효과가 원고들에게 귀속된다는 점에는 다툼이 없으므로 이하에서는 구체적인 행위자에 관계없이 '원고들'로 통칭하기로 한다. 또 일부에는 피고 D가 당사자로 표시되어 있으나 피고 D는 거래의 객체이기도 하므로 실질적 당사자에서 제외한다.

3) 원고들은 본소로서 주위적으로는 피고 D, E, F, G를 상대로 이 사건 호텔, 상가 및 주식의 반환을 구하고, 예비적으로는 피고 회사를 상대로 정산금을 구하거나 피고들 전원을 상대로 손해배상을 구하고 있다. 이와 같이 피고 회사와 피고 I는 형식적으로는 예비적 피고처럼 보이나 일부 청구원인(손해배상)이 주위적 청구와 양립가능한 관계에 있으므로 주위적 청구의 인용 여부와 관계없이 예비적 청구에 관하여도 판단하기로 한다.

4) 피고들 주장의 변제내역(을 제10, 11호증 중 미지급금 지급란)에는 피고 회사의 공사로 인하여 발생한 부분이 포함되어 있을 가능성이 있으므로(피고들은 T에게 원고들의 미지급 기성금으로 5,140만 원을 지급하였다고 주장하나, 을 제11호증에는 위 금원이 피고 회사 자신의 공사대금으로 지급된 것으로 기재되어 있다), 원고들이 자인하거나 이 사건 약정 직후 피고 회사에 제시된 미지급내역(갑가 제15호증)의 한도 내에서만 인정한다(원고들의 자인금액인 528,081,490원 이외에 U 528,000원, V 330,000원 합계 858,000원을 추가 인정하기로 한다).

5) 참가인은 당초 소송신탁의 취지대로 이 사건 소송을 제기하고 또 승계참가신청을 하였으나, 이후 원고들이 별도로 소송대리인을 선임하여 그 동안의 소송행위를 추인하며 참가인의 승계원인사실을 부인하자, 참가신청취지를 독립당사자참가신청으로 변경하였으므로, 위와 같은 소송신탁을 이 사건 승계참가신청의 권한 내지 적격의 문제로 볼 실익이 없어졌다.