

대 법 원

제 2 부

결 정

사 건 2021마6668 가처분이의

채권자, 재항고인 겸 상대방

주식회사 한화건설

소송대리인 법무법인(유한) 율촌 외 7인

채무자, 상대방 겸 재항고인

주식회사 더다올

소송대리인 법무법인(유한) 세종 외 4인

원 심 결 정 수원고등법원 2021. 8. 27. 자 2021라10200 결정

주 문

원심결정 중 채무자 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 수원고등법원에 환송한다.

채권자의 재항고를 기각한다.

이 유

재항고이유(기간경과 후에 제출된 재항고이유보충서 등 서면은 각 재항고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 원심의 판단

원심은, 채무자에게 이 사건 약정에 대한 법정 또는 약정 해지권이 인정되지 아니하므로 채무자의 이 사건 해지통보가 효력이 없고 따라서 채권자가 이 사건 해지통보의 효력정지를 구할 피보전권리 및 보전의 필요성이 인정된다고 판단하였다. 다만 채무자가 이 사건 약정에 따라 공사도급계약을 체결할 법적 의무까지 부담한다는 채권자의 주장은 받아들이지 않아 공사도급계약 체결금지 등의 가처분신청을 기각하였다.

## 2. 채권자의 재항고이유에 대한 판단

원심결정을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 공사도급계약 체결금지 등 가처분신청 부분을 기각한 결정은 정당하고, 거기에 재항고이유의 주장과 같이 공사도급계약 체결 의무에 관한 법리오해 및 심리미진 등의 잘못이 없다.

## 3. 채무자의 재항고이유에 대한 판단

가. 원심결정 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실관계를 알 수 있다.

1) 채무자는 2019년경부터 이 사건 공동주택신축을 위한 사업을 진행하던 중 2020. 1.경 채권자와 사이에 그 공사도급에 관한 이 사건 약정을 체결한 후, 2020. 4.경부터 채권자의 일부 연대보증(500억 원) 하에 이 사건 대출회사로부터 2,420억 원을 대출받아 이 사건 종전 토지를 매수하고 이 사건 조합으로부터 체비지를 매수하여 주택건설 사업계획에 대한 승인·고시를 받았다.

2) 이 사건 공동주택사업의 시행사인 채무자와 시공자인 채권자는 이 사건 약정에서 공사도급계약 체결에 관한 개괄적인 내용과 기준을 규정하면서 구체적인 사항은 향후 상호 협의 하에 결정하여 주택건설사업계획승인 신청 전에 공사도급계약을 체결하기로 하는 한편(제8, 9조), 분양관련 업무 대행 및 공동주택사업 입주관리 용역 발주, 수분양

자의 계약관리 등 통상 시행사의 업무인 분양과 관련한 채권자의 업무범위도 규정하였다(제5조). 나아가 공사도급계약의 체결에 따른 공사대금 외에 공동주택 기준 분양가(공급면적 평당 1,100만 원을 기준, 추후 협의를 통해 조정가능) 대비 분양수입금 증가분 중 일부(40%)도 채권자에게 배분하는 것으로 정하였다(제10조).

3) 이 사건 약정 및 그 이행을 위한 핵심적인 부분으로 볼 수 있는 공사도급계약에 관한 내용을 살펴보면, 직접공사비는 면적변경이 있을 경우 증감하고 간접공사비의 세부내역은 도급계약 체결 시 결정하기로 하는 등 공사비의 세부 내역이 추상적으로만 기재되어 있고, 공사목적물과 공사기간 및 도급공사에 대한 당사자의 의무 등 도급계약의 본질적인 내용을 이루는 부분에 대해서는 구체적으로 정하지 아니한 채 구체적인 사항은 향후 공사도급계약이 체결될 경우 협의하여 정하기로 약정하였을 뿐이다(제9조 제8항).

4) 채권자와 채무자는 2020. 12.경부터 이 사건 약정의 주된 부분인 공사도급계약과 관련하여 사업계획승인 전에 이 사건 약정에 따라 계약을 체결하기 위하여 지속적으로 협의하였으나 분양가에 관한 이견 등으로 결국 합의에 이르지 못하였고, 그 과정에서 채권자가 이 사건 약정을 근거로 시공자 및 그에 부수한 분배 수익 기대권자의 지위를 넘어 이 사건 사업에 관한 공동사업자의 지위까지 주장하고 채무자가 이를 부정하는 등 분쟁이 격화되어 합의에 의한 정상적인 사업의 진행이 곤란한 지경에 처하자, 이에 채무자는 2021. 1. 12. 신뢰관계를 유지하기 어렵다는 이유로 채권자에게 이 사건 해지 통보를 함으로써 상호간의 신뢰관계는 파탄에 이른 것으로 볼 수 있다.

나. 위 사실관계에 비추어 살펴보면, 이 사건 약정이 유효하게 존속하고 있다는 원심의 판단을 전제로 할 경우, 이 사건 약정에 따라 구체적인 공사도급계약이 체결되고

그에 기하여 시공자로서의 공사대금 상당 수익금 및 기준 분양가를 초과하는 분양수입금 중 40% 상당의 수익금에 대한 채권자의 기대와 신뢰는 이 사건 약정에 근거하여 보호받을 수 있는 법적 이익에 해당한다고 볼 수 있으므로, 같은 취지에서 채권자는 채무자를 상대로 이 사건 해지통보의 효력정지를 구할 피보전권리가 존재한다는 원심의 판단은 일응 수긍할 수 있다.

다. 그러나 원심이 더 나아가 이 사건 해지통보의 효력정지를 구할 보전의 필요성도 인정된다고 판단한 것은 수긍하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 다툼 있는 권리관계에 관하여 그것이 본안 소송에 의하여 확정되기까지 가처분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있는 경우에 허용되는 응급적·잠정적인 처분이므로, 이러한 가처분이 필요한지 여부는 당해 가처분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 대한 승패의 예상, 기타 여러 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 등 참조).

계약 해제·해지의 효력정지 가처분에서 계약 해제 등의 효력이 없음이 본안 판결에 의하여 확정된다고 하더라도 채권자는 손해배상의 방법으로 구제받을 수 있기 때문에 그 효력정지 가처분에 대한 보전의 필요성 판단에 신중을 기해야 한다. 특히 계약위반으로 인하여 채권자가 입은 손해가 금전에 의한 손해배상으로 전보될 수 있고, 달리 금전적 손해배상의 방법으로는 그 손해를 회복하기 어려운 특별한 사정이 없는 반면, 상대방의 협력 없이 그 계약의 이행 자체를 강제적으로 관철하기 어려운 성질의 계약인 경우에는 그 계약위반 및 이로 인한 손해를 주장·입증하여 손해배상의 권리구제를

받는 것은 별론으로 하고, 계약의 이행을 전제로 하는 가처분에 대한 보전의 필요성을 인정함에는 한층 신중을 기할 필요가 있다.

2) 원심결정 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실과 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 해지통보의 효력정지를 구하는 보전의 필요성에 대한 충분한 소명이 있다고 보기 어렵다.

① 채권자는 당초 이 사건 약정에 대한 채무자의 해지통보의 효력정지 외에 이 사건 공동주택사업에 대하여 제3자와의 공사도급계약 체결 또는 도급계약상 의무의 이행을 금지하는 가처분도 함께 청구하였다. 이에 대하여 원심은 이 사건 해지통보의 효력정지를 구할 피보전권리는 인정하였으나, 제3자와의 새로운 공사도급계약 체결 등의 금지를 구하는 가처분 신청부분에 관하여는 이 사건 약정에 따라 채무자가 공사도급계약을 체결할 법적 의무까지 부담하는지에 관하여 다툼의 여지가 있어 소명이 부족하다는 이유로 그 부분 가처분신청을 기각하였다.

② 원심은 이 사건 해지통보의 효력정지를 구할 피보전권리를 인정하면서, 그 근거로 이 사건 약정을 통해 이 사건 공동주택사업에 참여하여 그 분양이익을 배분받을 수 있는 채권자의 기대와 신뢰가 보호받는 법적 이익에 해당한다고 보았다. 이때 '이 사건 공동주택사업 참여를 통한 분양이익 배분의 기대와 신뢰'의 구체적인 의미가 무엇인지 이 사건 약정에 명시되어 있지는 않지만, 앞서 살펴본 바와 같이 이는 이 사건 약정에 따라 구체적인 공사도급계약이 체결되고 그에 기하여 채권자가 시공자로서의 공사대금 상당 수익금 및 기준 분양가를 초과하는 분양수입금 중 일정 비율의 수익금을 얻게 될 때 현실적으로 실현될 수 있다는 점에서 채권자와 채무자 사이에 전속적인 공사도급계약이 체결되고 그에 기하여 분양 및 시공이 이루어지는 상황을 예정한 것으로 볼 여지

가 많다. 이러한 상황이 충족되는 경우에는 '이 사건 공동주택사업 참여를 통한 분양이익 배분의 기대와 신뢰'의 보호를 위하여 채권자의 공사도급계약체결의 권리 내지 기대 자체가 피보전권리가 될 수 있는 반면, 그렇지 아니한 경우에는 그 책임의 귀속 여하에 따라 그에 상당한 금전적 손해배상채권이 피보전권리가 될 수 있을 것이다.

③ 그런데 원심결정에 의하더라도, 이 사건 해지통보의 효력이 정지될 뿐, 채무자가 채권자를 대체하여 제3자와 새로운 공사도급계약을 체결하는 것을 금지하거나 그 공사도급계약의 효력을 부정할 수 있는 지위 등의 피보전권리는 인정되지 아니함을 알 수 있다. 이러한 원심의 판단은, 이 사건 약정이 상호 합의에 의한 구체적인 공사도급계약의 체결에 기초해서만 그 진행 및 이행이 가능하게 됨은 물론, 기준 분양가의 조정에 관한 협의 등 장기간에 걸친 사업 기간 중 상호 협조가 긴요한 이 사건 사업의 특성상 상호 신뢰관계의 유지가 중요한 것으로 보이는 점, 이 사건 약정에서도 일방의 약정 불이행으로 약정이 이행되지 않을 경우에 대비한 해제 또는 해지 규정을 두고 있고, 그 경우 이 사건 사업권은 채무자에게 귀속될 뿐, 채권자로서는 금전적 손해배상으로 그 지위를 보전하는 외에 달리 이 사건 사업을 강제하거나 강행할 방법이 없는 점 등의 사정에 비추어 수긍할 수 있다.

④ 그렇다면 위와 같은 지위에 있는 채권자가 채무자의 이 사건 약정 위반으로 말미암아 '이 사건 공동주택사업 참여를 통한 분양이익 배분의 기대와 신뢰'를 침해당하여 발생하는 손해는 금전적으로 보전이 가능할뿐더러 오히려 그것이 합리적인 분쟁해결방안이라고 보인다. 원심은 그 보전의 필요성을 인정하는 부가적 사정으로 채권자의 참여 기회가 봉쇄될 경우 손해액 산정에 어려움을 겪을 것으로 보이고, 채권자가 공동으로 사업을 진행하면서 성공적 분양을 마친 이후에야 분양이익을 제대로 정산할 수 있

다는 점 등을 지적하고 있으나, 그 역시 금전적 손해배상을 전제로 하는 것일 뿐만 아니라 그러한 사정들만으로는 채권자에게 금전적으로 회복하기 어려운 손해가 발생하거나 그럴 위험이 있다고 인정할 만한 특별한 경우에 해당한다고 보기 어렵다. 이 사건 약정에 따라 향후 체결하기로 한 신탁계약상 채권자를 우선수익자로 지정한다고 정한 사정(제3조) 역시 이 사건 약정을 통해 채권자가 갖는 지위의 실질이 금전적 수익의 확보에 있음을 나타내므로, 그 침해로 인한 손해의 보전 역시 금전적 손해배상이 적절한 방법임을 알 수 있기도 하다.

3) 향후 본안 소송의 심리를 통해 이 사건 약정위반의 책임이 채무자에게 있어 채무자의 이 사건 해지통보가 무효이고, 채권자에게 이 사건 약정에 따라 장차 발생할 분양이익 등에 대한 정산을 요구할 권리가 인정된다는 판결이 확정되더라도, 채권자는 채무자의 계약위반 사실 및 이로 인해 발생한 손해를 주장·입증하여 손해배상 등의 권리구제를 받을 수 있다고 보이고, 달리 그 손해를 회복하기 어려운 특별한 사정이 있다고 보이지도 아니한다.

라. 그럼에도 원심은 이 사건 해지통보의 효력을 정지시킬 보전의 필요성이 인정된다고 판단하였고, 거기에는 임시의 지위를 정한 가처분 중 보전의 필요성에 관한 법리를 오해하여 결정에 영향을 미친 잘못이 있다. 채무자의 재항고이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

그러므로 채무자의 나머지 재항고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심결정 중 이 사건 해지통보의 효력정지에 관한 채무자 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 채권자의 재항고는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2022. 2. 8.

재판장      대법관      민유숙

                  대법관      조재연

                  대법관      이동원

주    심      대법관      천대엽