

서울고등법원 2018. 1. 11 선고 2017나2017625 판결 [대위에 기한 소유권이전등기 청구]

재판경과

서울고등법원 2018. 1. 11 선고 2017나2017625 판결

서울중앙지방법원 2017. 2. 7 선고 2016가합528958 판결

전문

원고, 항소인 서울특별시

소송대리인 법무법인 엘케이비앤파트너스

담당변호사 김준철, 이창헌

피고, 피항소인 주식회사 A

소송대리인 법무법인 충정

담당변호사 곽정민, 안선영

변론 종결 2017. 12. 7.

판결 선고 2018. 1. 11.

제1심판결 서울중앙지방법원 2017. 2. 7. 선고 2016가합528958 판결

주문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

원고의 주위적 및 제1, 2 예비적 청구를 모두 기각한다.

2. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 제1심 판결을 취소한다.

2. 주위적으로,

피고는 소외 J, I, K, O, N, L, P, M, E, G, Q, H, R, F에게 별지 2 '부동산 및 말소대상 등기 표' 중 목적 부동산란 기재 각 토지에 관하여, 같은 표 중 해당 토지에 관한 말소대상 등기란 기재 각 등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

3. 제1 예비적으로,

피고는 소외 주식회사 B에게 별지 1 '부동산 목록' 기재 제1, 2, 3 토지 및 같은 목록 기재 제4 토지 중 44,226/47,190 지분에 관하여 별지3 '신탁계약 표'의 신탁계약 체결일란 기재 각 체결일자 신탁특약을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

4. 제2 예비적으로,

피고는 소외 J, I, K, O, N, L, P, M, E, G, Q, H, R, F에게 별지 2 '부동산 및 말소대상 등기 표' 중 목적 부동산란 기재 각 토지에 관한 같은 표 중 해당 토지에 대한 말소대상 등기란 기재 각 등기에 대하여, 이 사건 소장부분 송달일자 신탁계약해지를 원인으로 한 말소등기절차를 이행하라.

(원고는 당심에 이르러 청구취지를 변경하였다)

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래와 같이 고쳐 쓰는 것을 제외하고는 제1심 판결의 이유 중 '1.기초사실' 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심 판결 중 제3쪽 제14행의 '별지 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라 한다)'를 '별지 1 부동산 목록 기재 제1, 2, 3 토지 및 같은 목록 제4 토지 중 44,226/47,190 지분(이하 '이 사건 각 토지'라 한다)'로 고쳐 쓴다.

2. 원고의 주장

가. 주위적 주장

J, I, K, O, N, L, P, M, E, G, Q, H, R, F(이하 '이 사건 토지 소유자'라 한다)와 피고 사이의 이 사건 각 토지에 관한 부동산처분신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)의 특약사항 제2조 등에 의하면, 토지거래허가구역 내 위 각 토지를 매수한 수익자인 B가 토지거래허가를 받지 아니한 채 그 수익자 지위를 양도하는 등 사실상 소유권자 지위를 갖게 된다. 이러한 내용이 포함된 이 사건 신탁계약은 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2016. 1. 19. 법률 제13797호로 개정되기 전의 것, 현재는 부동산 거래신고 등에 관한 법률에서 규율함, 이하 '구 국토계획법'이라 한다) 소정의 토지거래허가제도를 잠탈하는 것으로 신탁법 제5조 제2항, 제7조에 따라 무효인 계약이다.

따라서 피고는, B에 대한 조세채권을 보전하기 위하여 무자력인 B와 이 사건 토지 소유자를 대위한 원고에게, 무효인 이 사건 신탁계약에 따라 마쳐져 원인무효의 등기인 이 사건 각 토지에 관한 별지 2'부동산 및 말소대상 등기 표' 중 말소대상 등기란 기재와 같은 피고 명의 신탁등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 제1 예비적 주장

설령 이 사건 신탁계약이 무효인 계약이 아니라고 하더라도, 위 신탁계약 특약사항 중 신탁부동산 처분시 질권자의 동의를 받도록 한 부분(신탁계약 특약사항 제4조)은 토지거래허가구역 내 이 사건 각 토지를 매수한 수익자인 B로 하여금 토지거래허가를 받지 아니한 채 위 각 토지의 담보가치를 활용할 수 있도록 하고, 질권자가 자신의 채권을 확보할 수 있도록 하는 수단으로 활용되는 것이다. 위 신탁부동산 처분시 질권자의 동의를 받도록 한 부분은 구 국토계획법 소정의 토지거래허가제도를 잠탈하는 것으로 신탁법 제5조 제2항, 제7조에 따라 무효이다.

한편 원고는 B에 대한 조세채권을 보전하기 위하여 무자력인 B를 대위하여, 피고에게 이 사건 신탁계약을 해지한다는 내용의 의사를 표시하였다.

따라서 피고는, B에게 이 사건 신탁계약 특약사항 제4조 제1항(질권자 동의 부분은 무효)에 따라 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

다. 제2 예비적 주장

이 사건 신탁계약 특약사항 제7조 제1항에 따라 수익자인 B는 위 신탁계약을 해지할 수 있다. 원고는 B에 대한 조세채권을 보전하기 위하여 무자력인 B를 대위하여, 피고에게 이 사건 신탁계약을

해지한다는 내용의 의사를 표시하였다. 설령 신탁계약 특약사항 제4조에 따라 수익자가 신탁부동산에 대하여 해지권을 행사할 경우 질권자의 동의가 필요하다고 하더라도, 그 부분은 구 국토계획법 소정의 토지거래허가제도를 잠탈하는 것으로 신탁법 제5조 제2항, 제7조에 따라 무효이다.

따라서 피고는, B에 대한 조세채권을 보전하기 위하여 무자력인 B와 이 사건 토지 소유자를 대위한 원고에게, 위 신탁계약 해지에 따라 이 사건 각 토지에 관한 별지 2 '부동산 및 말소대상 등기 표' 중 말소대상 등기란 기재와 같은 피고 명의 신탁등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 판단

가. 주위적 주장에 대하여

1) 구 국토계획법 제118조 제1항에 의하면, 토지거래허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다.

2) 위 기초사실 등에서 살펴본 바와 같이 ① 부동산 매매계약과는 달리 이 사건 신탁계약은 신탁법에 따른 부동산처분신탁계약으로 대가가 수반되는 계약이라고 볼 수 없으므로 구 국토계획법 규정에 따른 토지거래허가를 받을 필요가 없는 점(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다57466 판결 참조), ② B는 2016. 5. 9. 서울중앙지방법검찰청으로부터 부동산등기특별조치법위반, 지방세기본법위반 등에 대하여 혐의없음(증거불충분) 처분을 받은 점(을 6호증), ③ 이 사건 신탁계약을 체결함에 있어 토지거래허가를 받을 필요가 없고, 헌법상 권리인 계약자유의 원칙에 따라 계약당사자는 어떠한 방식으로 계약을 체결할지 여부를 자신의 의사에 따라 결정할 수 있으므로, 단순히 위 신탁계약상의 수익자 지위가 이전될 수 있다는 이유만으로 이 사건 신탁계약을 토지거래허가를 배제하거나 잠탈하는 내용으로 체결된 계약이라고 볼 수 없는 점(토지거래허가를 배제하거나 잠탈하는 행위에는 토지거래허가가 필요한 계약을 허가가 필요하지 않은 것에 해당하도록 계약서를 허위로 작성하는 행위, 정상적으로는 토지거래허가를 받을 수 없는 계약을 허가를 받을 수 있도록 계약서를 허위로 작성하는 행위 등을 의미한다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2011도614 판결 등 참조)), ④ 수익자의

일반채권자는 공시된 신탁원부에 표시된 수익자의 수익권에 대하여 가압류, 압류 등을 통하여 자신의 채권을 보전받을 수 있는 점 등에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 신탁계약이 구 국토계획법 소정의 토지거래허가제도를 잠탈하는 것으로 신탁법 제5조 제2항, 제7조에 따라 무효라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 부족하다. 따라서 원고의 위 주위적 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 제1 예비적 주장에 대하여

1) 민법 제352조에 의하면, 질권설정자는 질권자의 동의없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다. 이는 채권질권은 그 목적인 채권의 교환가치에 대한 배타적 지배를 목적으로 하는 권리이므로 채권이 입질되면 그 반사적 효과로 입질채권의 채무자(질권설정자)로 하여금 그 교환가치에 대한 배타적 지배권능을 침해하지 않도록 함으로써 채권질권자를 보호하는 규정이다.

2) 위 기초사실 및 갑 5호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 신탁계약 특약사항 중 '신탁부동산 처분시 질권자의 동의를 받도록 한 부분'이 무효라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 부족하다. 따라서 원고의 위 제1 예비적 주장은 더 나아가 살펴볼 필요없이 이유 없다.

① 이 사건 신탁계약 특약사항 제4조 제1항은 '수익권증서의 질권자의 동의를 얻은 수익자의 요청에 의하여 수탁자는 신탁부동산의 소유권을 신탁해지에 의해 수익자에게 이전하거나 또는 질권자가 지정하는 자에게 이전하고, 이에 대하여 위탁자는 일체의 이익을 제기하지 아니한다'라고 되어 있다. 그런데 위 부분은 신탁부동산 처분에 따라 소멸되는 수익권에 대하여 채권질권을 설정한 질권자를 보호하기 위한 규정으로 위 민법 제352조와 그 취지가 동일하다.

② 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 신탁계약 자체를 구 국토계획법 소정의 토지거래허가제도를 잠탈하는 계약이라고 볼 수 없다. 그럼에도 민법 제352조의 취지와 동일한 '이 사건 신탁계약 특약사항 중 신탁부동산 처분시 질권자의 동의를 받도록 한 부분'만이 위 신탁계약과 별도로 구 국토계획법 소정의 토지거래허가를 잠탈한다고 볼 만한 근거가 없다.

3) 설령 원고가 주장하는 바와 같이 이 사건 신탁계약 특약사항 중 신탁부동산 처분시 질권자의

동의를 받도록 한 부분만이 무효라고 하더라도 다음과 같은 이유로 원고의 위 제1 예비적 주장은 이유 없다.

가) 민법 제137조는 임의규정으로서 법률행위 자치의 원칙이 지배하는 영역에서 그 적용이 있다. 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단함에 있어서는 민법 제137조 본문에서 정한 바에 따라서 원칙적으로 법률행위의 전부가 무효가 된다. 그러나 같은 조 단서는 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 그 무효의 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에는, 그 무효 부분을 제외한 나머지 부분이 여전히 효력을 가진다고 정한다. 이때 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것으로서, 당해 효력규정을 둔 입법 취지 등을 고려할 때 법률행위 전부가 무효로 된다면 그 입법 취지에 반하는 결과가 되는 등의 경우에는 여기서 당사자의 가정적 의사는 다른 특별한 사정이 없는 한 무효의 부분이 없더라도 그 법률행위를 하였을 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 4. 26. 선고 판결 등 참조).

나) 원고는 이 사건 신탁계약 특약사항 제4조 중 신탁부동산 처분시 질권자의 동의를 받도록 한 부분만이 무효이고, 그 나머지 부분은 민법 제137조 단서에 따라 유효하다는 이유로 위 특약사항 제4조에 따라 피고에게 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행을 구하고 있다. 그런데 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 신탁계약 당사자의 가정적 의사가 위 무효부분이 없었다고 하더라도 이 사건 신탁계약 또는 특약사항을 체결하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 부족하다.

다. 제2 예비적 주장에 대하여

위 기초사실 및 갑 5호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 B를 대위한 원고가 이 사건 신탁계약 특약사항 제7조 제1항에 따라 위 신탁계약을 적법하게 해지하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 뒷받침할 만한 증거가 없다.

① 이 사건 신탁계약의 해지 또는 해제 사유를 보면, (가) 원칙적으로 신탁기간 중에는 중도해지를 할 수

없으나, 예외적으로 신탁부동산의 처분이 불가능하거나 곤란한 경우, 위탁자(또는 수익자)가 계약에서 정한 책임과 의무를 이행하지 않아 수탁자가 계약을 계속 존속시키기 어렵다고 판단한 경우, 위탁자(또는 수익자)가 당해 신탁재산에 대하여 소유권분쟁, 제3자의 저당권실행, 임대차에 기인한 경매실행 등 부득이한 사정으로 계약 해지청구를 한 경우에는 수탁자가 신탁계약을 해지할 수 있고(신탁계약 제17조), (나) 위탁자(또는 수익자) 기타 신탁관계인의 행위능력 등으로 계약의 무효 또는 취소가 불가피한 경우, 위탁자의 신탁목적이 사해행위이거나 제3자의 채무관계 면탈 또는 소송목적으로 판명된 경우에는 수탁자가 신탁계약을 해제할 수 있으며(신탁계약 제19조), (다) 수익자는 도시개발사업진행과 관련하여 신탁부동산의 일부분에 대하여 신탁해지를 통하여 위탁자에게 소유권이전 및 재신탁을 요청할 수 있고(신탁계약 특약사항 제7조 제1항), (라) 신탁계약의 목적달성이 불가능하여 신탁계약을 해지할 경우 위탁자, 수탁자, 매수자, 질권자는 협의하여 신탁을 해지할 수 있으며(신탁계약 특약사항 제7조 제3항), (마) 수탁자는 신탁전의 원인으로 신탁 관련 소송이 제기되는 경우 신탁계약을 해지할 수 있다(신탁계약 제7조 제4항)고 되어 있다.

② 원고는 B를 대위하여 이 사건 신탁계약 특약사항 제7조 제1항에 따라 이 사건 신탁계약을 해지하였다고만 주장하고 있을 뿐이다. 그런데 위 특약사항 제7조 제1항에 따라 수익자가 위 신탁계약을 해지하기 위하여는 도시개발사업진행과 관련하여 신탁부동산의 일부분에 대하여 신탁해지를 통하여 위탁자에게 소유권이전 및 재신탁을 요청하는 경우에 해당하여야 할 것인데, 이러한 부분에 대하여 아무런 주장·입증을 하지 않고 있다(또한 이 사건 신탁계약의 나머지 해지 또는 해제 사유에 대하여도 아무런 주장·입증을 하지 아니하고 있다).

③ 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 신탁계약 특약사항 중 '신탁부동산 처분시 질권자의 동의를 받도록 한 부분'이 무효라고 보기 어렵다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 주위적 및 제1, 2 예비적 청구는 각 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하나, 원고의 청구취지 변경에 따라 제1심 판결을 주문과 같이 변경한다.

재판장판사한규현

판사김용하

판사이상호

별지