

서울고등법원 2017. 1. 12 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 판결
[소유권이전등기 · 비용보상청구]

재판경과

서울고등법원 2017. 1. 12 선고 2011나55223(본소), 2015나24135(반소) 판결
대법원 2011. 6. 10 선고 2011다18482 판결
서울고등법원 2010. 12. 30 선고 2009나15215 판결
대법원 2009. 1. 30 선고 2006다62461 판결
서울고등법원 2006. 8. 16 선고 2005나58269 판결
수원지방법원 성남지원 2005. 6. 22 선고 2004가합3594 판결

전문

원고(반소피고), 피항소인 겸 부대항소인주식회사 A
피고(반소원고), 항소인 겸 부대피항소인주식회사 한국토지신탁
변론 종결 2016. 11. 24.
판결 선고 2017. 1. 12.
제1심판결 수원지방법원 성남지원 2005. 6. 22. 선고 2004가합3594 판결
환송전판결 서울고등법원 2006. 8. 16. 선고 2005나58269 판결
환송판결 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결재
환송전판결 서울고등법원 2010. 12. 30. 선고 2009나15215 판결재
환송판결 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 피고(반소원고) 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고(반소피고)의 주위적 본소청구를 기각한다.
2. 재환송 후 당심에서 추가된 원고(반소피고)의 예비적 본소청구를 기각한다.
3. 원고(반소피고)의 부대항소를 기각한다.
4. 가. 재환송 후 당심에서 제기된 반소청구에 따라, 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 8,000,000,000원 및 이에 대하여 2015. 9. 2.부터 2015. 9. 30.까지는 연 20%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
나. 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 기각한다.
5. 본소로 인한 소송총비용 중 70%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담하고, 반소로 인한 소송비용은 원고(반소피고)가 부담한다.
6. 제4의 가.항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

[청구취지]

본소 : ① 주위적으로, 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게, 별지 부동산 목록 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 성남지원 분당등기소 2000. 5. 4. 접수 제44931호로 마친 신탁등기 및 같은 목록 4-1, 4-2 기재 각 부동산에 관하여 같은 등기소 2000. 8. 2. 접수 제78660호로 마친 신탁등기의 각 말소등기절차를 이행하고, 같은 목록 1, 2, 3, 4-1, 4-2, 5, 6, 7, 8, 9, 10 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 2000. 12. 31. 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 각 이행하라. ② 예비적으로, 피고는 원고에게 29,001,290,000원 및 그 중 1,213,520,000원에 대하여는 2011. 6. 11.부터, 1,654,800,000원에 대하여는 2011. 6. 18.부터, 551,600,000원에 대하여는 2011. 7. 2.부터,

2,393,550,000원에 대하여는 2013. 6. 12.부터, 6,703,290,000원에 대하여는 2013. 6. 28.부터, 1,019,605,000원에 대하여는 2013. 8. 10.부터, 3,222,800,000원에 대하여는 2013. 12. 7.부터, 1,574,465,000원에 대하여는 2013. 12. 10.부터, 4,247,957,000원에 대하여는 2013. 12. 11.부터, 223,257,000원에 대하여는 2013. 12. 18.부터, 나머지 6,196,446,000원에 대하여는 2014. 3. 28.부터 각 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 재환송 후 당심에서 주위적 청구를 위와 같이 변경하고, 예비적 청구를 추가하였다).

반소 : 원고는 피고에게 8,000,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(피고는 재환송 후 당심에서 반소를 제기하였다).

[항소취지]

제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

부 대 항 소 취 지

제1심 판결 중 별지 부동산 목록 4-11) 기재 부동산에 관한 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 위 부동산에 관하여 수원지방법원 성남지원 분당등기소 2000. 8. 2. 접수 제78660호로 마친 신탁등기의 말소등기절차를 이행하고, 2000. 12. 31. 신탁종료를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고는 1996. 8. 31.2) 피고와 사이에, 원고가 피고에게 원고 소유인 성남시 분당구 B 잡종지 5,311.6m²(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 신탁하면, 피고는 자금을 조달하여 이 사건 토지에

자동차전문테마빌딩을 신축하여 분양(처분)하고, 신탁기간이 만료되면 원고에게 신탁재산 등을 교부하기로 하는 내용의 분양형 토지신탁계약(1999. 6. 30. 및 2000. 3. 7. 각 일부가 변경되었다. 이하 위 변경된 내용이 반영된 신탁계약을 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하였는데, 원고와 피고는 이 사건 신탁계약 이전부터 토지신탁기본협약을 체결하는 등 이 사건 신탁사업 전반에 관하여 개별적인 교섭을 진행하여 왔다.

나. 피고는 이 사건 신탁계약에 따라 이 사건 토지에 관하여 피고 명의로 소유권이전등기를 마치고, 1999. 12. 27. 지하 3층 지상 8층 규모의 주차장, 업무시설, 판매시설인 C빌딩(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 준공한 후 2000. 5. 4. 피고 명의로 신탁등기와 소유권보존등기를 마쳤다(다만, 별지 목록 4-1, 4-2 기재 부동산은 공유물분할로 2000. 8. 2. 피고 명의의 신탁등기와 소유권이전등기가 마쳐졌다).

다. 이 사건 신탁계약은 2000. 12. 31. 신탁기간 만료로 종료되었고, 2004. 6. 23. 이 사건 소 제기 당시까지 이 사건 건물은 이 사건 각 부동산을 제외하고는 모두 분양되었다.

라. 피고는 2000. 12. 23. 원고에게 이 사건 건물의 미분양으로 신탁차입금 전액이 상환되지 못하였으니 그 신탁차입금 등 개발비용 185억 원(차입금 이자 및 미집행비용이 포함된 금액)을 2001. 1. 5.까지 상환하라고 통보하였으나, 원고는 이에 응하지 않았다. 피고는 2001. 2. 15. 및 같은 달 22. 다시 원고에게 2001. 2. 28.까지 위 개발비용을 상환하지 않으면 신탁재산을 환가하여 개발비용을 회수할 것임을 통보하였다.

마. 1) 피고는 2001. 5. 18. 수원지방법원 성남지원 2001가단10822호로 이 사건 건물 중 일부를 점유하고 있는 원고를 상대로 건물명도청구의 소를 제기하여 2002. 12. 26. 피고 승소판결을 선고받았고, 이에 대하여 원고가 수원지방법원 2003나1899호로 항소하였으나 2003. 7. 25. 청구취지를 확장한 피고 승소판결이 선고되었으며, 원고가 다시 대법원 2003다47621호로 상고하였으나 2005. 4. 15. 원고의 상고가 기각됨으로써 위 항소심 판결이 확정되었다.

2) 원고는 2004. 4. 29. 수원지방법원 성남지원 2004카합248호로 이 사건 신탁계약 종료에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 피고를 상대로 부동산처분금지가처분 신청을 제기한 결과 2004. 5. 6. 이 사건 각 부동산에 관하여 처분금지가처분결정을 받았고, 이에 대하여 피고가 위

법원 2004카합290호로 이의하였으나 위 법원은 2005. 6. 22. 위 가처분결정을 인가하였다. 이에 대하여 피고가 서울고등법원 2005나58276호로 항소하였으나 서울고등법원은 2006. 8. 16. 항소기각 판결을 선고하였고, 피고가 다시 대법원 2006다606991호로 상고하자 대법원은 2009. 1. 30. 위 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원으로 환송하였다. 서울고등법원은 2010. 12. 30. 환송판결의 취지에 따라 위 가처분결정을 취소하고 원고의 가처분신청을 기각하는 판결을 선고하였고(2009나15208호), 원고가 다시 대법원 2011다13777호로 상고하였으나 대법원이 2011. 5. 26. 원고의 상고를 기각함으로써 그대로 확정되었다.

바. 피고는 이 사건 소송 진행 중인 2011. 6. 10.부터 2014. 3. 27.까지 사이에 이 사건 각 부동산을 매각하고 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 그 매각대금은 이 사건 신탁사무 처리비용으로 모두 충당되었다.

사. 이 사건 신탁계약 중 이 사건과 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

위탁자 원고와 수탁자 피고는 1996. 8. 28.에 체결한 『토지신탁기본협정서』에 기초하여 아래와 같이 신탁계약을 체결한다.

제4조(자금차입)

① 피고는 건물건축 및 신탁사무 수행에 필요한 자금을 신탁재산으로 충당하거나, 원고 또는 수익자의 부담으로 하여 차입할 수 있다. 이 경우 자금차입은 피고를 수탁자로 하는 다른 신탁재산에서 차입하는 것을 포함한다.

제13조(최초수익자) 이 신탁의 최초수익자는 원고로 한다. 그러나 제3자를 수익자로 할 수 있다.

제18조(제비용의 지급)

① 다음 각 호의 비용은 수익자의 부담으로 한다.

1. 신탁재산에 대한 조세, 공과금 및 등기비용
2. 설계, 감리비용 및 공사대금
3. 차입금, 임대보증금 등의 상환금 및 그 이자
4. 신탁부동산의 수선, 보존, 개량비용 및 화재보험료
5. 분양(처분)사무 처리에 필요한 비용

6. 기타 전 각호에 준하는 비용

- ② 피고는 제1항의 비용을 신탁재산에서 지급하고, 지급할 수 없는 경우에는 수익자에게 청구·수령하여 지급할 수 있으며, 필요한 경우에는 미리 수익자에게 상당한 금액을 예탁하게 할 수 있다.
- ③ 피고가 신탁사무 처리과정에서 과실 없이 받은 손해에 대하여도 비용으로 간주하여 제2항과 같이 처리한다.
- ④ 피고는 전 각항의 제비용을 대지급한 경우에는 당해 대지급금 및 이에 대한 년() %의 이자를 신탁재산에서 받는 것으로 한다.

제19조(신탁재산 환가에 의한 제비용의 총당) 신탁재산에 속하는 금전으로 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 피고의 과실 없이 받은 손해, 기타 신탁사무 처리를 위한 제비용 및 피고의 대지급금3) 을 총당하기에 부족한 경우에는 수익자에게 청구하고, 그래도 부족한 경우에는 피고가 상당하다고 인정하는 방법 및 가액으로서 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각하여 그 지급에 총당할 수 있다.

제20조(신탁계산 및 수익교부)

- ① 신탁재산에 대한 계산기일은 매년 6월 30일, 12월 31일과 신탁종료 시로 하고, 피고는 당해 계산기간의 수지계산서를 작성하여 수익자에게 제출한다.
- ② 제1항의 수지계산에 있어서는 제12조의 신탁수익을 『수입』으로 하고, 제18조의 제비용을 『지출』로 하며, 『수입』에서 『지출』을 차감한 잔액을 순수익(또는 순손실)으로 한다.
- ③ 순손실이 발생하여 다음 계산기에 이월된 경우에는 다음 계산기 이후의 순수익에서 보전한다.

제21조(신탁보수)

- ① 건물준공 등 개발종료 시까지 공사기간 중의 신탁보수는 신탁재산 가격과 건설비(도급금 포함)의 합계한 금액을 기준으로 100분의 5 이내에 해당하는 금액으로 한다. 이 경우 피고는 신탁보수를 매 계산기에 기성고에 따라 산출하여 신탁재산에서 받는 것으로 하고 신탁재산에서 받을 수 없는 경우에는 수익자에게 청구하여 받는다.
- ② 건물준공 등 개발종료 후 분양(처분)기간 중의 신탁보수는 분양(처분)가격의 100분의 5(2000. 3.

1. 이후의 분양분에 관하여는 100분의 3으로 변경되었다) 이내에 해당하는 금액으로 한다. 이 경우 피고는 신탁보수를 신탁재산에서 받는 것으로 하고 신탁재산에서 받을 수 없는 경우에는 수익자에게 청구하여 받는다.

③ 신탁기간 개시 후 처분 시까지 신탁재산을 관리하는 경우에는 관리신탁보수를 별도로 산정한다. 이 경우 보수의 청구는 제2항 후단과 같다.

제25조(신탁종료 시 신탁재산의 교부) 신탁계약이 종료된 경우에는 피고는 최종계산에 관하여 수익자의 승인을 얻은 후 수익권증서와 상환으로 신탁재산을 다음 각 호의 방법에 따라 수익자에게 교부한다.

1. 신탁부동산에 대하여 피고는 신탁등기의 말소 및 수익자에게 소유권이전등기를 행한 후 현존하는 상태대로 수익자에게 인도한다.

3. 차입금 및 임대보증금 등의 상환채무, 기타 채무에 대하여는 아래 각 호와 같이 취급한다.

나. 피고는 차입금, 기타 채무의 상환에 충당하기 위한 자금을 확보하기 위하여 신탁재산에 속하는 금전의 교부를 유보할 수 있으며, 이 유보금으로도 부족할 경우에는 피고는 그 부족금액을 수익자에게 예탁하도록 하여야 한다. 그러나 피고는 채권자의 동의를 얻어 수익자에게 차입금 및 기타의 채무를 승계시키고 자기 책임을 면할 수 있다.

【특약사항】

제5조 [제비용의 지급] 신탁회사가 제비용을 대지급하는 경우에 이자율은 공사비 등으로 외부에서 차입하는 이자율을 적용하고 외부차입금이 발생하지 않는 경우에는 상환기간 3년의 은행보증 회사채 유통수익율에 1.5%를 가산한 이자율로 한다.

제9조[분양방법] 분양금액은 원고와 피고가 협의하여 결정하고 분양부진으로 공사기성금, 기타 제비용 등의 지급이 어려울 때에는 피고는 원고와 협의하여 미분양물건에 대하여 가격을 할인하여 분양하거나 임대로 전환할 수 있다.

제10조 [특약사항의 우선효력] 본 특약사항은 신탁계약내용에 우선하여 효력을 가진다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 43, 52, 59호증(가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 10, 53 내지 56, 68호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 원고의 주장 요지

- 1) 주위적 청구 이 사건 신탁계약이 2000. 12. 31. 신탁기간 만료로 종료되었으므로, 피고는 원고에게 이 사건 신탁계약 제25조에 따라 본소 주위적 청구취지 기재와 같이 이 사건 각 부동산에 관한 신탁등기말소 및 소유권이전등기(이하 '소유권이전등기'라고만 한다)를 이행할 의무가 있다.
- 2) 예비적 청구 다음과 같은 이유로 피고의 자조매각권(自助賣却權)이 인정되지 아니하거나 자조매각권의 행사가 위법함에도 피고가 이 사건 각 부동산을 임의로 매각하여 버림으로써 원고에 대한 소유권이전등기의무를 이행할 수 없게 되었다. 따라서 피고는 원고에게 본소 예비적 청구취지 기재와 같이 제3자 앞으로 이 사건 각 부동산의 소유권이전등기가 마쳐질 당시의 시가 상당액을 이행불능으로 인한 손해배상으로 지급할 의무가 있다.
 - ① 자조매각권 행사의 근거가 되는 이 사건 신탁계약 제19조는 약관에 해당할 뿐만 아니라 약관에 정하여져 있는 중요한 내용이라 할 수 있는데, 피고는 원고에게 이 사건 신탁계약 제19조에 관한 설명의무를 다하지 아니하였다. 따라서 이 사건 신탁계약 제19조는 약관의 규제에 관한 법률(1997. 12. 31. 법률 제5491호로 일부개정되기 전의 것, 이하 '구 약관법'이라 한다) 제3조 제2항, 제3항4)에 따라 이 사건 신탁계약의 내용으로 편입되지 아니하였다.
 - ② 이 사건 신탁계약 제19조에 따르면 피고가 임의로 정한 방법 및 가격 등으로 신탁재산을 일방적으로 처분할 수 있게 되므로, 이는 고객인 원고에게 부당하게 불리한 조항이거나 원고가 예상하기 어려운 조항에 해당한다. 따라서 이 사건 신탁계약 제19조는 구 약관법 제6조 제1항, 제2항 제1, 2호5)에 따라 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것이어서 무효이다.
 - ③ 이 사건 신탁계약 특약사항 제10조 및 구 약관법 제4조6)에 따라 개별약정인 이 사건 신탁계약 특약사항 제9조가 이 사건 신탁계약 제19조보다 우선 적용되므로, 그 한도에서 이 사건 신탁계약 제19조는 효력이 없다.
 - ④ 이 사건 신탁계약 제19조는 신탁재산의 처분방법 및 처분가액 등에 관하여 위탁자인 원고에게 일방적으로 불리하고 불공정한 내용을 담고 있어 반사회질서 법률행위에 해당하므로, 민법 제103조에 따라 무효이다.
 - ⑤ 피고가 자조매각권을 적법하게 행사하기 위해서는 자조매각권 행사 당시 원고에 대하여 신탁비용 채권을 보유하고 있어야 하나, 피고는 원고와 이자부 소비대차 거래를 한 사실이 있을 뿐 이자부

대지급금 거래를 한 사실은 없고, 설령 이자부 대지급금 거래를 하였다고 하더라도 이는 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 신탁법'이라 한다) 제31조 제1항에 위반되어 무효이며, 또한 그것이 유효하다고 하더라도 구체적으로 대지급금 채권의 발생원인 및 시기, 수액 등이 특정되지 아니하였거나 이미 시효 소멸되어 신탁비용 채권이 더 이상 존재하지 않았으므로, 피고의 자조매각권 행사는 위법하다.

⑥ 피고가 이 사건 신탁계약 제19조에 따라 자조매각권을 행사하기 위해서는 자조매각권 행사 이전에 원고에게 대지급금의 상환을 청구하여야 하는데, 피고는 원고에게 위와 같은 청구를 한 사실이 없으므로, 피고의 자조매각권 행사는 위법하다.

⑦ 구 신탁법 제28조는 "수탁자는 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁재산을 관리 또는 처분하여야 한다."라고 규정하고 있다. 따라서 피고는 자조매각권을 행사함에 있어 감정평가기관의 감정평가를 거쳐 공매에 부치거나 피고 이사회의 심의·의결을 거치는 등으로 원고에게 이익이 되는 방법으로 이 사건 각 부동산을 처분하였어야 한다. 그럼에도 피고는 위와 같은 절차를 거치지 아니하였으므로, 피고의 자조매각권 행사는 위법하다.

⑧ 수탁자인 피고가 자조매각권을 행사하는 것은 채권담보를 위하여 소유권이전등기를 마친 양도담보권자가 채무자의 이행지체 시에 담보계약에 의하여 취득한 목적 부동산에 대하여 처분권을 행사하는 것과 유사하므로, 자조매각권의 행사는 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)에서 정한 절차에 따라 이루어져야 하고, 그렇지 않을 경우 피고는 자조매각권의 행사로 원고에게 대항할 수 없다.

나. 주위적 청구에 관한 판단

이 사건 각 부동산에 관하여 이미 제3자에게 소유권이전등기가 마쳐진 사실은 앞서 인정한 바와 같으므로, 피고의 원고에 대한 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었다. 원고의 주위적 청구는 받아들일 수 없다.

다. 예비적 청구에 관한 판단

1) 자조매각권 행사의 가부 이 사건 신탁계약 제19조는 수탁자인 피고가 이 사건 신탁이 존속하는 동안이나 종료된 이후에 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 대지급금 등을 수익자에게

청구하였음에도 수익자가 이를 지급하지 않을 경우에는 피고가 신탁재산을 처분하여 그 대금으로 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 대지급금 등의 변제에 충당할 수 있게 한 규정으로서, 피고는 신탁계약이 종료된 이후에도 이 사건 신탁계약 제19조에 따라 자조매각권을 행사할 수 있다(이 사건 재환송판결인 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다18482 판결 참조).

이 사건 토지 이외에는 원고에게 별다른 재산이 없었던 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 피고가 2000. 12. 23. 원고에게 이 사건 건물의 미분양으로 신탁차입금 전액이 상환되지 못하였으니 그 신탁차입금 등 개발비용 185억 원을 2001. 1. 5.까지 상환하라고 통보하였으나 원고가 이행하지 않았고, 그 후 계속된 피고의 신탁비용 상환 요구에도 원고가 응하지 않고 있는 사실은 앞서 인정한 바와 같거나 기록상 분명하므로, 피고는 이 사건 신탁계약 제19조에 따라 이 사건 각 부동산을 매각하여 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 대지급금 등의 변제에 충당할 수 있다.

2) 원고의 주장에 관한 판단 가) 이 사건 신탁계약 제19조의 약관 해당 여부

갑 제17 내지 19, 21호증의 각 기재에 의하면, 피고의 홈페이지에 "한국토지신탁의 부동산신탁관련약관을 공시하오니 참고하시기 바랍니다."라는 기재와 함께 「분양형 토지신탁계약서」라는 제목의 문서를 공시하고 있고, 위 분양형 토지신탁계약서는 1996. 5. 10. 제정된 이래 수차례에 걸쳐 개정되어 온 사실, 피고가 공시한 분양형 토지신탁계약서 및 피고가 제3자와 체결한 분양형 토지신탁계약서에 이 사건 신탁계약 제19조와 유사한 내용이 포함되어 있는 사실은 인정된다.

그러나 위 인정 사실 및 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 신탁계약 제19조가 약관에 해당한다고 단정할 수 없고, 오히려 이 사건 신탁계약을 체결하기 위해서는 당사자인 원고와 피고가 신탁부동산의 특정, 자금차입 방법, 시공 및 분양방법(시공사 선정, 공사금액의 확정, 분양대행사 선정 등), 수익자, 수익권의 범위, 신탁보수, 수탁자가 대지급을 하는 경우 그에 대한 이율 등 계약의 중요한 내용에 관하여 먼저 합의가 이루어져야 하는 점, 그 외 이 사건 신탁계약의 체결 경위나 신탁계약서의 내용, 특히 구 신탁법 제42조7)와 유사한 내용을 신탁계약기간 중에만 수탁자인 피고에게 인정하려고 하였다면 굳이 이 사건 신탁계약 제19조를 둘 필요가 없었던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 신탁계약 제19조는 약관이 아니라 개별약정에 의하여 정하여진 내용으로 봄이

타당하다.

설령 이 사건 신탁계약 제19조가 약관에 해당한다고 보더라도, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 이 사건 신탁계약 제19조에 관하여 설명의무를 다하지 않았거나 이 사건 신탁계약 제19조가 원고에 대하여 부당하게 불리한 조항 또는 원고가 예상하기 어려운 조항에 해당한다고 볼 수 없다.

① 약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 상대방이 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면, 그러한 사항에 대해서까지 사업자에게 설명의무가 있다고 할 수 없다(대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다7302 판결 등 참조). 이 사건 신탁계약 제19조는 구 신탁법 제42조과 유사한 내용을 담고 있을 뿐만 아니라 부동산 개발 및 분양업 등을 목적으로 하는 원고로서는 별도의 설명 없이도 이 사건 신탁계약 제19조의 취지를 충분히 예상할 수 있었던 것으로 보이므로, 피고가 이 사건 신탁계약 체결 당시 원고에게 이에 대하여 자세한 설명을 하지 않았다고 하더라도 이 사건 신탁계약 제19조가 이 사건 신탁계약의 내용으로 포함되지 않았다고 볼 수 없다.

② 구 약관법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관 조항'이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 그 약관 조항이 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(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결 등 참조). 그런데 원고와 피고의 관계, 이 사건 신탁계약의 체결과정 등에 비추어 보면 피고가 이 사건 신탁계약을 체결하면서 거래상 지위를 남용하였다고 보기 어려운 점, 이 사건 신탁계약 제19조는 신탁재산에 속하는 금전으로 신탁재산에 관한 비용 등을 충당하기 어려운 경우에만 적용되는 규정으로서 위 규정이 존재한다는 이유만으로 원고에게 다소 불이익하다는 점을 넘어 부당하게 불이익을 주었다고 볼 수는 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 신탁계약 제19조가 구 약관법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 무효라고 볼 수 없다.

③ 이 사건 신탁계약 제19조는 구 신탁법 제42조과 유사한 내용을 담고 있어 부동산 개발 및 분양업 등을 목적으로 하는 원고로서는 별도의 설명 없이도 이 사건 신탁계약 제19조의 취지를 충분히 예상할 수 있었을 것이라는 점은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 신탁계약 제19조가 구 약관법 제6조 제1항, 제2항 제2호에 따라 무효라고 볼 수 없다.

원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

나) 이 사건 신탁계약 특약사항 제9조의 우선 적용 여부

이 사건 신탁계약 제19조를 약관이라고 볼 수 없음은 앞서 판단한 바와 같다.

그리고 이 사건 신탁계약 특약사항 제9조는 "분양금액은 원고와 피고가 협의하여 결정하고 분양부진으로 공사기성금, 기타 제비용 등의 지급이 어려울 경우에는 원고와 피고는 협의하여 미분양물건에 대하여 가격을 할인하여 분양하거나 임대로 전환할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 이는 미분양 물건의 원활한 처분을 위하여 원고와 피고가 그 처분방법을 다양화할 수 있다고 규정한 것일 뿐 이와 별도로 수익자인 원고가 제비용 등을 상환하지 않은 경우에만 피고가 자조매각권을 행사하지 못하고 원고와 협의하여 할인분양 또는 임대전환을 하여야 한다는 취지는 아니라고 할 것이므로(위 대법원 2011다18482 판결 참조), 위 특약사항 제9조와 이 사건 신탁계약 제19조가 상호 배치되는 관계에 있음을 전제로 위 특약사항 제9조가 이 사건 신탁계약 제19조보다 우선 적용된다는 원고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 이 사건 신탁계약 제19조의 반사회질서 법률행위 해당 여부

법률행위 목적의 불법의 한 경우로서 당사자의 일방이 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 악용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 과하는 법률행위는 반사회적인 것으로서 무효라고 할 것이다(대법원 1996. 4. 26. 선고 94다34432 판결 참조).

그러나 이 사건 신탁계약 제19조는 신탁재산에 속하는 금전으로 신탁사무 처리를 위한 제비용 등을 충당하기에 부족한 경우에는 수익자에게 청구하고, 그래도 부족할 경우 수탁자가 자조매각권을 행사할 수 있다는 규정으로서, 원고가 들고 있는 사정 및 증거만으로는 피고가 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 악용하여 부당한 이득을 얻고 원고에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을

과하였다고 인정하기에 부족하고 달리 증거가 없다. 오히려 갑 제21, 23호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 신탁계약 제19조는 토지신탁계약을 체결하는 당사자들 사이에서 일반적으로 계약 내용에 포함시키고 있는 규정으로 보일 뿐 아니라 구 신탁법 제42조와도 유사한 내용을 담고 있음을 알 수 있다.

따라서 이 사건 신탁계약 제19조가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다고 볼 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장 역시 받아들이기 어렵다.

라) 피고의 원고에 대한 신탁비용 채권의 존재 여부

아래 제3의 나.항에서 살펴보는 바와 같이 피고는 이 사건 자조매각권을 행사할 당시 원고에 대하여 신탁비용과 관련된 채권을 보유하고 있었으므로, 이 부분 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

마) 피고의 자조매각권 행사 전 원고에 대한 청구 여부

이 사건 신탁계약 제19조에서는 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 피고의 과실 없이 받은 손해, 기타 신탁사무 처리를 위한 제비용 및 피고의 대지급금을 신탁재산에 속하는 금전으로 충당하기에 부족한 경우에는 원고에게 먼저 청구하도록 규정하고 있기는 하나, 피고가 2000. 12. 23. 원고에게 이 사건 건물의 미분양으로 신탁차입금 전액이 상환되지 못하였으니 그 신탁차입금 등 개발비용 185억 원을 2001. 1. 5.까지 상환하라고 통보하였으나 원고가 이를 이행하지 않았고, 이에 피고는 다시 2001. 2. 15.자 및 같은 달 22.자로 2001. 2. 28.까지 위 개발비용을 상환하지 않으면 신탁재산을 환가하여 개발비용을 회수할 것임을 통보한 사실, 피고는 원고가 제기한 이 사건 본소에 응소하면서부터 줄곧 원고에게 먼저 신탁비용을 지급할 것을 주장하고 있는 사실은 앞서 본바와 같거나 기록상 분명하다.

따라서 피고가 자조매각권 행사 이전에 원고에게 대지급금 등의 상환을 청구하지 않아 피고의 자조매각권 행사가 위법하다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

바) 피고의 선관주의의무 위반 여부

피고가 이 사건 소송 진행 중에 이 사건 각 부동산을 매각하고 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐준 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 피고는 위와 같이 이 사건 각 부동산을 처분할 당시 감정평가기관의 감정평가를 거친 다음 공매를 통한 매각절차를 진행하였으며, 피고의 이사회 결의도 거친 사실은 을

제64, 68호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있다. 또한 이 사건 신탁계약 제19조는 "피고가 상당하다고 인정하는 방법 및 가액으로 신탁재산의 일부 또는 전부를 매각할 수 있다."라고 규정하고 있어 피고의 자조매각권 행사에 상당한 재량을 부여하고 있을 뿐만 아니라, 수탁자인 피고가 자조매각권을 행사함에 있어 선관주의의무를 위반하였다는 사실은 위탁자인 원고가 증명하여야 할 것인데 원고가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 증거가 없다.

원고의 이 부분 주장도 받아들이기 어렵다.

사) 가등기담보법 적용 여부

피고가 이 사건 신탁계약 제19조에 따라 자조매각권을 행사하는 것이 양도담보권자가 담보 목적으로 취득한 부동산을 처분하는 것과 유사하다는 사정만으로 피고가 자조매각권을 행사하기 위해서는 가등기담보법이 정한 절차를 준수하여야 한다고 볼 수 없고, 그 밖에 피고의 자조매각권 행사에 가등기담보법이 적용되어야 한다고 볼 아무런 근거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

라. 소결론

따라서 원고의 주위적, 예비적 청구는 모두 받아들이기 어렵다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 원고의 본안전항변에 관한 판단

1) 원고의 주장 피고는 원고를 상대로 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 수개의 채권들의 총 금액 중 일부만을 청구하고 있는데, 이러한 경우 각 채권은 별개의 소송물에 해당하므로 피고는 각 채권별로 일부 청구하는 금액을 특정하여야 함에도 이를 특정하지 않고 있다. 따라서 이 사건 반소는 청구취지가 특정되지 않은 경우에 해당하여 부적법하다.

2) 판단 이 사건 신탁계약 제18조 제1항 내지 제3항은 ① 신탁재산에 대한 조세, 공과금 및 등기비용, ② 설계, 감리비용 및 공사대금, ③ 차입금, 임대보증금 등의 상환금 및 이자, ④ 신탁부동산의 수선, 보존, 개량비용 및 화재보험료, ⑤ 분양(처분)사무 처리에 필요한 비용, ⑥ 기타 전 각 호에 준하는 비용 및 피고가 신탁사무 처리과정에서 과실 없이 받은 손해를 수익자인 원고의 부담으로 하면서, 피고는 위 비용들을 신탁재산에서 지급하고 부족한 경우에는 수익자인 원고에게 청구할 수 있도록

규정하고 있다. 제19조는 신탁재산에 속하는 금전으로 차입금 및 그 이자의 상환, 신탁사무 처리상 피고의 과실 없이 받은 손해, 기타 신탁사무 처리를 위한 제비용 및 피고의 대지급금을 충당하기에 부족한 경우에는 수익자인 원고에게 청구하도록 규정하고 있다. 또한 제20조 제2항은 신탁재산에 대한 수지계산에 있어서는 신탁수익을 '수입'으로 하고 제비용을 '지출'로 하여 '수입'에서 '지출'을 차감한 잔액을 순수익(또는 순손실)으로 한다고 규정하고 있고, 제21조 제1항 내지 제3항은 신탁보수는 신탁재산에서 받는 것으로 하고 신탁재산에서 받을 수 없는 경우에는 수익자인 원고에게 청구하여 받는다고 규정하고 있다.

피고가 반소로써 2014. 12. 31.을 기준으로 피고가 신탁비용으로 지출한 금액에서 신탁수익을 차감한 잔액 상당에 대하여 원고를 상대로 비용상환청구권을 행사하면서 명시적 일부청구로 그 중 8,000,000,000원을 청구하고 있는 이 사건에서, 피고는 이 사건 신탁사업의 수행으로 인하여 발생한 제비용 등이 신탁수익을 초과하는 경우 이 사건 신탁계약 제18조, 제19조, 제21조에 따라 원고에게 그 초과비용을 청구할 수 있는 단일한 비용상환청구권을 취득하는 것이고, 이와 달리 신탁사업 수행에 따른 제비용을 구성하는 각각의 비용들이 발생하는 시점마다 피고가 원고에 대하여 수개의 비용상환청구권을 취득하게 되는 것은 아니라고 할 것이다.

따라서 피고의 원고에 대한 비용상환청구권을 구성하는 각각의 비용들이 수개의 채권에 해당함을 전제로 청구취지가 특정되지 않았다는 원고의 본안전항변은 받아들일 수 없다.

나. 본안에 관한 판단

1) 피고의 주장 요지 가) 주위적 주장

이 사건 신탁계약 제18조는 차입금 및 이자 등 제비용을 수탁자인 피고가 대지급한 경우 그 대지급금 및 이에 대한 이자를 수익자인 원고로부터 상환 받을 수 있다고 규정하고 있고(이 사건 신탁계약 제19조는 이러한 대지급금 상환청구가 가능함을 전제로 그 방법을 정하고 있다), 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조가 위와 같은 대지급금 이자의 이율에 관하여 정하고 있으므로, 원고는 피고가 이 사건 신탁사무를 처리하기 위하여 외부차입금 또는 자기자금으로 지출하거나 부담하게 된 각종 비용 및 그 이자를 피고에게 상환하여야 할 의무가 있다. 그런데 이 사건 신탁계약에 따라 작성한 상세수지계산서에 따르면, 2014. 12. 31.을 기준으로 이 사건 신탁사업에서 분양·임대 등으로 얻은

수입 및 신탁원본은 56,320,803,703원이고, 피고가 지출한 대지급금 및 그 이자는 90,905,355,508원이므로, 원고는 피고에게 34,584,551,805원(90,905,355,508원 - 56,320,803,703원)을 지급할 의무가 있다.

나) 예비적 주장

만일 피고가 이 사건 신탁사무의 처리를 위하여 지출한 자금에 대한 이자를 지급하기로 한 약정(이 사건 신탁계약 특약사항 제5조)이 구 신탁법 제31조 제1항8)에 위반되어 효력이 없다면, 당심에서 실시한 감정에 따라 피고가 지출한 자금에 대한 비용을 계산할 수밖에 없다. 피고가 이 사건 신탁사무 처리를 위하여 지출한 자금의 원천은 외부차입금과 자기자금으로 나뉘는데, 당심 감정인 G의 감정결과(이하 '이 사건 감정결과'라 한다)에 의하면, 1996. 9. 2.부터 2014. 12. 31.까지 외부차입금의 경우 18,568,986,397원의 비용이, 자기자금의 경우 가장 널리 활용되는 자본자산가격결정모형(Capital Asset Pricing Model, 이하 'CAPM'이라 한다)에 의할 때 11,614,664,311원의 비용이 각각 발생한 것으로 인정된다. 따라서 원고는 피고에게 매출원가, 판매비와 관리비, 영업외비용, 자산운용비용 합계액 46,800,664,382원과 위 외부차입비용, 자기자본비용을 합산한 총 신탁비용 76,984,315,090원(46,800,664,382원 + 18,568,986,397원 + 11,614,664,311원)에서 위 신탁수익 56,320,803,703원을 공제한 20,663,511,387원(76,984,315,090원 - 56,320,803,703원)을 지급할 의무가 있다.

다) 일부청구

위와 같이 원고는 피고에게 34,584,551,805원(주위적 주장) 또는 적어도 20,663,511,387원(예비적 주장)을 상환할 의무가 있다고 할 것이나, 이 사건 반소에서는 그 일부청구로서 8,000,000,000원의 지급을 구한다.

2) 관련 법리 이 사건 신탁계약 제19조는 수탁자가 이 사건 신탁이 존속하는 동안이나 이 사건 신탁이 종료된 이후에 신탁사무 처리를 위한 제비용 등을 수익자에게 청구하였음에도 수익자가 이를 지급하지 않을 경우에는 수탁자가 신탁재산을 처분하여 그 대금으로 신탁사무 처리를 위한 제비용 등의 변제에 충당할 수 있게 함으로써 신탁사무 처리를 위한 제비용 등의 회수에 편의를 도모하기 위함에 그 목적이 있다 할 것이므로, 비록 구 신탁법 제61조에 의하여 이 사건 신탁이 종료한 후

신탁재산이 그 귀속권리자에게 이전할 때까지는 귀속권리자를 수익자로 보는 신탁이 존속하는 것으로 간주된다고 하더라도, 수탁자로서는 이 사건 신탁계약 제19조에서 정한 방법에 따라 차입금을 비롯하여 신탁사무 처리를 위한 제비용 등을 회수할 수 있다 할 것이고, 위와 같은 비용이 신탁기간 중의 신탁사무 또는 신탁종료 후의 잔존 신탁사무의 처리 내지 종결을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 정당하게 지출 내지 부담한 것이라고 인정되는 한 그것이 신탁종료 전에 발생한 것인지 혹은 신탁종료 후에 발생한 것인지 여부에 관계없이 귀속권리자로 지정된 수익자에게 그 비용의 보상을 청구할 수 있다고 할 것이다(이 사건 환송판결인 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다62461 판결 참조).

3) 인정 사실 앞서 든 증거에다 을 제6, 7, 9, 11, 14 내지 16, 18, 19, 25, 39, 44, 55, 56호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다[원고는 피고가 제출한 계정보조원장, 상세수지계산서 등 회계자료(을 제6, 7, 9, 18, 19, 25, 39, 44, 55, 56호증)의 진정성립을 부인하고 있으나, 을 제6호증의 경우 원고는 당초 진정성립을 인정하였다가 당심 제20차 변론기일에서 이를 취소하였으나 위 성립인정이 진실에 어긋나고 착오로 말미암은 것임을 인정할 증거가 없는 점, 이 사건 감정결과에 의하면 감정인은 그 동안 외부회계감사를 받아왔던 피고의 재무제표상 피고 전체 신탁계정과 그에 대한 계정별 원장에 기재된 금액의 일치 여부 및 전체 신탁계정에 대한 계정별 원장을 통하여 산정된 이 사건 신탁계정에 대한 투입금과 피고가 제시한 일별 이 사건 신탁계정에 대한 투입금의 일치 여부를 확인하였던 점, 피고는 이 사건 신탁사업과 관련된 거래내역은 계정보조원장에 모두 기입하였는데, 이러한 원장 기입이 정확하게 이루어졌는지를 검토하고 결산 전에 채무상태와 경영성과의 개요를 알기 위하여 시산표를 작성하였던 점, 피고가 제출한 회계자료는 법령9)에 근거하여 신탁회사에게 적용되는 기준에 따라 작성되었고, 그 중 계정보조원장은 이 사건 신탁계정에서 발생한 일체의 수입, 지출, 결산 등 회계적 사실에 기초하여 각 발생일자에 작성된 전표에 따라 집계된 것으로서 전표 작성만 이루어지면 전산상 자동으로 생성되는 장부인 점, 그 외 원고가 진정성립을 부인하고 있는 위 문서들은 금융위원회의 직접적인 감독과 통제를 받고 있는 피고가 그의 일상적인 업무 과정에서 작성한 장부들로서 특별히 증명력을 배척할만한 사정이 보이지 않는 점(을 제56호증의 경우 작성일자가 기재되어 있고 작성자의 서명이

있다) 등을 종합하면, 위 문서들의 진정성립을 충분히 인정할 수 있다].

① 피고는 특정 신탁사업에 필요한 자금을 사업별로 조달하는 방식을 취하지 않고 피고가 수행하고 있는 신탁사업 전체를 기준으로 소요 예상자금을 미리 차입하여 고유계정에 보관하고 있다가 필요할 때마다 그 자금을 개별 신탁사업에 투입하는 방식을 취하여 왔는데, 이 사건 신탁사업 역시 위와 같은 방식으로 필요한 자금을 조달하였다. 이 사건 신탁사업 당시 시행되고 있던 신탁업감독규정시행세칙 별표 1. 「신탁경영금융기관 및 부동산신탁회사 회계처리기준」 2. 부동산신탁회사 회계처리기준 제5조는 "신탁회사 명의로 차입하는 자금은 신탁사업을 위한 것이라 하더라도 고유계정의 차입금으로 계리한다.", 제6조는 "고유계정이 신탁계정에 자금을 대여한 경우 잔여 만기에 따라 1년 기준으로 단기신탁계정대 또는 장기신탁계정대에 계상한다."고 규정하고 있었는데, 피고가 이 사건 신탁사업에 소요되는 자금을 외부로부터 차입하여 고유계정에 계리하였다가 이 사건 신탁계정으로 대여하는 형식을 취한 것은 위와 같은 규정에 따른 것이었다.¹⁰⁾ 이 사건 신탁계약 제4조 제1항은 '피고는 신탁사무 수행에 필요한 자금을 신탁재산으로 충당하거나 원고의 부담으로 차입할 수 있다'고 규정하고 있고, 제18조 제4항은 '피고가 제비용을 대지급한 경우에는 당해 대지급금 및 이에 대한 이자를 신탁재산에서 받는 것으로 한다'고 규정하고 있으며, 이에 따라 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조는 '피고가 제비용을 대지급하는 경우에 이자율은 공사비 등으로 외부에서 차입하는 이자율을 적용하고 외부차입금이 발생하지 않는 경우에는 상환기간 3년의 은행보증 회사채 유통수익률에 1.5%를 가산한 이자율로 한다'고 규정하고 있다. 한편 이 사건 신탁계약 제19조는 '신탁재산에 속하는 금전으로 피고의 대지급금을 충당하기에 부족한 경우에는 그 비용을 수익자인 원고에게 청구하고, 그래도 부족한 경우에는 자조매각권을 행사할 수 있다'고 규정하고 있다.

③ 원고와 피고는 1997. 2. 28. 회사자금 대출거래약정을 체결하면서 제1조에서 "본 약정은 본건 토지신탁사업의 원활한 사업추진을 위하여 피고가 이미 대지급하였거나 미래 대지급 사업자금(피고의 대출금)에 대한 기본적인 사항(상환기간, 이자 지급시기, 이율 등)을 정함을 목적으로 한다.", 제3조에서 "피고의 대출금에 대하여는 대출일 익일부터 상환기일까지 대출당시 3년 만기 은행보증 회사채 유통수익률에 1.5%를 가산한 비율을 적용한 이자를 지급하기로 한다. 다만, 공사비 등으로 외부에서 차입금이 발생한 이후의 신규 대출금에 대한 이자율은 별도로

정한다.(토지신탁계약 특약사항에 따른 것임)"라고 약정하였다. 그러다가 다시 외환위기로 인한 경제상황을 반영하여 1998. 8. 1. 변경약정을 체결하여, 제3조의 이자율에 관하여 대출 전일 한국경제신문에 게재된 3개월 만기 기업어음(CP) 할인금리에 5%를 가산한 이율을 적용하되 결정된 대출금리가 한국토지공사 보증차입자금의 평균조달금리인 연 19.4%를 하회하는 경우 위 연 19.4%를 적용한 이자를 지급하기로 약정하였다.

④ 피고는 이 사건 신탁계약이 기간 만료로 종료된 이후에도 이 사건 건물을 관리하면서 분양계약 및 임대차계약을 체결하는 등으로 신탁사무를 처리하면서 각종 비용을 지출하여 왔다.

⑤ 피고의 상세수지계산서(을 제56호증)11에 의하면, 2014. 12. 31.12월 기준으로 피고가 이 사건 신탁사무를 처리하면서 분양·임대로 얻은 수익 및 분양형 토지신탁 원본 등 수입의 합계는 56,320,803,703원이고, 피고가 지출한 금액은 ㉠ 매출원가(용지비, 건축비, 인입부담금, 설계용역비, 감리용역비, 제세공과금, 기타 지급이자와 할인료, 차입금이자, 분양형 개발신탁 보수. 단 회사계정차이자는 뒤에서 별도로 계산하기로 하고 여기에서는 제외함) 34,760,988,166원, ㉡ 판매비와 관리비(세금과 공과, 수선유지비, 보험료, 용역비, 광고선전비, 등기소송비, 지급수수료, 분양수수료, 분양형 분양신탁 보수, 통신비, 신탁재산관리비, 기타 관리부대비, 소모품비, 수도광열비, 부가가치세) 8,283,049,427원, ㉢ 영업외비용(기타 지급이자와 할인비용, 지급위약배상금, 매출할인, 잡손실, 지체상금. 단, 회사계정차이자비용은 뒤에서 별도로 계산하기로 하고 여기에서는 제외함) 3,668,465,713원, ㉣ 자산운용(보통예금, 법인세) 88,161,076원, ㉤ 회사계정차이자 및 회사계정차이자비용 44,104,691,126원 등 합계 90,905,355,508원(34,760,988,166원 + 8,283,049,427원 + 3,668,465,713원 + 88,161,076원 + 44,104,691,126원)이어서, 위 지출 금액에서 위 수입 금액을 공제하면 34,584,551,905원(90,905,355,508원 - 56,320,803,703원)이 된다.

4) 판단 가) 위 인정 사실에다가 앞서 든 증거 및 을 제57, 58호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 피고는 수탁자로서 원칙적으로 이 사건 신탁사무의 처리에 필요한 비용을 이 사건 신탁재산에서 충당하거나 수익자인 원고에게 청구하여 지급할 수 있다고 할 것인데, 이 사건 신탁재산에 자금이 부족하거나 원고가 신탁사무 처리비용을

지급하지 아니함에 따라 피고가 고유계정에 보관된 자금으로 신탁채권자에게 그 비용을 직접 지급하여 왔으므로, 원고는 피고에게 위 대지금금 합계 46,800,664,382원(매출원가 34,760,988,166원 + 판매비와 관리비 8,283,049,427원 + 영업외비용 3,668,465,713원 + 자산운용 88,161,076원)과 위 대지금금에 대한 약정이자 합계 44,104,691,126원에서 신탁수입 56,320,803,703원을 공제한 34,584,551,905원(90,905,355,508원 - 56,320,803,703원)을 지급할 의무가 있다.

① 이 사건 신탁계약 제18조 제4항은 피고가 이 사건 신탁사무의 처리를 위하여 제비용을 대지급한 경우에는 그 대지급금 및 이에 대한 이자를 신탁재산에서 받을 수 있다고 규정하고 있고, 위 규정에 따라 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조에서는 피고가 제비용을 대지급하는 경우의 이자율을 정하고 있으며, 이 사건 신탁계약 제19조에서는 신탁재산으로 피고의 대지급금을 충당하기에 부족한 경우에는 그 비용을 원고에게 청구하거나 자조매각권을 행사하여 충당할 수 있다고 규정하고 있는바, 이에 비추어 보면 원고와 피고는 이 사건 신탁계약 체결 당시부터 피고가 이 사건 신탁사무 처리와 관련된 제비용을 대지급할 것을 예정하고 있었다고 볼 수 있다.

② 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조에서 정한 대지급금 이자율은 이후 원, 피고가 회사자금 대출거래약정을 체결하면서 변경되기도 하였으나, 위 회사자금 대출거래약정은 그 명칭에도 불구하고 피고가 이미 대지급하였거나 차후 대지급할 사업자금에 대한 상환기간, 이자 지급시기, 이율 등을 정함을 목적으로 체결된 것이므로, 비록 위 회사자금 대출거래약정서에 대출금 또는 대출거래라는 표현이 있다고 하더라도 그 실질은 피고의 대지급금에 관한 약정이라고 볼 수 있다.

③ 이 사건 신탁계정에 수입이 발생한 경우 이로부터 기지출한 신탁사무 처리비용을 상환 받은 거래만이 있었을 뿐 이 사건 신탁계정과 고유계정 사이에 "대여"로 인한 자금 이동이 있었다고 볼 수 없다. 즉, 피고는 고유계정에서 신탁채권자에게 비용을 직접 지급하고 고유계정과 이 사건 신탁계정에 각각 신탁계정대(고유계정), 회사계정차(이 사건 신탁계정)라는 계정과목으로 각각의 장부에 회계상 처리해 두었을 뿐 실제로 자금이 신탁계정을 거쳐 지출되지는 않았다. 그리고 금전소비대차계약은 대주와 차주의 상이한 법인격을 전제로 하는데 이 사건은 수탁자인 피고가 신탁사무 처리비용을 고유계정에서 지출하였다는 사실만이 존재할 뿐 피고가 위탁자인 원고에게 대여한 사실은 존재하지

않는다.

④ 피고는 내부 회계자료에서 대지급금이라는 표현 대신 대여, 차입, 단기 및 장기 회사계정차, 회사계정차이자, 회사계정차이자비용 등의 표현을 사용하면서 고유계정에는 대여, 신탁계정에는 차입으로 회계처리하여 왔으나, 그러한 사정만으로 자금 이동의 법적 성격이 곧바로 대여로 규정되는 것은 아니다(대법원 2003. 4. 25. 선고 99다59290 판결 취지 참조). 오히려

종합금융업회계처리준칙(1999. 3. 24. 제정) 제8조에서는 "명칭 등 형식에 불구하고 경제적 실질이 대지급금 등의 구상채권 발생 시 이를 대출채권으로 분류한다."라고 규정하고 있고, 위 규정은 기업회계기준 제24호(2006. 7. 7. 제정)로 대체되어 그대로 유지되고 있는 점을 고려하면, 위 회계기준을 준수할 의무가 있는 피고로서는 그 실질이 대지급금이라고 하더라도 위 규정에 따라 회계장부상으로는 대여금으로 처리한 것으로 보인다.

⑤ 구 신탁법 제42조에 의하면 수탁자는 신탁재산에 관하여 부담한 조세, 공과 기타의 비용과 이자 등에 대하여 수익자에게 비용보상을 청구하거나 담보를 제공하게 할 수 있고, 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 그 권리를 행사할 수도 있으므로, 피고는 신탁재산에 관하여 부담한 비용과 이에 대한 이자를 원고에게 청구할 수 있다. 현행 신탁법 제46조 제2항에서도 수탁자가 신탁사무의 처리에 관하여 필요한 비용을 고유재산에서 지출한 경우에는 지출한 비용과 지출한 날 이후의 이자를 신탁재산에서 상환 받을 수 있다고 규정하고 있으므로, 수탁자가 고유재산으로 신탁사무 처리에 필요한 비용을 대지급한 경우 이에 대한 이자를 청구할 수 있다고 할 것이다. 위와 같이 신탁법은 수탁자가 신탁사무 처리에 필요한 비용을 고유재산에서 지출한 경우(대지급한 경우)에는 지출한 비용(대지급금)과 그 이자를 신탁재산에서 상환 받을 수 있다고 규정하고 있을 뿐 그 자금의 출처가 외부차입금인지 수탁자의 자기자금인지를 구별하지 않고 있다.

⑥ 민법 제688조 제1항에 의하면 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에게 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있고, 민법 제441조에 의하면 수탁보증인이 과실 없이 변제 기타의 출재로 주채무를 소멸하게 한 때에는 주채무자에게 구상권이 있고, 그 구상권에는 면책된 날 이후의 이자도 포함된다. 이처럼 수탁자가 신탁사무의 처리를 위하여 비용을 지출한 경우 지출한 비용 및 그에 대한 이자를 청구할 수 있는 것은 비단 신탁관계에 특유한 법리가 아니라

위임이나 수탁보증과 같이 타인을 위하여 사무를 처리하는 경우에 일반적으로 인정되는 법리이다.

⑦ 피고는 소요 예상자금을 미리 차입하여 고유계정에 보관하고 있다가 필요할 때 위 자금을 개별 신탁사무 처리비용으로 사용하여 왔는데, 이러한 방식은 피고가 신탁사업을 위하여 보다 유리한 조건으로 자금을 차입할 수 있고, 자금이 필요할 때마다 즉시 자금집행이 가능하며, 자금을 상환하는 경우 중도상환수수료를 부담하지 않는 등으로 자금차입에 수반되는 비용을 최소화하는 장점이 있다. 따라서 피고가 위와 같은 방식을 사용한 것에 상응하여 약정이자를 청구하는 것이 반드시 부당하다고 볼 수 없다.

나) 설령 원고의 주장과 같이 피고가 이 사건 신탁사무의 처리를 위하여 필요한 비용을 대지급한 것이 아니라 고유계정에서 이 사건 신탁계정으로 대여한 것이어서 그 대여금에 대하여 약정이자를 가산한 것이 구 신탁법 제31조 제1항에 위반되어 무효라고 보더라도, 앞서 든 증거에다가 이 사건 감정결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고는 여전히 피고에게 피고가 일부청구로서 구하는 금액을 넘어서는 9,048,847,076원을 지급할 의무가 있다(피고가 고유계정에서 이 사건 신탁사무의 처리를 위하여 지출한 비용이 대지급금에 해당하고 그 경우에도 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조의 이자약정이 구 신탁법 제31조 제1항에 위반되어 효력이 없다고 보더라도 결론에 있어서는 동일하다).

① 피고가 외부에서 자금을 차입하여 고유계정을 거쳐 신탁계정으로 대여하였다고 보더라도, 결국 그 외부차입금이 신탁사무의 처리를 위하여 지출된 이상 피고가 외부에서 자금을 차입하면서 부담하게 된 이자, 수수료, 할인료 등의 차입비용은 신탁사무 처리를 위하여 정당하게 부담하게 된 비용에 해당하므로, 원고는 위 차입비용을 피고에게 상환할 의무가 있다.

② 피고는 장기간에 걸쳐 다수의 채권자들로부터 자금을 차용하여 고유계정에 계상하는 한편 피고 자신의 자금 또한 고유계정에 계상함으로써 다양한 원천의 자금들이 고유계정에 혼입되었고, 이에 따라 피고가 고유계정에서 신탁계정으로 대여할 자금을 외부로부터 차입함에 있어 실제 지출한 이자, 수수료, 할인료 등 차입비용을 구체적인 증거에 의하여 입증하는 것이 현실적으로 불가능하게 되었다. 결국 피고가 외부로부터 고유계정으로 차입한 각각의 차입금을 바탕으로 그 금액 및 이율을 가중평균한 가중평균차입이자율(수수료, 할인료 등 비용 포함)을 일별로 산정한 후 피고가

고유계정에서 이 사건 신탁계정으로 대여한 자금에 각 일자별 이율을 적용함으로써 피고가 이 사건 신탁계정을 위해 자금을 차입하면서 부담하게 된 비용을 계산하는 것이 타당하다. 이 사건 감정결과[원고는, '이 사건 감정결과는 실제로는 피고가 1998년도 중반 또는 말경까지 외부로부터 이 사건 신탁계정으로 직접 차입을 하였음에도 이를 반영하지 않았고, 피고가 자기자금과 외부차입금을 운용하면서 얻은 수익을 고려하지 않았으며, 무효인 금전대차관계에서 발생한 이자를 유효한 것으로 전제하였을 뿐만 아니라 신뢰할 수 없는 피고 측 자료를 근거로 감정을 하였으므로, 이 사건 감정결과에 의하여 원고의 피고에 대한 비용보상 범위를 결정하여서는 안 된다'고 주장한다. 살피건대, 감정인의 감정결과는 그 감정 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 하는바(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다89320 판결 등 참조), 당심에서의 H회계법인(G)에 대한 2014. 5. 2.자 사실조회 결과에 의하면, 이 사건 감정은 '고유계정에서 이 사건 신탁계정으로 투입된 금전의 원천 및 원천별(외부조달자금 또는 자기자금) 조달비용'을 산정하기 위한 것인데, 1999년 이전에 외부로부터 이 사건 신탁계정으로 직접 차입한 단기차입금에 대한 이자비용은 이미 신탁계정의 비용으로 반영되어 있고, 피고가 자금을 운용하면서 얻은 수익 역시 이미 신탁계정의 수익으로 반영되어 있는 사실을 알 수 있다. 또한 감정인 G은 2005. 3. 30. 이전에 피고가 고유계정에서 이 사건 신탁계정으로 대여한 원금에 이자를 가산하여 재대여하는 방식으로 비용을 산정한 것에 대하여 위와 같은 이자 부리를 배제하는 감정을 하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 고려하여 감정대상에서 제외하였는바 이는 불가피한 선택이었던 것으로 보인다. 나아가 피고의 계정보조원장, 상세수지계산서 등 회계자료의 진정성립이 인정됨은 앞서 본 바와 같고, 위 감정인은 외부회계감사를 받은바 있는 피고의 재무제표상 피고의 전체 신탁계정과 그에 대한 계정별 원장에 기재된 금액의 일치 여부 및 전체 신탁계정에 대한 계정별 원장을 통하여 산정된 이 사건 신탁계정에 대한 투입금과 피고가 제시한 일별 이 사건 신탁계정에 대한 투입금의 일치 여부를 확인하였던 점, 위 감정인은 일별 가중평균차입이자율을 산정하기 위한 기본 자료와 원시 증빙자료를 금액적 중요성을 고려한 표본추출방식에 의하여 정확성을 검토한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 감정결과에 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 있다고 보기 어렵다]에 의하면, 위와 같은 방법으로 계산된 외부차입비용은 18,568,986,397원이다.

③ 피고가 자기자금으로 고유계정에서 이 사건 신탁계정에 대여한 거래가 구 신탁법 제31조 제1항에 위반된 것으로서 무효라고 하더라도, 피고는 자기자금을 이 사건 신탁계정에 대여한 것으로 인하여 신탁사무 처리를 위하여 어떤 비용을 실제로 정당하게 지급하거나 부담하게 되었는지를 주장·입증하여 비용상환을 청구할 수 있다(위 대법원 2011다18482 판결 참조). 그런데 피고는 당심에서 자기자금 조달비용에 관하여 CAPM 또는 상사 법정이율 연 6%로 계산한 이 사건 감정결과를 토대로, CAPM의 경우 11,614,664,311원, 상사 법정이율의 경우 8,456,714,834원이 각 자기자본비용에 해당한다고 주장하고 있으나, 위와 같은 감정결과만으로는 피고가 자기자금을 이 사건 신탁계정에 대여한 것으로 인하여 이 사건 신탁사무 처리를 위하여 비용을 "실제로" 지급하거나 부담하게 되었다고 인정하기에 부족하다고 볼 여지도 없지 않으므로, 여기에서는 일단 자기자본비용 전부를 원고의 비용상환의무에서 제외하기로 한다.

④ 이처럼 피고가 이 사건 신탁사무의 처리를 위하여 외부차입금을 투입함에 따라 발생한 비용은 18,568,986,397원이고, 여기에 나머지 신탁비용을 합하면 65,369,650,779원(외부차입비용 18,568,986,397원 + 매출원가 34,760,988,166원 + 판매비와 관리비 8,283,049,427원 + 영업외비용 3,668,465,713원 + 자산운용 88,161,076원)이 되는데, 원고는 피고에게 위 신탁비용에서 위 신탁수익 56,320,803,703원을 공제한 9,048,847,076원(65,369,650,779원 - 56,320,803,703원)을 지급할 의무가 있다.

5) 원고의 주장에 관한 판단 가) 이자부 대지급금 거래사실의 부존재 또는 무효 주장

원고는, '피고가 고유계정에서 신탁계정으로 돈을 빌려주는 이자부 소비대차 거래를 한 사실은 있으나 이자부 대지급금 거래를 한 사실은 없고, 설령 피고가 이자부 대지급금 거래를 하였다고 하더라도 구 신탁법 제31조 제1항에 따라 이자부 소비대차 거래가 무효라면 그 실질이 동일한 이자부 대지급금 거래 역시 무효이다'라고 주장한다.

그러나 피고가 이 사건 신탁계정과 금전소비대차 거래를 한 것이 아니라 그 실질은 수탁자인 피고가 고유계정에 보관된 자금으로 이 사건 신탁사무를 처리하기 위한 제비용을 신탁채권자에게 직접 지급하였다는 것임은 앞서 본 바와 같고, 설령 위 대지급금에 관한 이자약정인 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조가 구 신탁법 제31조 제1항에 위반되어 효력이 없다고 보더라도, 피고가 외부에서

자금을 차입하면서 부담하게 된 이자, 수수료, 할인료 등의 차입비용은 신탁사무 처리를 위하여 정당하게 부담하게 된 비용에 해당하므로 원고는 위 외부차입비용을 피고에게 지급할 의무가 있고, 이 사건 감정결과에 따른 외부차입비용과 나머지 신탁비용을 합한 금액에서 신탁수익을 공제하더라도 피고가 일부청구로서 구하는 액수를 초과함이 명백하므로, 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

나) 구체적인 대지급금 채권의 수액 등 불명 주장

원고는, '설령 이자부 대지급금 거래가 유효하다고 하더라도 대지급금 채권의 발생원인 및 발생시기, 그 수액에 관한 피고의 주장·입증이 없으므로 특정 금액의 대지급금 채권의 발생사실을 인정할 수 없다'고 주장한다.

그러나 앞서 든 증거에 의하면, 피고의 계정보조원장, 상세수지계산서 등을 통하여 대지급금 채권의 발생원인 및 발생시기, 그 수액을 알 수 있고, 피고는 위와 같은 회계자료를 바탕으로 원고에게 특정 금액의 대지급금 및 그에 대한 이자의 지급을 청구하고 있는 것이므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 신탁계산의 미이행 주장 등

원고는, '원고와 피고 사이에는 서로 발생원인을 달리하는 수개의 채권이 있으므로 위 채권들을 상호 상쇄하기 위해서는 이 사건 신탁계약 제20조에서 정한 바에 따라 상호계산 또는 이와 유사한 방법에 의하거나 민법에서 정한 변제충당의 순서에 의하여야 함에도, 피고가 단순히 쌍방 채권의 총액만을 계산하여 비용을 산정한 것은 부당하다'고 주장한다.

이 사건 신탁계약 제20조 제1항은 "신탁재산에 대한 계산기일은 매년 6. 30., 12. 31.과 신탁종료 시로 하고 피고는 당해 계산기간의 수지계산서를 작성하여 원고에게 제출한다.", 제2항은 "제1항의 수지계산에 있어서는 신탁수익을 '수입'으로 하고, 제비용을 '지출'로 하며, 수입에서 지출을 차감한 잔액을 순수익(또는 순손실)으로 한다."고 규정하고 있는 사실은 앞서 인정한 바와 같다.

그런데 원고의 이 부분 주장은 원고와 피고 사이에 발생원인 및 발생시기를 달리하는 수개의 채권이 있음을 전제로 하고 있으나, 피고의 비용상환청구권을 구성하는 각각의 비용들이 수개의 채권을 구성하는 것이 아니라 위 비용들이 합해져 단일한 비용상환청구권을 구성하는 것임은 앞서 판단한 바와 같다.

또한 ① 상법 제72조는 "상호계산은 상인간 또는 상인과 비상인 간에 상시 거래관계가 있는 경우에 일정한 기간의 거래로 인한 채권채무의 총액에 관하여 상계하고 그 잔액을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다."라고 규정하고 있는데, 원고와 피고 사이에 상시 거래관계가 있다고 볼 수 없는 점, ② 상법상 상호계산은 민법상의 상계를 기간 단위로 확대한 것으로서 상계의 대상이 되는 양 당사자 사이의 대립되는 동종 채권의 존재를 필요로 하는데, 원고가 피고의 비용상환청구권과 상계할 수 있는 동종의 채권을 보유하고 있다고 볼 수 없는 점, ③ 이 사건 신탁계약 제18조, 제19조에 의하면 신탁사무 처리비용은 신탁재산에서 부담하는 것이 원칙이므로 신탁재산으로 편입되는 신탁수익은 신탁사무 처리비용에 우선 충당되는 것이고, 이와 달리 신탁수익과 신탁비용을 일정기간 누적한 후 특정 일시에 정산하는 것이 아닌 점, ④ 이 사건 신탁계약 제20조 제1항에서 신탁재산에 대한 계산 기일을 정하면서 피고에게 수지계산서를 작성하여 제출할 의무를 부과하고 있다고 하여, 위 규정을 신탁수익이 발생할 때마다 신탁비용에 충당하는 것을 금지하는 취지로 해석할 수는 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 신탁계약 제20조가 상호계산 또는 이와 유사한 방법을 정한 것이라고 볼 수도 없다.

나아가 이 사건 신탁계약 제20조 제2항에서는 신탁수익과 제비용의 차액을 순수익 또는 순손실로 한다고 규정하고 있으므로, 피고가 신탁수익과 제비용의 총액을 계산하여 그 차액을 비용으로 산정한 것을 두고 어떠한 잘못이 있다고 할 수도 없다.

원고의 이 부분 주장 역시 받아들이기 어렵다.

라) 소멸시효 완성 주장

(1) 원고는, '원, 피고 모두 상인이므로 상사소멸시효 5년이 적용되는데 신탁계약 종료일에 발생한 대지급금 채권은 신탁계약이 종료한 다음 날로부터 5년이 경과한 2005. 12. 31. 시효 소멸하였고, 신탁계약 종료 이후에 발생한 대지급금 채권은 각 채권 발생 시로부터 5년이 경과하는 날 모두 시효 소멸하였다'고 주장한다. 이에 대하여 피고는, '피고가 원고의 이 사건 본소 제기에 대하여 응소하여 개발비용(신탁비용) 지급에 관한 항변을 하였고, 그에 관한 공방이 현재까지 계속되고 있으므로 소멸시효는 중단되었다'고 반박한다.

살피건대, 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단 사유의 하나로 규정하고 있는

재판상의 청구라 함은, 통상적으로는 권리자가 원고로서 시효를 주장하는 자를 피고로 하여 소송물인 권리를 소의 형식으로 주장하는 경우를 가리키나, 이와 반대로 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 이에 포함되고, 위와 같은 응소행위로 인한 시효중단의 효력은 피고가 현실적으로 권리를 행사하여 응소한 때에 발생한다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다78606 판결 등 참조). 피고는 2000. 12. 23. 원고에게 이 사건 건물의 미분양으로 신탁차입금 전액이 상환되지 못하였으니 그 신탁차입금 등 개발비용 185억 원을 2001. 1. 5.까지 상환하라고 통보하였으나 원고가 응하지 않았고, 이에 피고는 다시 2001. 2. 15.자 및 같은 달 22.자로 2001. 2. 28.까지 위 개발비용을 상환하지 않으면 신탁재산을 환가하여 개발비용을 회수할 것임을 통보한 사실은 앞서 본바와 같다. 그리고 피고는 원고의 이 사건 본소청구에 대하여 2004. 7. 8. 응소하여 개발비용을 상환 받지 않고서는 원고의 청구에 응할 수 없다는 항변을 하여 일부 받아들여진 바 있고 위 소송은 현재까지 계속되고 있으므로, 피고의 원고에 대한 신탁비용 등의 청구에 관한 권리는 피고의 위 응소행위로 인하여 소멸시효가 중단되었다. 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 이에 대하여 원고는, '피고가 이 사건 본소청구에 응소할 당시에는 상환 받지 못한 대지급금 및 그에 대한 이자에 관하여 주장한 사실이 없고, 단순히 개발비용을 지급하지 않는 한 원고의 청구에 응할 수 없다는 선이행항변을 한 것에 불과하므로, 시효중단의 효력이 있는 재판상 청구에 준하는 응소행위로 볼 수 없다'고 주장한다.

살피건대, 시효제도의 존재이유는 영속된 사실 상태를 존중하고 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데에 있고 특히 소멸시효에 있어서는 후자의 의미가 강하므로, 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 때에는 시효중단 사유가 되는바, 이러한 시효중단 사유로서의 재판상의 청구에는 소멸시효 대상인 그 권리 자체의 이행청구나 확인청구를 하는 경우만이 아니라, 그 권리가 발생한 기본적 법률관계를 기초로 하여 소의 형식으로 주장하는 경우에도 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있을 때에는 이에 포함된다고 보는 것이 타당하고, 시효중단 사유인 재판상 청구를 기판력이 미치는 범위와 일치하여 고찰할 필요는 없다고 할 것인바(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다19737 판결 등 참조), 비록 피고가 이 사건 본소청구에

응소하면서 대지급금 및 그에 대한 이자에 관하여 주장하지 않았다고 하더라도, 피고는 이 사건 신탁사무의 처리를 위하여 지출한 대지급금 및 이자가 발생한 기본적인 법률관계인 이 사건 신탁계약을 기초로 하여 원고에게 신탁비용의 상환을 청구하였으므로, 이는 피고가 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있다. 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(3) 원고는 또한, '피고가 원고에 대하여 가지고 있는 대지급금 및 그 이자 채권이 각각 별개의 채권에 해당함을 전제로 피고가 이 사건 본소청구에 응소하면서 채권별로 금액을 특정하였어야 한다'고 주장하나, 피고가 이 사건 신탁계약 제18조, 제19조 등을 근거로 비용상환청구권이라는 단일한 권리를 행사하고 있음은 앞서 판단한 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장 역시 받아들이기 어렵다.

마) 기타 주장

그밖에 원고는, '신탁계약이 종료된 경우 피고는 이 사건 신탁계약 제25조에 따라 최종계산을 하여야 하므로 이때 비로소 피고의 대지급금 채권이 확정되는 것이라거나, 피고의 원고에 대한 채권에는 이자를 가산하면서 원고의 피고에 대한 채권에는 이자를 가산하지 않은 것은 부당하다'는 취지로도 주장한다.

그러나 신탁사무의 처리 내지 종결을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 정당하게 지출 내지 부담한 것이라고 인정되는 한 그것이 신탁종료 전에 발생한 것인지 신탁종료 이후에 발생한 것인지에 관계없이 수익자에게 그 비용의 보상을 청구할 수 있는 것이므로(위 대법원 2006다62461 판결 참조), 신탁계약 기간 만료일에 최종계산을 한다고 하더라도 그로 인하여 피고의 대지급금 채권이 확정되는 것은 아니며, 피고가 이 사건 대지급금에 이자를 부가한 것은 이 사건 신탁계약에서 정한 바에 따른 것인 반면, 신탁수익에 대해서는 이자를 지급하기로 하는 약정이 체결되지 아니하였을 뿐만 아니라 신탁수익이 발생한 즉시 신탁재산에 편입되어 신탁사무 처리비용 등에 충당된 사실은 앞서 본바와 같으므로, 원고가 피고에 대하여 금전채권을 보유하고 있었다고 볼 수도 없다. 원고의 이 부분 주장 역시 받아들이기 어렵다.

5) 소결론 따라서 원고는 피고에게 34,584,551,805원 또는 적어도 9,048,847,076원을 상환하여야 할 의무가 있다고 할 것인바, 원고는 피고가 일부청구로서 구하는 바에 따라 피고에게

8,000,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 다음 날임이 기록상 분명한 2015. 9. 2.부터 2015. 9. 30.까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 및 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(2015. 9. 25. 대통령령 제26553호로 개정되기 전의 것)이 정한 연 20%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 및 개정된 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 주위적 본소청구 및 재환송 후 당심에서 추가된 예비적 본소청구는 모두 이유 없어 기각할 것인바, 원고의 주위적 본소청구를 일부 인용한 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 피고의 항소를 받아들여 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 주위적 본소청구를 기각하며, 재환송 후 당심에서 추가된 예비적 본소청구 및 원고의 부대항소를 모두 기각하기로 하고, 재환송 후 당심에서 제기된 피고의 반소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사여미숙

판사김재형

판사위광하

별지

1) 원고는 2015. 12. 2.자 부대항소장의 부대항소취지에서 '별지 4 목록 기재 부동산'이라고 특정하였으나, 원고가 부대항소를 하고자 하는 대상은 별지 4 목록 기재 부동산 중 '2013. 6. 27. 분할등기 되기 전 제101-1호'인데 부대항소 제기 당시에는 청구취지를 변경하지 않아 부득이하게 '별지 4 목록 기재 부동산'이라고 기재하였다는 것인바, 이후 원고는 2015. 12. 16. 청구취지를 변경하면서 '2013. 6. 27. 분할등기 되기 전 제101-1호'를 '별지 4-1 목록 기재 부동산'으로 변경하였으므로, 부대항소취지도 '별지 4-1 목록 기재 부동산'으로 변경된 것으로 본다.

2) 원고가 제출한 분양형 토지신탁계약서(갑 제2호증의 2)에는 이 사건 신탁계약이 1996. 8. 31.

체결된 것으로 기재되어 있으나, 피고가 제출한 분양형 토지신탁계약서(을 제1호증)에는 이 사건 신탁계약이 1996. 9. 9. 체결된 것으로 기재되어 있다.

3) 이 사건 신탁계약서에는 "대금지급"으로 기재되어 있으나, 이 사건 신탁계약서의 전체적인 맥락과 취지에 비추어 "대지급금"의 오키로 보이므로, 아래에서는 "대지급금"으로 쓴다.

4) 제3조(약관의 명시·설명의무)

② 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 사업자가 제1항 및 제2항의 규정에 위반하여 계약을 체결한 때에는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

5) 제6조(일반원칙)

① 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항은 무효이다.

② 약관에 다음 각 호의 1에 해당되는 내용을 정하고 있는 경우에는 당해 약관조항은 공정을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항

2. 고객이 계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항

6) 제4조(개별약정의 우선) 약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 다르게 합의한 사항이 있을 때에는 당해 합의사항은 약관에 우선한다.

7) 제42조(수탁자의 비용, 손해보상청구권)

① 수탁자는 신탁재산에 관하여 부담한 조세, 공과 기타의 비용과 이자 또는 신탁사무를 처리하기 위하여 자기에게 과실 없이 받은 손해의 보상을 받음에 있어서 신탁재산을 매각하여 다른 권리자에 우선하여 그 권리를 행사할 수 있다.

② 수탁자는 수익자에게 전항의 비용 또는 손해의 보상을 청구하거나 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다. 단, 수익자가 특정되어있지 아니하거나 존재하지 아니하는 때에는 예외로 한다.

③ 전항의 규정은 수익자가 그 권리를 포기한 경우에는 적용하지 아니한다.

8) 제31조(수탁자의 권리취득의 제한)

① 수탁자는 누구의 명의로 하든지 신탁재산을 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못한다. 단, 수익자에게 이익이 되는 것이 명백하거나 기타 정당한 이유가 있는 경우에는 법원의 허가를 얻어 신탁재산을 고유재산으로 할 수 있다.

9)구 신탁법 제33조, 신탁업법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것) 제17조의10, 신탁법감독규정(금융감독위원회 공고 2001-92) 제19조, 신탁업감독규정시행세칙(198. 12. 26. 개정) 등

10) 현행 금융투자업규정 시행세칙 별표 3. 「부동산신탁업자의 회계처리기준」에서도 다음과 같이 규정하고 있다.

제1조(차입금의 처리) 부동산 신탁업자 명의로 차입하는 자금은 신탁사업을 위한 것이라고 하더라도 고유계정의 차입금으로 처리한다.

제4조(수익 및 비용의 인식) ① 부동산 신탁업자는 다음 각 호와 같이 수익 및 비용을 인식한다.

2. 고유계정의 신탁계정에 대한 대여금이자에는 대여기간의 경과에 따라 인식한다.

3. 고유자금의 신탁계정 대여에 따른 이자수익은 신탁계정대이자에 계상하여 영업수익으로 표시한다.

4. 신탁사업을 위한 차입금의 이자비용은 신탁계정차이자에 계상하여 영업비용으로 표시한다.

11) 이 사건 신탁계약 특약사항 제5조에서 정한 대지급금 이자의 비율에 따라 비용을 계산한 것이 상세수지계산서의 '회사계정차이자'와 '회사계정차이자비용'이고, 피고는 이 사건 건물 준공 전에는 '회사계정차이자' 항목으로, 준공 이후에는 '회사계정차이자비용' 항목으로 계정과목을 구분하였다.

12) 이에 대하여 원고는, 2014. 12. 31.은 이 사건 신탁계약에서 정한 신탁계산기일이 아니므로 2014. 12. 31.을 기준으로 비용을 계산하여서는 안 된다는 취지로 주장하나, 이 사건 신탁계약이 기간 만료로 2000. 12. 31. 종료된 이상 이 사건 신탁계약에서 정한 계산기일이 적용되어야 할 이유가 없고, 피고는 이 사건 신탁계약이 종료된 이후에도 신탁사무 처리를 위하여 정당하게 비용을 지출하였음을 이유로 특정 시점을 기준으로 비용을 주장·입증하여 원고에게 청구할 수 있다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.