

춘천지방법원 강릉지원 2022. 1. 25 선고 2021가합30897(본소), 2021가합30903(반소) 판결
[근저당권설정등기 말소청구의 소 · 부당이득금]

전 문

원고(반소피고)A주택조합

소송대리인 법무법인(유한) 현

담당변호사 김시연

피고(탈퇴)B

피고 승계참가인(반소원고)C

소송대리인 법무법인(유한) 서울센트럴

담당변호사 김상배, 장은정, 이영주

소송복대리인 변호사 김은호

변론 종결2022. 1. 11.

판결 선고2022. 1. 25.

주 문

1. 피고 승계참가인(반소원고)은 원고(반소피고)에게서 250,000,000원과 이에 대하여 2017. 8. 17.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급받음과 동시에 원고(반소피고)에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 춘천지방법원 강릉지원 2017. 8. 16. 접수 제26907호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고(반소피고)는 피고 승계참가인(반소원고)에게 250,000,000원과 이에 대하여 2017. 8. 17.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 이 법원이 2020카정20036호 강제집행정지 신청사건에 관하여 2020. 11. 12.에 한

강제집행정지결정을 인가한다.

4. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구와 피고 승계참가인(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.

5. 소송비용 중 본소로 인하여 생긴 부분의 50%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고 승계참가인(반소원고)이 각 부담하고, 반소로 인하여 생긴 부분의 90%는 원고(반소피고)가, 나머지는 피고 승계참가인(반소원고)가 각 부담한다.

6. 제2, 3항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

청구취지(승계참가취지)

1. 본소

피고 승계참가인(반소원고, 이하 '피고 승계참가인'이라고만 한다)은 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 춘천지방법원 강릉지원 2017. 8. 16. 접수 제26907호로 마친 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

2. 반소

원고는 피고 승계참가인(반소원고)에게 250,000,000원과 이에 대하여 2017. 8. 17.부터 이 사건 반소장 부분의 송달일까지는 연 5%의, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고는 강릉시 D 일원에 공동주택 신축사업을 추진하기 위해 2017. 2. 18. 창립총회를 거쳐 주택법에 따라 설립된 지역주택조합이다. 원고의 조합규약 중 주요 부분은 다음과 같다.

제23조(총회의 의결사항)

- 1) 다음 각 호의 사항은 총회의 의결을 거쳐 결정한다.
 - ② 자금의 차입과 그 방법·이율 및 상환방법
 - ③ 예산으로 정한 사항 외에 조합원에 부담이 될 계약
 - ⑩ 기타 주택법령 및 이 규약 또는 조합설립 인가조건에서 총회의 의결을 요하는 사항
- 2) 사업의 빠른 진행을 위하여 총회 전 사업진행을 결정할 사항 발생 시 이사회에 위임.
- 3) 제1항의 규정에 의한 총회의 의결사항에 대하여는 구체적 안건에 관하여 총회의 의결을 거쳐서 이사회, 조합장 등에게 위임하기 전에는 다른 조직이나 기관으로 하여금 총회의 권한을 대행하게 할 수 없다.

제26조 [이사회의 사무]

이사회는 다음 각호의 사무를 집행한다.

- 1) 조합의 예산 및 통상사무의 집행
- 2) 총회에 상정할 안건의 심의·결정
- 3) 주택조합 업무일체 총괄(조합인가 및 변경, 조합원관리, 조합자금 차입·관리·집행, 조합의 청산 및 해산, 기타 사업추진에 따른 모든 업무 일체)
- 9) 사업의 빠른 진행을 위해 총회에서 이사회에 위임한 사항 일체

나. 원고는 2017. 5. 25. 별지 목록 기재 부동산 중 1항 기재 부동산에 관하여 2017. 3. 20.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를, 2017. 4. 18. 별지 목록 기재 부동산 중 2항 기재 부동산에 관하여 2017. 2. 28.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 각 마쳤다(별지 목록 기재 각 부동산을 '이 사건 부동산'이라 한다).

다. 원고는 2017. 8. 16. 피고(탈퇴, 이하 '피고'라고만 한다)에게서 2억 5,000만 원을 차용하기로 하는 금전소비대차계약(이하 '이 사건 금전소비대차계약'이라 한다)을 체결하였고, 피고는 같은 날 원고에게 2억 5,000만 원(이하 '이 사건 차용금'이라 한다)을 지급하였다.

라. 원고는 2017. 8. 16. 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 3억 7,500만 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 하여 2017. 8. 16.자 설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 원인으로 한 각 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

마. 이 사건 부동산에 관하여 2019. 1. 17. 이 사건 근저당권설정등기에 기한 임의경매개시결정(춘천지방법원 강릉지원 E)이 내려졌고, 2019. 1. 18. 임의경매개시결정등기가 마쳐졌다.

바. 피고 승계참가인은 이 사건 소송 계속 중인 2021. 2. 19. 피고에게서 이 사건 근저당권설정등기의 피담보채권을 양수하고, 2021. 2. 22. 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 2021. 2. 19.자 확정채권양도를 원인으로 한 근저당권이전 부기등기를 마쳤다.

사. 피고 승계참가인은 이 사건 소에 피고의 승계인으로서 승계참가하였으며, 피고는 이 사건 소에서 탈퇴하였다.

아. 피고는 2021. 6. 1. 이 사건 금전소비대차계약에 따른 대여금채권과 이에 대한 지연손해금채권 일체, 위 대여행위가 무효 등으로 효력이 없을 경우 피고의 원고에 대한 부당이득반환채권과 이에 대한 지연손해금채권 일체를 피고 승계참가인에게 양도한다는 내용의 채권양도양수계약을 체결하였고, 같은 날 원고에게 위 채권양도의 통지를 하였으며, 그 통지는 그 무렵 원고에게 도달하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 을 제4, 5, 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

원고는 지역주택조합으로서 주택법과 원고의 조합규약에 따라 자금을 차입하기 위해서는 총회의결을 거쳐야 하는데도 원고는 총회의결 없이 이 사건 금전소비대차계약을 체결하였으므로 위 계약은 무효이고, 그에 부수하여 체결된 이 사건 근저당권설정계약도 무효이다. 따라서 이 사건 근저당권설정등기는 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다.

나. 본소청구원인에 관한 판단

앞서 제시한 증거에 더하여 갑 제3호증, 을 제1호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여

인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 금전소비대차계약과 근저당권설정계약은 원고 총회의 적법한 의결을 거쳐야 하는데도 이를 거치지 않았으므로 무효라고 보는 것이 타당하다. 따라서 피고 승계참가인은 특별한 사정이 없는 한 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

① 주택법 시행령 제20조 제3항, 주택법 시행규칙 제7조 제5항 제2호에 의하면, 주택조합의 '자금의 차입과 그 방법·이자율 및 상환방법'에 관하여는 반드시 총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하고 있다. 위와 같이 총회의 의결을 거치도록 한 취지는 조합원들의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 사항에 대하여 조합원들의 의사가 반영될 수 있는 절차를 보장하기 위한 것이다. 이러한 규정의 취지에 비추어 보면, 주택법에 의해 설립된 조합이 총회결의를 거치지 않거나 총회결의의 내용에 반하는 내용으로 자금을 차입하거나 차입방법 등을 정할 경우 그 효력이 없다고 보아야 한다.

② 원고는 2017. 2. 18. 창립총회에서 "금융기관(제1금융권 및 제2금융권 포함)에서 약 110억 원을 이율 연 10% 이내의 범위에서 차입한다"는 자금의 차입계획(안)을 첨부한 "제6호 안건 : 자금의 차입과 그 방법, 이율 및 상환에 관한 건"을 상정하였고, 자금의 차입과 관련된 제반 사항을 승인하고 세부조건과 대출 약정 관련 사항은 이사회에 위임하여 결정하기로 의결하였다. 따라서 금융기관이 아닌 피고에게서 자금을 차입한 것은 창립총회에서 정한 결의에 따른 것이라고 볼 수 없다.

③ 이 사건 금전소비대차계약은 원고의 창립총회 이후인 2017. 8. 16.에 체결된 것인데, 금융기관이 아닌 일반 개인에게서 자금을 차입하는 것은 창립총회에서 의결한 차입방법으로 볼 수 없어 별도로 총회결의가 필요한데, 별도 총회결의가 있었다는 사실을 인정할 만한 아무런 증거가 없다.

④ 원고의 조합규약 제26조는 "이사회는 다음 각호의 사무를 집행한다"고 규정하면서 제3호로 "주택조합 업무 일체 총괄(조합자금 차입, 관리, 집행)"을 두고 있지만, 조합규약 제23조 제1항 제2호가 총회 의결사항의 하나로 "자금의 차입과 그 방법·이자율 및 상환방법"을 규정하고 있는 점을 고려할 때, 위 규정만으로 이사회가 독자적으로 자금을 차입할 수 있는 권한이 있다고 보기 어렵다.

다. 피고 승계참가인의 동시이행 항변에 관한 판단

1) 피고 승계참가인의 주장 이 사건 금전소비대차계약과 근저당권설정계약이 무효라면 피고가 원고에게 지급한 2억 5,000만 원은 법률상 원인이 결여된 것이고, 원고는 아무런 법률상 원인이

없다는 사실을 알면서 피고에게서 이를 받아 위 돈 상당의 이익을 얻고 피고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였으므로, 원고는 악의의 수익자로서 피고의 부당이득반환채권을 양수한 피고 승계참가인에게 위 돈과 이에 대한 이자 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 원고의 부당이득반환의무와 피고 승계참가인의 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무는 동시이행의 관계에 있으므로, 피고 승계참가인은 원고에게서 위 돈을 지급받기 전까지는 원고의 청구에 응할 수 없다.

2) 부당이득반환의무의 발생 피고는 2017. 8. 16. 원고의 계좌에 2억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 이 사건 차용금을 지급한 사실, 피고 승계참가인은 피고의 원고에 대한 부당이득반환채권을 양수한 사실은 기초 사실에서 본 바와 같다. 피고가 원고에게 위 2억 5,000만 원을 송금한 원인이 된 이 사건 금전소비대차계약과 근저당권설정계약은 무효임은 앞서 본 바와 같으므로, 원고는 법률상 원인 없이 2억 5,000만 원 상당의 이익을 얻었다고 보는 것이 타당하다. 따라서 원고는 법률상 원인 없이 위 돈 상당의 이익을 얻고 이로 인하여 피고에게 손해를 가하였으므로, 원고는 피고의 부당이득반환채권을 양수한 피고 승계참가인에게 위 돈 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다.

3) 부당이득반환의무의 범위 부당이득의 수익자가 악의라는 점에 대하여는 이를 주장하는 측에서 증명책임을 진다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결 등 참조). F조합 이사장이 이사회 의결 없이 금고 명의로 돈을 대출받은 뒤 이를 임의로 소비한 경우, 금융기관의 F조합에 대한 대출계약은 무효이고, F조합은 악의의 수익자에 해당한다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다66369 판결 취지 참조).

앞서 제시한 증거와 변론 전체의 취지를 종합하면 원고는 총회의 의결을 받지 않아 이 사건 금전소비대차계약과 근저당권설정계약이 무효라는 사정을 알면서도 피고에게서 이 사건 차용금을 받은 사실을 인정할 수 있으므로, 피고는 악의의 수익자로서 민법 제748조 제2항에 따라 그 받은 이익에다가 그 이익을 받은 날 이후의 법정이자를 가산하여 반환할 의무가 있다.

따라서 원고는 피고 승계참가인에게 2억 5,000만 원과 이에 대하여 그 이익을 받은 날 이후로서 피고 승계참가인이 구하는 2017. 8. 17.부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 이자를 지급할 의무가 있다.

이에 더하여 피고 승계참가인은 원고가 이 사건 반소장 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금도 지급할 의무가 있다고 주장하나, 당사자 쌍방의 채무가 동시이행 관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 아니하는데[대법원 2012. 12. 13. 선고 2011다50080, 2011다50097(병합) 판결 등 참조], 피고 승계참가인이 동시이행 관계에 있는 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하였다거나 그 이행을 제공하였다는 사실을 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 승계참가인의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 동시이행 동시이행의 항변권을 규정한 민법 제536조의 취지는 그것이 공평의 관념과 신의칙에 합당하기 때문이고, 위 규정이 민법 제549조에 의하여 계약해제의 경우 각 당사자의 원상회복의무에 준용되고 있는 점을 고려하면, 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 경우에도 동시이행 관계가 있다고 보아 민법 제536조를 준용해야 한다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94다31242 판결, 대법원 2007. 12. 28. 선고 2005다38843 판결 등 참조).

원고의 부당이득반환의무와 피고 승계참가인의 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차이행의무는 모두 이 사건 금전소비대차계약과 근저당권설정계약의 무효로 인하여 발생한 것으로서 공평의 원칙과 신의칙에 비추어 위 각 의무는 동시이행 관계에 있다고 보는 것이 타당하다.

따라서 피고 승계참가인은 원고에게서 부당이득금 250,000,000원과 이에 대하여 2017. 8. 17.부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 이자를 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 반소청구에 관한 판단

원고는 피고 승계참가인에게 250,000,000원과 이에 대하여 2017. 8. 17.부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 이자를 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 이는 피고 승계참가인의 원고에 대한 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무와 동시이행의 관계에 있는 것은 앞서 본 바와 같다.

그런데 원고가 피고 승계참가인의 반소청구에 대하여 동시이행항변권을 행사하지 않았으므로

동시이행판결을 할 수는 없지만, 동시이행 관계의 존재는 당사자의 주장이 없더라도 다른 채무의 이행지체를 저지하는 효과가 있는 것이므로(이른바 당연효 내지 존재효), 피고 승계참가인이 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하였다거나 그 이행을 제공하지 않은 이상 원고의 부당이득금 반환채무의 이행지체로 인한 지연손해금을 구할 수는 없다.

따라서 원고는 피고 승계참가인에게 부당이득금 250,000,000원과 이에 대하여 그 이익을 받은 날 이후로서 피고 승계참가인이 구하는 2017. 8. 17.부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 이자를 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 본소청구와 피고 승계참가인의 반소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사백대현

판사이재민

판사고병용

별지