

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사 건 2016나2155(본소) 손해배상(기)
2016나2162(반소) 손해배상(기)

원고(반소피고), 항소인

A

대구

소송대리인 변호사 오규철

피고(반소원고), 피항소인

B

부산

피고, 피항소인

C

부산

피고들 소송대리인 법무법인 대경종합법률사무소

담당변호사 상무균

제 1 심 판 결 대구지방법원 서부지원 2016. 11. 18. 선고 2016가합739(본소),
2016가합746(반소) 판결

변 론 종 결 2017. 9. 13.

판 결 선 고 2017. 10. 18.

주 문

1. 원고(반소피고)가 당심에서 추가한 청구를 포함하여 제1심 판결 중 본소 부분을 다음과 같이 변경한다.
이 사건 본소 중 채권자대위에 의한 철거청구 및 인도청구 부분을 모두 각하하고, 직접 철거청구 및 인도청구를 모두 기각한다.
2. 본소로 인한 소송총비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

- 본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다) B과 피고 C은 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다) 또는 D 주식회사(이하 'D'이라고만 한다)에게 별지 목록 제2항 기재 건물 중 1층 건물 현관 출입문, 건물피난통로(계단) 출입문, 지하 배관·보일러출입문, 주차장타워 3층 출입문에 대한 시정(봉쇄)장치를 각 철거하고, 위 건물 중 9층, 10층을 인도하라(원고는 당심에 이르러 철거청구를 추가하였다).
- 피고 B의 반소 : 원고는 피고 B에게 5억 원과 이에 대하여 반소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(반소 청구에 관하여는 제1심 법원이 이를 기각하였으나, 피고 B이 이에 대하여 항소하지 아니하여 당심의 심판범위에서 제외되었다).

2. 원고의 항소취지

제1심 판결 중 본소 부분을 취소한다. 피고들은 D에게 별지 목록 제2항 기재 건물의 9층, 10층을 인도하라(원고는 당심에 이르러 위와 같이 본소 청구취지를 추가하

였으나, 항소심에서 새로이 청구가 추가된 부분에 대하여는 항소가 제기될 여지가 없으므로, 항소취지는 당초의 불복범위에 한정된다).

이 유

1. 기초사실

가. E 주식회사의 이 사건 토지 매수 및 건물 신축 공사

E 주식회사(이하 'E'이라 한다)는 2009. 9. 25. 별지 목록 제1항 기재 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 42억 5,000만원에 매수하고 그 명의의 소유권이전등기를 마친 다음 2010. 3. 30. D에 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주었다. 그리고 E은 이 사건 토지를 매수한 후 그 지상에 별지 목록 제2항 기재 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)을 신축하는 공사를 하였다.

나. 원고의 E에 대한 대여 및 이 사건 약정

원고는 2011. 5. 24. E에게 76억 7,852만 원을 변제기는 6개월 후로 정하여 대여하기로 하면서 다음과 같이 약정하였다(이하 '이 사건 약정'이라 한다).

1) E은 차용금 담보로 그 소유의 이 사건 토지를 원고 명의로 소유권이전등기해 줌과 아울러 그 지상에 신축 중인 이 사건 건물의 건축주 명의로 원고 명의로 변경해 주며, 이 사건 건물의 잔여공사도 책임지고 준공한다.

2) E이 이 사건 토지에 관하여 대출 중인 32억 원에 대하여, 원고는 이 사건 토지에 관하여 그 명의의 소유권이전등기를 한 다음 대출 금융기관에 담보로 제공하고 대출채무에 대하여도 연대보증한다.

3) E이 변제기간 이내에 원고에게 차용금을 모두 상환하면 원고는 E이나 그 지정

자(법인 포함)에게 이 사건 토지의 소유권을 다시 양도해 준다.

4) 이 사건 건물이 완공되면 E은 변제기간 이내에 한하여 원고에 우선하여 이 사건 건물을 매각 또는 임대할 수 있다. 다만 매각대금과 임대분양보증금으로 원고의 대여금을 우선 상환한다.

5) E이 변제기간 이내에 차용금을 상환하지 못하면 원고는 그 권한으로 이 사건 토지 및 건물을 매각하여 대여금을 변제받고, 남은 금액은 E에 반환하며 매각으로 인하여 발생하는 양도소득세는 E이 부담한다.

6) 건축주를 E에서 원고로 변경한 후 원고와 E은 건축주와 시공사 관계가 되어 신축 중인 건물에 대하여 공사금액을 24억 원(부가가치세 별도)으로 하는 도급계약을 체결한다.

7) 이 사건 건물을 준공한 다음 원고 명의의 소유권보존등기를 할 때 취득세 등의 여러 비용은 E이 부담하고, E은 이에 부수되는 모든 행정절차를 성실히 이행한다.

다. 이 사건 토지에 관한 소유권 변동 등기 및 이 사건 건물의 건축주 명의 변경

E은 그 약정에 따라 2011. 5. 27. 이 사건 토지에 관하여 같은 날 신탁재산 귀속을 원인으로 한 그 명의의 소유권이전등기를 함과 아울러 원고 명의의 같은 날 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주었고(매매대금은 41억 5,000만원으로 하였다), 원고는 바로 D에 같은 날 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주었다. 그리고 E은 약정에 따라 그 무렵 부산광역시 연제구청장에게 건축관계자변경 신청을 하였고 연제구청장은 2011. 6. 3. 이 사건 건물의 건축주를 원고로 변경하는 건축관계자변경 신고필증을 교부해 주었다. 그리고 원고도 약정에 따라 2011. 5. 28. E에 이 사건 건물의 신축공사를 공사대금 36억 원에 도급한다는 도급계약서를 작성해 주었다.

라. 이 사건 건물의 소유권보존등기 및 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기

이 사건 건물이 완공되자 원고는 2012. 3. 19. 이 사건 건물에 대한 사용승인을 받은 다음 2012. 12. 24. 이 사건 건물에 관하여 그 명의로 소유권보존등기를 마쳤고, 2014. 3. 24. D에게 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주었다.

마. 원고와 피고 B 사이의 이 사건 건물에 관한 분쟁

1) E과 동업관계에 있던 피고 B은 2012. 10.경 G를 통하여 이상찬에게 이 사건 건물 지하 1층을 주차장 용도로 임대하였다. 원고가 G에게 이러한 사실에 관하여 항의하고 피고 B 측과 의견충돌을 빚게 되자, 임차인 이상찬의 요구로 임대인이 원고로 변경되었다.

2) 원고는 2013. 1.경 피고 B과의 협의 없이 G를 통하여 이 사건 건물 1층을 오락실 용도로, 2층을 사무실 용도로 김태현 등에게 임대하였고 이를 알게 된 피고 B과 심한 갈등을 빚었다. 위 임대차계약 중 2층 부분은 2013. 7.경 종료되었고, 1층 부분도 1년의 계약기간을 채우지 못하고 조기에 중도해지되었다.

3) 원고는 2014. 6.경 이 사건 건물 6층 내지 9층의 내부공사를 진행하였으나, 며칠 후 이를 알게 된 피고 B의 항의로 공사가 중단되었다.

4) 피고 B은 E의 공동사업자로서 이 사건 건물의 공사에 관여하였고, 이 사건 건물이 완공된 이후인 2014.경부터 건물 9층, 10층 부분을 계속 점유해 왔는데, 2014. 7. 6.경 원고가 피고 B의 이 사건 건물에 관한 권리행사를 방해한다는 이유 등으로 다른 사람들이 이 사건 건물에 출입하지 못하도록 봉쇄하고 출입문에 시정장치 등을 설치하였다.

5) 원고는 피고 B의 위 4)항 행위에 관하여 업무방해 혐의로 고소하였고, 수사결

과 피고 B은 벌금형의 약식명령을 받아 정식재판을 청구하였으며 그에 따라 진행된 형사사건에서 위 업무방해 혐의에 관하여 2016. 10. 27. 무죄판결(부산지방법원 선고 2015고정2648호 사건)을 선고받았으며, 위 판결에 대한 검사의 항소를 기각하는 항소심 판결(부산지방법원 2016노4409호 사건)이 2017. 8. 11. 선고되어 2017. 8. 19. 그대로 확정되었다.

【인정근거】 다툼 없는 사실, 갑 제3, 4, 7, 8, 12, 13, 19, 22호증(특별히 표시하지 않으면 가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 2, 6 내지 12, 20호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장 요지

원고는 선택적 청구원인으로 다음과 같이 주장하면서, 피고들에 대하여 청구취지 기재와 같은 철거 및 인도를 구한다.

1) 이 사건 건물은 원래 원고 명의로 소유권보존등기를 마친 원고 소유 건물이었는데(원고는 대여금에 대한 담보로 이 사건 건물에 대한 소유권보존등기를 설정한 것이 아니라 진정한 매매계약에 기하여 위 건물의 소유권을 넘겨받은 것이다), 원고가 이 사건 건물을 D에 신탁해 그 명의로 소유권이전등기해 줌으로써 현재는 D의 소유이고, 피고들이 아무 권원 없이 원고가 신탁한 이 사건 건물에 청구취지 기재와 같은 시정장치를 불법적으로 설치하고 건물 9층, 10층 부분을 점유하고 있다. 그러므로 원고는 이 사건 건물을 실질적으로 소유하는 신탁원본 및 신탁수익의 수익자로서, 위 담보신탁계약(계약서 제9조)에 따라 이 사건 건물에 대한 보존 및 관리행위를 할 권한이 있을 뿐만 아니라 신탁종료 시 건물의 소유권이전등기를 구할 수 있는 위탁자의 지위에서, 수

탁자인 D을 대위하여 청구취지 기재 시정장치의 철거 및 이 사건 건물의 9층, 10층의 인도를 구한다.

2) 원고는 이 사건 건물을 매수한 실질적 소유자이고 담보신탁계약상 이 사건 건물에 대한 보존 및 관리행위를 할 권한을 가지고 있으므로, 이에 기하여 피고들에게 직접 청구취지 기재 시정장치의 철거 및 위 건물의 9층, 10층의 인도를 구한다. 비록 이 사건 건물의 소유자가 E이고 원고는 E로부터 이 사건 건물에 대한 양도담보권을 설정받은 양도담보권자라고 가정하더라도, 양도담보권 실행을 위하여 점유자인 피고들에 대하여 직접 그 방해 배제로서 시정장치의 철거를 구하고, 이 사건 건물의 9층, 10층의 인도를 구한다.

3) 원고는 이 사건 건물의 건축주로서 이 사건 건물을 완성하여 계속 단독 점유하거나 D과 공동으로 점유해왔는데, 피고 B은 위 건물에 대하여 유치권을 행사한다는 명목으로 원고의 점유를 침탈하여 2013. 10. 18.경 위 건물 중 9층, 10층 부분을 무단점유하다가 형사처벌을 받았다.

그러던 중 원고가 이 사건 건물 6층 내지 10층 부분의 인테리어 공사를 하던 중이던 2014. 7. 1.경 피고들은 다시 이 사건 건물 9층, 10층 부분을 무단점유하면서 원고의 인테리어 공사를 방해하고 건물피난통로(계단)로 통하는 출입문 등을 봉쇄하는 등 원고의 건물 출입을 방해하였다. 이에 원고가 이 사건 소송 중이던 2015. 9. 17.경 단전, 단수조치를 취하자 피고들은 얼마 후 위 건물 9층, 10층 부분에서 점유를 풀고 퇴거하였다.

그런데 피고들은 2017. 6. 5.경 다시 위 건물피난통로(계단) 외에도 청구취지 기재 각 출입문 등에 대하여 용접을 하는 등의 방법으로 시정장치를 하고 원고의 정당

한 점유(그 점유권원은 이 사건 약정에 기한 점유권, E에 대한 7,678,520,000원의 대여금 채권을 피담보채권으로 하는 상사유치권, 이 사건 건물의 유지 및 보존을 위하여 지출한 591,474,830원의 필요비상환청구권을 피담보채권으로 하는 민사유치권 등이다)를 방해하고 침탈하였다.

따라서 원고는 정당한 점유권이나 유치권 보호를 위하여 직접 점유자인 피고들에 대하여 그 방해 배제로서 시정장치의 철거를 구하고, 점유회수를 위하여 이 사건 건물의 9층, 10층의 인도를 구한다.

나. 판단

1) 채권자 대위에 의한 철거청구 및 인도청구 부분

채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 등 참조)¹⁾. 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니하는 경우 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 원고로서의 적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하하여야 한다(대법원 1991. 8. 27. 선고 91다13243 판결 등 참조).

부동산의 신탁에서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에서 소유권이 위탁자에게 유보되는 것은 아니다. 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 관리하

1) 피고들이 제1심에서 2015. 3. 6.자 준비서면 및 2016. 6. 10.자 준비서면을 통하여, 부동산등기부상 이 사건 건물의 소유권자는 D인 점에 비추어, 원고에게 당사자적격이 있는지 의문이라는 취지의 진술을 하기도 하였다.

여야 하는 제한을 부담함에 불과하므로, 신탁재산에 관하여는 수탁자만이 배타적인 처분·관리권을 갖는다고 할 것이고, 위탁자가 수탁자의 신탁재산에 대한 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, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2013다89938 판결 등 참조).

위 법리를 토대로 이 사건에 관하여 본다. 이 사건 건물이 완공된 후 원고가 2012. 12. 24. 위 건물에 관하여 그 명의로 소유권보존등기를 마쳤고, 2014. 3. 24. D 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 준 사실은 앞서 기초사실에서 인정된 바와 같다.

한편, 갑 제13호증의 기재에 의하면, 원고는 2014. 3. 24. D과 사이에 이 사건 건물에 관한 부동산담보신탁계약²⁾을 체결하면서, 원고는 이 사건 건물을 사실상 계속 점유·사용하고 이 사건 건물에 대한 보존·유지·수선 등 실질적인 관리행위를 하며 이에 소요되는 비용 일체를 부담하기로 약정(계약서 제9조 제1항)한 사실이 인정된다. 그러나 앞서 본 바와 같이 신탁재산인 이 사건 건물에 관하여는 수탁자인 D이 대내외적으로 소유권과 배타적인 처분·관리권을 가지는 점과 위 계약서 제9조 제1항의 문언을 고려하면, 위 약정은 원고가 이 사건 건물 중 이미 사용하고 있는 부분이 있는 경우 이를 그대로 사용할 수 있도록 D이 허용한다는 것일 뿐(위 약정에 따른 제한을 부담한다는 것일 뿐) 다른 사람들이 점유·사용하고 있는 부분(이 사건의 경우 피고들이 점유하고 있다고 원고가 주장하는 부분)까지 원고가 사용할 수 있도록 해줄 적극적인 의무를 D이 부담한다는 의미로 볼 수는 없다.

2) 신탁원본 우선수익자로서 공동1순위자는 장림새마을금고, 서부산새마을금고로, 신탁원본 및 신탁수익의 수익자는 원고로, 채무자는 E로, 수익권리금에 관한 공동1순위자는 신탁원본 우선수익자인 장림동새마을금고, 서부산새마을금고로 각 정하였다.

또한, 갑 제13호증의 기재에 의하면, 위 담보신탁계약에서 ① 원고는 D의 사전승낙이 없는 경우에는 신탁부동산에 대하여 임대차 등 권리의 설정 또는 그 현상을 변경하는 등의 방법으로 가치를 저감하는 행위를 하지 못하고(계약서 제9조 제2항), ② 원고는 신탁부동산의 가치보전 및 처분에 필요한 D의 재산관리 행위를 용인·협조하여야 하며(계약서 제9조 제4항), ③ 위 담보신탁계약 체결 이후 이 사건 건물에 관한 신규 임대차 또는 재임대차계약은 원칙적으로 D 명의로 체결하기로(계약서 제10조 제2항) 약정한 점을 알 수 있는데, 이러한 점 등을 고려해 보더라도, 원고가 D에 대한 관계에서 이 사건 건물에 관한 포괄적인 점유·사용권을 가지고 D에 대하여 원고가 점유·사용하고 있지 않은 부분을 원고가 점유·사용·관리할 수 있도록 청구할 권리가 있다거나, 위 담보신탁계약에 따라 위탁자인 원고에게 이 사건 건물에 관한 독자적인 권리로서의 점유·사용·관리권이 부여된다는 의미로 볼 수는 없다.

따라서 원고가 주장하는 권리, 즉 '위 담보신탁계약에 따라 이 사건 건물에 대한 보존행위 및 관리행위를 할 권한' 또는 '장차 신탁종료 시 D에게 이 사건 건물의 소유권이전등기를 구할 권리' 등은 채권자대위권 행사를 위한 피보전채권에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이를 피보전채권으로 삼아 D을 대위하여 이 사건 건물 중 청구취지 기재와 같은 시정장치의 철거 및 건물 9층, 10층 부분의 인도를 구하는 부분의 소는 채권자대위의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2) 직접 철거청구 및 인도청구 부분

가) 피고 B에 대한 청구 부분

(1) 담보신탁계약상 보존 및 관리권한, 실질적 소유권 또는 양도담보권에 기한 청구 부분

앞서 본 바와 같이 신탁을 원인으로 D 앞으로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 이 사건 건물의 소유권은 대내외적으로 D에 완전히 이전되었고 D이 배타적인 처분·관리권을 가진다고 할 것이므로, 이와 달리 위탁자인 원고가 담보신탁계약상 보존 및 관리행위를 할 권한을 가지고 있다거나 실질적 소유자 또는 양도담보권자(E에 대한 대여금 채권 담보 목적의 범위 내에서 소유권을 취득한 자)임을 전제로 한 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(2) 점유권 내지 유치권의 점유 방해 및 침탈을 이유로 한 청구 부분

점유권 내지 점유를 존속요건으로 하는 유치권의 점유방해배제 및 점유회수의 청구에 있어서는 그 점유를 방해받거나 침탈당하였다고 원고가 주장하는 그 당시에 실제로 이 사건 건물 중 해당 부분을 계속 점유하고 있었는지를 우선 살펴보아야 한다.

그런데 원고의 점유 주장에 부합하는 듯한 갑 제34호증(F의 진술서), 제37호증(G의 사실확인서)의 각 기재는, F³⁾은 원고가 운영하는 업체의 관리부사장인 사람이고, G는 원고로부터 이 사건 건물의 임대 및 관리 업무를 위임받았다는 사람으로서 이들은 모두 원고의 위 주장을 일방적으로 두둔하는 진술을 한 점, 위 진술 내용에 배치되는 을 제20호증(판결문⁴⁾)의 기재 등에 비추어 이를 선뜻 그대로 믿기 어렵다.

그리고 갑 제9 내지 11, 14, 15, 18 내지 33, 35, 36, 38 내지 46호증의 각 기재 및 영상만으로는, 이 사건 건물이 신축된 이래 원고가 위 건물을 계속 점유해왔다는 점, 피고 B이 2013. 10. 18.경 위 건물 중 9층, 10층 부분을 무단점유하다가 이를 이유로 형사처벌을 받았다는 점, 그 후 원고의 점유가 회복되었는데 피고 B이 2014.

3) 소송대리허가를 받아 이 사건 본소(이송 전 사건 : 대구지방법원 서부지원 2014가단23670)의 1차 변론기일에 원고 소송대리인으로 출석한 사람이다.

4) 피고 B에 대한 형사사건 항소심인 부산지방법원 2016노4409 사건의 판결문이다.

7. 1.경 다시 이 사건 건물 9층, 10층 부분을 무단점유하여 원고의 점유를 방해하거나 침탈하였다는 점, 피고 B이 2015. 9. 17.경 위 건물 9층, 10층 부분에서 점유를 풀고 퇴거하여 원고의 점유가 다시 회복되었다는 점, 그 후 피고 B이 2017. 6. 5.경 다시 청구취지 기재와 같은 시정장치를 설치하여 원고의 건물 점유를 방해하고 이 사건 건물 9층, 10층 부분에 관한 원고의 점유를 침탈하였다는 점을 각 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

오히려 앞서 본 1항의 기초사실 및 을 제2, 20호증(판결문)의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, E의 동업자인 피고 B은 이 사건 건물의 신축 공사에 초기 단계부터 관여하면서 2014.경부터 현재까지 이 사건 건물 9층, 10층 부분을 계속 점유하고 있고, 원고 주장처럼 원고가 이 사건 건물을 배타적으로 점유하던 중 원고의 정당한 점유를 방해하거나 침탈한 적은 없었던 것으로 보인다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

갑 제17, 31호증의 기재 등 원고가 제출한 증거자료만으로는 피고 B의 동생인 피고 C이 피고 B과 함께 청구취지 기재 시정장치를 설치하고 이 사건 건물 9, 10층 부분을 점유하고 있다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 피고 C에 대한 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

비록 피고 C이 피고 B과 함께 위 시정장치를 설치하고 이 사건 건물 9, 10층 부분을 점유하고 있다고 가정하더라도, 피고 B에 대하여 앞서 가)항에서 살펴본 것과 같은 이유로, 원고의 피고 C에 대한 청구는 인정될 수 없다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 본소 중 채권자대위에 의한 철거청구 및 인도청구 부분은 부적법하여 이를 모두 각하하고, 직접 철거청구 및 인도청구는 이유 없어 이를 모두 기각할 것인바, 제1심 판결 중 본소 부분은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 당심에서 추가된 원고의 청구를 포함하여 제1심 판결 중 본소 부분을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장	판사	임상기
	판사	이영진
	판사	남기정