

수원고등법원 2021. 11. 26 선고 2020나17692 판결 [원인무효에 인한 소유권이전등기말소 청구]

재판경과

수원고등법원 2021. 11. 26 선고 2020나17692 판결

수원지방법원 2020. 7. 15 선고 2019가합20255 판결

전문

원고, 항소인 1. A 주식회사

2. B

3. C

원고들 소송대리인 법무법인 엘케이비앤파트너스

담당변호사 홍이표, 김종복, 최지영, 송은주

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 클라스

담당변호사 유영현

피고, 피항소인 주식회사 D(변경 전 상호: 주식회사 E)

소송대리인 법무법인(유한) 로고스

담당변호사 권형필, 홍원석, 안상은

피고보조참가인 주식회사 F

소송대리인 법무법인 민주

담당변호사 문병규

변론 종결 2021. 10. 8.

판결 선고 2021. 11. 26.

제1심판결 수원지방법원 2020. 7. 15. 선고 2019가합20255 판결

주 문

1. 제1심판결 중 원고 B, C에 대한 부분을 취소하고, 원고 B, C의 이 사건 소를 모두 각하한다.
2. 원고 A 주식회사의 항소를 기각한다.
3. 원고 B, C과 피고 사이에 생긴 소송 총비용(보조참가로 인한 비용 포함)은 원고 B, C이 부담하고, 원고 A 주식회사의 피고에 대한 항소비용(보조참가로 인한 비용 포함)은 원고 A 주식회사가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고들에게 별지 1. 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2018. 4. 18. 접수 제63476호로 마쳐진 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 제1심판결 이유의 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

2. 원고들의 주장

가. 원고들의 G에 대한 권리

- 1) 원고 B, C은 이 사건 각 분양계약을 해제하였으므로 G에 대하여 분양대금 반환청구권을 가진다.
- 2) 집합건물의 매매 시 그 대지권도 수반하여 처분되는 것과 마찬가지로 이 사건 건물을 매매할 때에는 그 대지지분도 함께 매매되는 것이고, 이 사건 사업에서 분양계약의 내용은 수분양자가 이

사건 건물을 분양받는 것이 아니라 이 사건 토지의 지분을 분양받아 이 사건 건물의 건축주가 되는 것이므로, 원고 회사와 G 사이에 G이 신축하여 원고 B에게 명의신탁한 이 사건 건물과 이 사건 토지 중 이 사건 건물의 부지에 해당하는 지분도 함께 매수하는 계약이 체결되었다. 따라서 원고 회사는 G에 대하여 이 사건 토지 중 위 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 가진다.

나. G의 피고보조참가인에 대한 권리

피고보조참가인은 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제5항, 이 사건 사무계약 제6조 제2항을 위반하여 이 사건 각 분양계약의 해제 및 환불이 완료되지 않은 상태에서 이 사건 공매절차를 진행하였다. 이는 수분양자인 원고들에 대한 배임행위에 해당하는데, 여기에 피고가 적극가담 하였다면 이 사건 신탁계약의 목적 달성이 불가능하게 되었거나 신탁사무가 현저하게 곤란하게 할 정도에 이른 것이므로, G은 피고보조참가인을 상대로 신탁계약을 해지할 수 있고, G은 신탁계약이 해지되면 피고보조참가인에 대하여 이 사건 사업부지에 관한 소유권이전등기청구권을 갖게 된다.

다. 피고보조참가인의 피고에 대한 권리

- 1) 피고보조참가인은 이 사건 신탁계약, 이 사건 사무계약에 따라 G 및 수분양자들을 위하여 선량한 관리자의 주의로 이 사건 사업부지를 관리하여야 함에도 위와 같이 이 사건 각 분양계약의 해제 및 환불 없이 이 사건 공매절차를 진행하였고, 이는 G 및 수분양자들에 대한 배임행위에 해당하며, 피고는 피고보조참가인의 위 배임행위에 적극 가담하여 이 사건 공매절차에서 이 사건 토지를 낙찰 받았다. 따라서 이 사건 공매절차는 민법 제103조를 위반한 반사회적 법률행위로서 무효이다.
- 2) 설령 피고가 이 사건 공매절차 진행에 적극가담 하지 않았다고 하더라도, 이 사건 사업부지의 공매절차는 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제5항을 위반하였을 뿐만 아니라 이 사건 신탁계약의 목적 범위를 넘는 행위이므로 당연히 무효이다.
- 3) 또한 피고보조참가인은 이 사건 사업부지의 수탁자로 신탁의 목적범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담하고 있는데 이 사건 사업부지를 위와 같이 처분한 것은 무권리자의 처분행위에 해당하므로 이 사건 공매절차는 무효이다.
- 4) 따라서 피고 명의의 이 사건 소유권이전등기는 원인무효이므로, 피고보조참가인은 피고에 대하여 이 사건 사업부지에 관한 소유권말소등기청구권을 갖고 있다.

라. 채권자대위권의 행사

원고들은 위 피보전채권을 보전하고자 무자력1)인 G을 대위하여 피고보조참가인에 대한 이 사건 신탁계약에 대한 위 해지권을 행사하고, 그에 따른 소유권이전등기청구권도 대위한다. 또한 원고들은 G, 피고보조참가인을 순차로 대위하여 피고보조참가인의 피고에 대한 이 사건 사업부지에 관한 소유권말소등기청구권도 대위한다. 따라서 피고는 원고들에게 이 사건 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다.

3. 소의 적법 여부에 관한 판단

가. 원고 회사의 소

1) 피고 및 피고보조참가인은 원고 회사가 G과 이 사건 토지 중 이 사건 건물의 부지에 해당하는 지분을 매수하는 계약을 체결하였다고 볼 수 없으므로, 원고 회사의 소는 채권자대위권의 당사자적격이 없어 부적법하다고 항변한다.

2) 살피건대, 갑 제1, 34호증의 각 기재에 의하면, G이 신축한 이 사건 건물에 관하여 2014. 8. 8. 원고 B 앞으로 소유권보존등기가 마쳐진 사실, 원고 회사가 2016. 6. 15. 원고 B으로부터 이 사건 건물을 매수하는 내용의 계약서가 작성된 사실, 원고 회사 명의의 소유권이전등기가 2016. 6. 16. 마쳐진 사실은 인정된다.

그러나 갑 제2, 3, 34호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 건물은 대지권과 전유부분이 일체로 거래되는 구분건물로 구성된 집합건물이 아니라, 1동의 건물이 단일한 소유권의 객체가 되는 단독주택인 점, ② G은 이 사건 사업부지를 매수하여 피고보조참가인에게 수탁한 후 이 사건 건물이 완공되기 전에 이 사건 각 분양계약을 체결하였으나, 원고 회사는 이 사건 건물이 완공되어 소유권보존등기가 마쳐진 후 이 사건 건물을 매수하는 계약을 체결하였으므로 분양계약과 동일한 내용으로 이 사건 건물을 매수하는 계약을 체결할 필요가 없었던 점, ③ 이 사건 각 분양계약에서 별지 2. 목록 제3항 기재 건물 및 그 대지의 분양대금은 7억 4,500만 원이고, 별지 2. 목록 제2항 기재 건물 및 그 대지의 분양대금은 7억 3,500만 원인데, 원고 회사는 G로부터 이 사건 건물 11개동 전부를 11억원에 매수한 점 등에 비추어 볼 때, 위 인정사실만으로는 원고 회사가 G과 이 사건 토지 중 이 사건 건물의 부지에 해당하는 지분을 매수하는 계약을 체결하였다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 결국 피보전채권에

해당하는 원고 회사의 G에 대한 소유권이전등기청구권을 인정할 수 없으므로, 원고 회사의 소는 채권자대위권의 당사자적격이 없어 부적법하다.

나. 원고 B, C의 소

1) 보전의 필요성에 관한 항변 가) 피고는 피보전채권이 금전채권인 경우 피대위자 전원의 무자력을 요건으로 하는데, 피고보조참가인은 무자력이 아니므로 원고 B, C의 소는 채권자대위권을 행사할 보전의 필요성이 없어 부적법하다고 항변한다.

나) 채권자가 복수의 중간채무자들을 순차로 대위하여 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 경우 채권자 뿐만 아니라 순차로 대위되는 중간채무자들의 대위 부분도 모두 채권자대위소송의 소송요건을 갖추어야 소가 적법하다고 할 것이다. 그런데 채권자가 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리를 대위하여 행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않으므로(대법원 1992. 10. 27. 선고 91다483 판결 등 참조), 중간 채무자들의 채권이 특정채권인 경우에는 그 특정채권의 채무자인 피대위자의 무자력은 요건으로 하지 않는다고 할 것이다. 따라서 원고 B, C이 G에 대한 분양대금반환청구권을 보전하기 위하여 G의 이 사건 신탁계약 해지로 인한 소유권이전등기청구권과 피고보조참가인의 소유권이전등기 말소등기청구권을 순차 대위하는 이 사건 소는 G의 무자력은 요건으로 한다고 할 것이나, 피고보조참가인의 무자력은 요건으로 한다고 할 수 없다. 원고 B, C과 피고 사이에, G이 무자력인 사실에 관하여 다툼이 없으므로 피고의 이 부분 항변은 이유 없다.

2) 채무자의 권리불행사에 관한 항변 가) 피고는, 채무자 G이 2020. 6. 8. 피고를 상대로 제기한 수원지방법원 2020가합20381 사건에서 이 사건 공매절차의 무효를 원인으로 소유권이전등기 말소청구권을 주장함으로써 이미 스스로 권리를 행사하고 있으므로 원고는 채권자대위권을 행사할 당사자적격이 없다는 취지로 항변한다.

나) 채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이기 때문에, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다65839 판결 등 참조).

살피건대, 을가 제4호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, G이 2020. 6. 8. 피고를 상대로 제기한 수원지방법원 2020가합20381 사건에서 '수원지방법원 2020가합20381 사건이 이 사건과 청구원인의 기초사실 및 실질적 쟁점이 동일하므로 양 사건을 병합하여 심리하여 주시기 바란다'는 내용이 기재된 변론병합신청서가 2020. 6. 10. 위 법원에 제출된 사실은 인정할 수 있으나, 이 사건 소제기일이 2019. 7. 4.임은 기록상 명백하다. 따라서 채무자 G이 위 수원지방법원 2020가합20381 사건에서, 원고가 G을 대위하여 행사하는 권리와 동일한 권리를 행사하였다고 하더라도 원고가 대위권을 행사할 당시에 이미 G이 그 권리를 행사하였다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 항변은 이유 없다.

3) 피보전채권의 존부에 관한 직권 판단 가) 관련법리

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 없다(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다14339 판결 등 참조). 또한 채권자가 복수의 중간채무자들을 순차 대위하는 채권자대위소송의 경우 소송물은 최종 피대위자의 제3채무자에 대한 권리고, 최종 피대위자를 제외한 나머지 중간채무자들의 권리는 적법요건이라 할 것이다.

나) 원고 B, C의 G에 대한 권리

원고 B, C은 2019. 4. 5.경 G에게 이 사건 사업의 중단에 따라 이 사건 각 분양계약을 해제한다고 통보하였고, G도 2019. 4. 10.경 위 원고들에게 위 해제 통보를 수용한다는 의사를 통보한 사실은 기초사실에서 인정한 바와 같으므로, 이 사건 각 분양계약은 그 무렵 위 원고들과 G의 합의로 각 해제되었다고 인정되고, 이에 따라 원고 B, C은 G에 대하여 이미 지급한 계약금 상당에 대한 반환청구권을 갖는다.

다) G의 피고보조참가인에 대한 권리

(1) 이 사건 공매절차 규정 위반 여부

(가) 앞서 본 인정사실 및 갑 제3, 4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이 사건 신탁계약의 특약사항 제14조 제1항에서 "G은 우선수익자에 대한 채무를 변제하기 위하여

피고보조참가인 및 우선수익자의 동의를 얻어 신탁부동산 일부 또는 전부를 분양 등의 방법을 통해 수시로 처분할 수 있다", 제14조 제5항에서 "환가사유 발생 시 본조 제1항의 매수자가 존재하는 신탁부동산은 매매계약이 해제되고 정산이 완료된 후 환가할 수 있다"고 규정하고 있는 사실, 이와 관련하여 이 사건 사무계약 제6조 제2항은 "은행들은 담보신탁계약의 공동 1순위 우선수익자로서 분양대상부동산 중 향후 기분양분에 대하여 공매요청을 하는 경우에는 분양계약이 해제되어 환불이 완료된 경우 또는 수분양자의 동의가 있는 경우에만 공매요청을 하기로 한다"고 은행들의 공매요청 절차에 관하여 보다 구체적으로 규정하고 있는 사실, G은 이 사건 각 분양계약 제4조 제1항 각호2) 사유가 있는 경우 수분양자들에게 이행을 최고한 후 해제할 수 있다고 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 이에 의하면, 피고보조참가인은 공매절차에 동의하지 않은 수분양자들에 대하여는 이 사건 각 분양계약 제4조에 따라 분양계약이 해제된 후 분양대금의 환불절차를 완료하여야 공매를 진행할 수 있다고 해석된다.

그런데 은행들의 파산관재인 예금보험공사는 총 41세대의 수분양자 중 21세대의 수분양자들에 대하여 공매동의서를 받았을 뿐 원고 B, C을 비롯한 나머지 20세대의 수분양자들에 대하여는 공매동의서를 받지 못한 사실, 예금보험공사가 위 원고들을 비롯하여 공매동의서를 받지 못한 20세대의 수분양자 중 계약금만 납입한 19세대의 수분양자들에 대하여 이행을 최고하지 않은 채 분양계약 해제를 통지한 사실, 위 수분양자들이 아무런 대응을 하지 아니하자, 피고보조참가인은 위 수분양자들에 대한 계약금의 2배 상당의 금액을 유보한 채 공매절차를 진행한 사실은 앞서 본 바와 같고, 여기에 설령 계약금만 납입한 수분양자의 경우 민법 제565조 제1항의 해약금 규정에 따라 분양계약이 해제될 수 있더라도 피고보조참가인이 실제로 이를 수분양자들에게 현실적으로 제공하지 아니한 이상 계약금 배액 상당을 유보금으로 보유하고 있다는 사정만으로는 민법 제565조 제1항에 따라 적법하게 해제되었다고도 볼 수 없는 점까지 보태어 보면, 피고보조참가인은 이 사건 각 분양계약의 해제 및 환불이 완료되지 않은 상태에서 이 사건 공매절차를 진행하여 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제5항을 위반하였다(위 원고들은 피고보조참가인의 이 사건 사무계약 제6조 제2항 위반도 주장하나, 위 규정은 이 사건 신탁계약과 당사자가 다른 이 사건 사무계약3) 상 규정인 데다 피고보조참가인이 아닌 은행들이 그 이행의무자로 되어 있으므로, 이 부분 주장은 이유 없다).

(나) 피고보조참가인은, 이 사건 신탁계약의 당사자들 사이에서 공매대금으로 분양대금을 환불해주는 것을 전제로 이 사건 공매절차를 진행하기로 하는 별도의 묵시적 합의가 있었고, 가사 묵시적 합의를 인정할 수 없다고 하여도, G이 이 사건 공매절차 후 공매대금으로 분양대금을 환불해 달라고 요청하여 이 사건 공매절차를 추진하였다고 주장한다.

살피건대, 다툼 없는 사실, 을나 제5, 6, 9, 10호증의 각 기재에 의하면, G이 2012. 10. 29., 2012. 11. 8., 2012. 11. 16. 각 우선수익자에게 이 사건 사업부지를 공매하여 수분양자의 분양대금이 환불될 수 있도록 해달라고 요청하는 공문을 보낸 사실, G이 예금보험공사를 상대로 서울중앙지방법원 2018가합28211호로 제기한 손해배상청구 소송에서 '예금보험공사가 이 사건 공매절차를 신속하게 진행하지 않은 것이 불법행위이다'라는 주장을 한 사실, 피고보조참가인이 2017. 10. 19. 예금보험공사에 이 사건 사업부지 공매대금으로 수분양자들이 납입한 분양대금을 환불하거나 유보하겠다는 내용의 신탁부동산 환가처분대금 정산방안을 수립하여 예금보험공사에 동의 여부를 물었고, 예금보험공사가 2017. 10. 20. 이에 동의한 사실, G이 2019. 2. 18. 이 사건 공매절차의 매각대금으로 수분양자의 분양대금을 환불하여 줄 것을 요청한 사실은 인정된다. 그러나 갑 제8, 10, 16, 17, 38, 39호증, 을가 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 사정, 즉 ① G이 2012년경 우선수익자들에게 이 사건 사업부지의 매각을 요청하였으나, 우선수익자와 피고보조참가인은 이 사건 사업부지의 매각을 거절한 점, ② G이 2013. 8. 2. 피고보조참가인에게 수분양자가 납입한 분양대금을 공탁한 후 이 사건 사업부지를 공매할 수 있는지 문의하였는데, 피고보조참가인은 2013. 8. 5. 이 사건 신탁계약에 위반하므로 공매를 진행할 수 없다고 답변한 점, ③ 예금보험공사가 2017. 3.경 피고보조참가인에게 이 사건 사업부지의 공매를 요청하였는데, 피고보조참가인은 '수분양자 중 공매 미동의자의 분양계약 해제 및 환불 또는 동의 없이는 공매를 진행할 수 없다'는 취지로 답변한 점 등에 비추어 볼 때, 위 인정사실만으로는 G과 피고보조참가인 및 우선수익자 사이에 분양대금의 환불절차를 완료하지 않고 이 사건 공매절차를 진행하기로 하는 묵시적 합의가 있었다거나 G이 이 사건 신탁계약에 위반한 이 사건 공매절차를 추진하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(다) 피고보조참가인은, 이 사건 사무계약 제6조 제3항은 우선수익자의 요청에 따라 환가절차를

진행함으로써 피고보조참가인은 면책된다고 규정하고 있고, 이 사건 사무계약 제4조는 이 사건 사무계약에 위반된 개별 약정은 효력이 없는 것으로 정하였는바, 이 사건 사무계약 제6조 제3항에 위반된 개별약정인 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제5항은 효력이 없으므로 피고보조참가인이 이 사건 사무계약 제6조 제3항에 의하여 우선수익자의 요청에 따라 환가절차를 진행한 이상 피고보조참가인은 면책된다고 주장한다.

살피건대, 갑 제5호증의 기재에 의하면, 이 사건 사무계약 제4조 제2항은 "본 약정의 당사자가 본 약정을 위반하여 개별계약을 체결하는 경우에는 그러한 계약을 체결한 당사자가 본 약정을 위반한 것이며 본 약정과 상충되는 사항은 본 약정의 다른 당사자에게 효력이 발생하지 아니한다"고 정한 사실은 인정할 수 있고, 이 사건 사무계약 제6조 제3항이 "제2항에 따른 환가사유 발생한 경우 G은 우선수익자의 요청에 따라 환가절차를 진행함으로써 피고보조참가인은 면책된다"고 정하였으나, 이 사건 사무계약 제6조 제2항이 "우선수익자는 분양계약이 해제되어 환불이 완료된 경우 또는 수분양자의 동의가 있는 경우에만 환가요청을 하기로 한다"고 정하고 있으므로, 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제5항이 이 사건 사무계약 제6조에 상충된다고 할 수 없다. 따라서 피고보조참가인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) G이 이 사건 신탁계약을 해지할 수 있는지 여부

(가) 원고 B, C의 주장 요지

피고보조참가인은 신의칙에 따라 수분양자들에 대하여 분양대금을 보호·관리하여야 할 선량한 관리자의 주의의무를 부담하는데, 이 사건 각 분양계약의 해제 및 환불이 완료되지 않은 상태에서 이 사건 공매를 진행한 것은 수분양자에 대한 배임행위에 해당하고, 피고가 이에 적극가담 하였다면 이 사건 신탁계약의 목적 달성을 불가능하게 하거나 신탁사무를 현저히 곤란하게 하였다고 할 수 있으므로, G은 이를 이유로 피고보조참가인을 상대로 이 사건 신탁계약을 해지할 수 있다.

(나) 이 사건 공매절차의 진행이 수분양자에 대한 배임행위인지 여부 등

살피건대, 갑 제6, 17호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고보조참가인이 이 사건 신탁계약 특약사항 제14조 제5항을 위반하여 이 사건 공매절차를 진행하였다는 사정만으로는, 수분양자에 대한 배임행위에 해당한다거나 이 사건

공매절차를 진행하여 이 사건 신탁계약의 목적 달성을 불가능하게 하거나 신탁사무를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀다고 인정하기에 부족하고, 달리 위 원고들이 주장하는 배임행위 내지 이 사건 신탁계약의 해지사유를 인정할 증거가 없다. 따라서 G은 이를 이유로 피고보조참가인을 상대로 이 사건 신탁계약을 해지할 수 없다.

① 이 사건 신탁계약의 목적은 위탁자이자 채무자인 G이 우선수익자 등에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위한 것임이 분명한데, 피고보조참가인은 2017. 3.경 우선수익자의 파산관재인인 예금보험공사로부터 공매 요청을 받아 이 사건 공매절차를 진행하였다.

② 이 사건 신탁계약 제17조 제1항 제3호에 의해 피고보조참가인은 기타·경제사정의 변화 등 상당한 사유로 이 사건 사업부지로부터 우선수익자의 채권확보가 불가능하다고 판단될 때에는 신탁기간 종료 전이더라도 우선수익자의 요청에 의하여 이 사건 사업부지를 처분 할 수 있다. 그리고 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조에 의해 우선수익자의 요청이 있는 경우 수익계약에 따른 신탁재산의 처분도 가능하다.

③ 그런데 이 사건 공매절차 진행 당시에는 당초 예상과 달리 이 사건 개발사업의 수익성이 떨어져 이를 계속 수행하는 경우 손실의 발생이나 확대가 예상되는 상황이었다.

④ 이 사건 사무계약은 이 사건 개발사업의 원활한 진행을 그 목적으로 하고 있을 뿐 수분양자에 대하여는 아무런 정함이 없고, 이 사건 사무계약 제19조 제3항에서 계약의 해지·해제에 따른 사업자금 정산순서를 정하고 있으나, 이는 G과의 이 사건 신탁계약 및 이 사건 사무계약이 종료됨에 따른 업무처리의 적정을 위하여 집행할 정산자금의 순서와 방법을 정한 것에 불과할 뿐, 이를 피고보조참가인으로 하여금 그 집행상대방에 대하여 직접적인 의무를 부담하게 하는 내용이라고 볼 근거가 없으므로 피고보조참가인이 수분양자에 대하여 선관주의 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

⑤ 이 사건 사무계약 제9조 제1항에서 "G이 분양계약서를 작성할 때에는 피고보조참가인과 협의를 거쳐야 한다"고 정하고, 같은 조 제4항에서 "분양수입금은 피고보조참가인의 명의로 만든 분양수입금 관리계좌로 납입하여야 한다"고 정하였다고 하더라도, 이 사건 사무계약이나 이 사건 신탁계약의 목적에 비추어 볼 때, 위 조항은 이 사건 개발사업이 원활하게 진행되도록 하는 데에 주된 목적이 있다.

- ⑥ 설령 이 사건 사무계약에 따라 피고보조참가인이 G의 수분양자에 대한 분양대금 반환채무를 이행인수하였다거나, 수분양자들이 G를 대위하여 피고보조참가인에 대하여 분양대금의 반환을 청구할 수 있다고 하더라도, 피고보조참가인은 수분양자들에게 직접 의무를 부담하는 것은 아니다.
- ⑦ 피고보조참가인은 이 사건 신탁계약 제13조 제2항에 따라 이 사건 공매절차에 따른 공매대금 중 분양계약 해제 시 위약금 등을 포함한 금액을 실제로 유보하고 있었다.

(3) G의 피고보조참가인에 대한 소유권이전등기청구권

따라서 G의 이 사건 신탁계약에 대한 해지권이 인정되지 않는 이상, 원고 B, C의 G의 피고보조참가인에 대한 소유권이전등기청구권에 관한 주장은 이유 없다.

라) 소결론

앞서 본 바와 같이 G의 피고보조참가인에 대한 이 사건 신탁계약 해지에 따른 소유권이전등기청구권이 인정되지 아니하므로, G와 피고보조참가인을 순차 대위하여 피고에 대하여 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 원고 B, C의 소는 피보전채권이 존재하지 아니하여 부적법하다(따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의, 피고보조참가인의 피고에 대한 소유권말소등기청구권에 관한 주장은 나아가 판단하지 아니한다).

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 소는 부적법하므로 모두 각하할 것인바, 제1심판결 중 원고 B, C에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 원고 B, C의 이 사건 소를 각하하며, 제1심판결 중 원고 회사에 대한 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고 회사의 항소는 이유 없어 기각하기로 한다.

재판장판사유현종

판사김무신

판사김여경

별지

- 1) 다만, 원고 회사 주장의 피보전채권은 특정물채권으로 무자력을 요건으로 하지 아니한다.
- 2) 제4조(계약의 해제 및 위약금)

1. G은 수분양자가 다음 각 호에 해당하는 행위를 하였을 때 그 이행을 최고한 후 그 이행이 없을 경우 본 계약을 해제할 수 있다.

가. 제2조에서 정한 각 회차별 2차 계약금 및 중도금을 연속하여 2회 이상 납부하지 아니하여 G이 14일 이상의 유예기간을 정하여 2회 이상 최고하여도 납부하지 아니한 때

나. 잔금을 약정일로부터 3개월 이내에 납부하지 아니한 때

다. G의 승인 없이 지정된 용도를 변경하거나 증축하는 등 현상을 변경하였을 때

라. 수분양자가 잔금 납부 이전에 본 계약에 따른 권리·의무를 G의 승인 없이 타인에게 양도하거나 제한물권을 설정하였을 때

마. 타인 명의 도용, 제출서류의 허위, 기타 부정한 방법으로 계약하였을 때

바. G을 제3채무자로 하는 강제집행, 가압류, 가처분 등이 개시되었을 때

사. 수분양자의 귀책사유로 인해 분양목적물의 준공에 문제가 발생하였을 때

아. 기타 관련 법령에 위반되는 행위를 하였을 때

3) 이 사건 신탁계약의 당사자는 피고보조참가인과 G이나, 이 사건 사무계약의 당사자는 피고보조참가인, G, 은행들이다.