

서울중앙지방법원 2017. 2. 9 선고 2016가합508602(본소), 2016가합581027(반소) 판결
[소유권이전등기 말소등기청구 등 · 매매대금반환]

전 문

원고(반소피고)A중중

피고(반소원고)대한민국

변론 종결 2017. 1. 12.

판결 선고 2017. 2. 9.

주 문

1. 피고(반소원고)는 원고(반소피고)로부터 제2항 기재 돈을 지급받음과 동시에 원고(반소피고)에게 가. 서울 강동구 B 임야 8,186㎡에 관하여 서울동부지방법원 강동등기소 2012. 9. 13. 접수 제50603호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고,
나. 위 임야를 인도하라.
2. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)로부터 제1항 기재 말소등기절차의 이행 및 제1항 기재 임야의 인도를 받음과 동시에 피고(반소원고)에게 1,440,736,000원 및 이에 대하여 2015. 2. 21.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 원고(반소피고)의 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.
4. 소송비용은 본소, 반소를 통틀어 그 1/2은 원고(반소피고)가, 나머지는 피고(반소원고)가 각 부담한다.
5. 제1의 나.항 및 제2항은 각 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소 : 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 주문 기재
임야(이하 '이 사건 임야'라 한다)에 관하여 마친 주문 기재 소유권이전등기(이하 '이 사건
소유권이전등기'라 한다)의 말소등기절차를 이행하고, 이 사건 임야를 인도하라.

반소 : 원고는 피고에게 1,440,736,000원 및 이에 대하여 2012. 9. 27.부터 이 사건 반소장 부분
송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을
지급하라.

이 유

1. 전제사실

- 원고는 C을 중시조로 하는 D씨 후손들을 구성원으로 하는 종중이다.
- 원고의 2005. 7. 2. 시행 종중 규약(이하 '이 사건 규약'이라 한다) 내용 중 일부는 별지 기재와 같다.
- 원고는 2012. 3. 19. E이 소집한 종중 총회에서 F, G, H, I, J, K, L, M(이하 통틀어 'F 등'이라 한다)을 종무위원으로 선출하는 결의를 하였고, F 등은 같은 날 종무위원회를 열어 E을 원고의 회장으로 선출하는 결의를 하였다.
- E 및 F 등은 2012. 8. 27. 원고의 종무위원회를 열어 '이 사건 임야를 피고에게 매도한다'는 결의를 하였다(이하 '이 사건 결의'라 한다).
- E은 원고를 대표하여 2012. 9. 6. 피고에게 원고 소유인 이 사건 임야를 매매대금 1,440,736,000원에 매도하고, 같은 달 13. 이 사건 임야에 관하여 피고 앞으로 이 사건 소유권이전등기를 마쳐주었으며, 그 무렵 피고에게 이 사건 임야를 인도하였다. 피고는 2012. 9. 27. 원고 명의 예금계좌에 위 매매대금 전액을 송금하였다.
- 원고는 2015. 2. 21. 원고 종중의 '비상대책위원회'가 소집한 종중 임시총회에서 N 외 9인(이하

'N 등'이라 한다)을 종무위원으로 선출하고, 종무위원회의 아래 회장 등 선출 결의를 추인하였으며, 이 사건 소 제기에 대한 수권 등의 결의를 하였다. 또한, 같은 날 열린 종무위원회에서는 O을 원고의 회장으로 선출하고 위 임시총회 결의와 같은 취지의 결의도 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 5, 7, 8, 12 내지 14, 17호증, 을 제1, 2호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 본소에 대한 본안전항변

가. 피고의 항변 요지

원고의 2015. 2. 21.자 총회는 이 사건 규약 제11조 제1항 또는 민법 제70조 제2항을 위반하여 소집권 없는 자에 의하여 소집된 점, 참석 종원을 확인할 신빙성 있는 증거가 없어 이 사건 규약 제11조 제3항이 정한 의사정족수를 충족하였다고 볼 수 없는 점, 종무위원 선출에 있어 이 사건 규약 제7조 제4항을 위반하여 계열별 원로종친의 추천이 없었던 점, 참석자 P, Q, R이 원고 종원인지 불분명한 점 등의 하자가 있다. 따라서 위 총회 결의 및 이에 따라 선출된 종무위원 N 등에 의한 2015. 2. 21.자 종무위원회 결의는 그 효력이 없다. 결국, 원고를 대표하여 이 사건 소를 제기한 O은 원고의 적법한 대표자가 아니다.

나. 판단

1) 원고의 2015. 2. 21.자 총회가 적법한 소집권자에 의해 소집되었는지 여부 중종의 대표자는 중종의 규약이나 관례가 있으면 그에 따라 선임하고 그것이 없다면 종장 또는 문장이 그 종원 중 성년 이상의 사람을 소집하여 선출하며, 평소에 중중에 종장이나 문장이 선임되어 있지 아니하고 선임에 관한 규약이나 관례가 없으면 현존하는 연고항존자가 종장이나 문장이 되어 국내에 거주하고 소재가 분명한 종원에게 통지하여 중중총회를 소집하고 그 회의에서 중중 대표자를 선임하는 것이 일반 관습이다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결 등). 중종의 대표 자격이 있는 연고항존자가 직접 총회를 소집하지 아니하였다 하더라도 그가 다른 종원의 총회 소집에 동의하여 그 종원으로 하여금 소집하게 하였다면 그와 같은 총회 소집을 권한 없는 자의 소집이라고 할 수 없다(대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다42908 판결 등). 또한, 종원들이 중중재산의 관리 또는 처분 등에 관하여 대표자를 선정할 필요가 있어 적법한 소집권자에게 중중총회의 소집을 요구하였으나

소집권자가 정당한 이유 없이 이를 소집하지 아니할 때에는 차석 연고항존자 또는 발기인이 총회를 소집할 수 있고 반드시 민법 제70조를 준용하여 감사가 총회를 소집하거나 종원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집하여야 하는 것은 아니다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다45636 판결 등).

아래 3.의 가.항에서 살피는 바와 같이 원고의 2012. 3. 19.자 총회 및 같은 날짜 총무위원회의 각 결의는 효력이 없으므로, 원고의 2015. 2. 21.자 총회 소집 당시 E 및 F 등이 원고의 회장 및 총무위원의 지위에 있었다고 할 수 없고, 달리 그 무렵 이 사건 규약에 따라 총회를 소집할 권한 있는 원고의 회장 등이 선출되어 있었다고 볼 자료가 없다. 또한, 갑 제17호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고의 연고항존자 S을 포함한 원고 종원 42명이 비상대책위원회를 구성하였고, 0이 비상대책위원회 위원장 자격으로 원고의 2015. 2. 21.자 총회를 소집한 사실이 인정된다. 결국, 위 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 규약 제11조 제1항 또는 민법 제70조 제2항의 요건을 갖추었는지 여부와 관계없이, 원고의 2015. 2. 21.자 총회는 적법하게 소집되었다고 보는 것이 타당하다.

2) 원고의 2015. 2. 21.자 총회의 의사정족수 충족 여부 갑 제12호증의 2의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 총회에는 T계열 종원 119명, U계열 종원 77명 합계 196명이 참석한 사실을 인정할 수 있으므로, 위 총회는 이 사건 규약 제11조 제3항이 정한 의사정족수를 충족하였다고 할 것이다[갑 제12호증의 2(위 총회 참석자 명단)에 참석 종원으로 된 자들 중 일부의 서명이나 주소 등 기재가 유사한 필체에 의해 이루어졌다고 보이는 부분이 있기는 하나, 이러한 사정만으로는 해당 종원의 서명·날인이 위조되었다고 인정하기 어렵다].

3) 원고의 2015. 2. 21.자 총회의 총무위원 선출 결의의 효력 이 사건 규약 제7조 제4항이 '총무위원은 계열별 원로종친의 추천에 의하여 총회에서 선출한다'고 정하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

그러나 갑 제12호증의 1의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 사정들 즉, 위 총회에는 원고 종중의 각 계열별 원로종친들이 참석한 것으로 보이는 점, 위 총회에서는 총무위원 선출 안건을 포함한 모든 안건이 만장일치로 결의된 점 등에 비추어 볼 때, 위 총회에 출석한 각 계열별 원로종친이 N 등에 대하여 명시적·직접적으로 추천 의사를 표시하지 않았다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 위

총회에서 한 종무위원 선출 결의의 효력을 부인할 수 없다고 봄이 상당하다.

4) 참석자 P, Q, R이 원고의 종원인지 여부 갑 제12, 19호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, P[참석자 명단(갑 제12호증의 2) 13면, 족보(갑 제19호증) 27면], Q[개명전 이름 'V', 참석자명단 6면, 족보 21면], R[족보상 성명 'W', 족보 17면]은 원고의 종원인 사실이 인정된다.

5) 소결 결국, 피고의 본안전항변은 이유 없다.

3. 본소청구

가. 이 사건 매매계약의 무효

갑 제5, 9, 10, 11, 19, 20호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, E은 원고의 2012. 3. 19.자 총회를 소집함에 있어 원고의 T계열 종원들에게는 소집통지를 하지 않았고, 이에 따라 위 총회에는 T계열 종원이 전혀 참여하지 않은 사실을 인정할 수 있고, 이를 뒤집을 반증 없다. 그러므로 위 총회는 이 사건 규약 제11조 제3항이 정한 의사정족수를 결여한 하자가 있는바, 그렇다면 위 총회의 종무위원 선출 결의, 이에 따라 선출된 종무위원 F 등에 의한 2012. 3. 19.자 종무위원회의 E에 대한 회장 선출 결의는 각 효력이 없고, E 및 F 등에 의한 2012. 8. 27.자 종무위원회의 이 사건 결의 또한 적법한 종무위원 아닌 자들에 의하여 이루어진 것으로 그 효력을 인정할 수 없으며, 달리 원고가 피고에게 이 사건 임야를 매도함에 있어 이 사건 규약 제12조 제3항 제4호, 제13조 제2항, 제18조가 정한 바에 따라 적법한 종무위원회 결의가 있었다고 인정할 증거가 없다.

따라서, 특별한 사정이 없는 이상, 원고를 대표할 권한이 없는 E이 적법한 종무위원회의 결의도 없이 원고를 대표하여 이 사건 임야를 처분하는 내용으로 체결한 이 사건 매매계약은 무효라고 할 것이다.

나. 이 사건 매매계약의 효력에 관한 피고의 주장

1) 선의, 무과실로 인한 유효 주장 피고는, 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결1)의 법리를 내세우면서, 피고로서는 이 사건 매매계약 당시 이 사건 결의가 원고의 적법한 종무위원 아닌 자들에 의해 이루어진 것임을 알지 못하였고 또한 알지 못한 데 아무런 과실이 없었으므로, 이 사건 매매계약은 유효하다고 봄이 상당하다고 주장한다.

그러나 이 사건은 위 가.항에서 살핀 바와 같이 적법한 종무위원회의 결의가 없었던 것만이 아니라

당초부터 원고를 대표할 권한 자체가 없는 E이 원고를 대표하여 원고의 종종 재산을 처분하는 이 사건 매매계약을 체결한 것이 문제되는 사안으로, 피고가 내세우는 위 대법원 판결의 사안(비법인사단을 대표하여 거래행위를 한 자의 대표권 자체가 부존재한 경우가 아니라, 비법인사단이 정관에서 대외적 거래행위에 관하여 총회의 결의를 거치도록 내부적으로 대표권을 제한하고 있음에도 대표자가 이를 거치지 않고 대외적 거래행위를 한 경우의 사안임)과는 다르다.

따라서 위 대법원 판결의 법리를 이 사건 사안에 적용할 수 없다 할 것이므로, 이 사건 결의의 무효에 관한 피고의 선의, 무과실 여부에 대해 나아가 판단할 필요 없이 피고의 위 주장은 이유 없다.

2) 표현대리의 법리에 따른 유효 주장 피고는, E이 원고의 규약이 정한 절차에 따라 원고(종무위원회)로부터 이 사건 임야에 관한 매매 전권을 위임받은 다음 이 사건 매매계약을 체결하였으므로, 설령 E의 권한에 문제가 있다고 하더라도, 피고로서는 E에게 이 사건 매매계약을 체결할 권한이 있다고 믿은 데 정당한 이유가 있다면서, 민법 제125조, 제126조가 정한 표현대리 법리에 따라 이 사건 임야의 처분행위는 유효하다고 주장한다.

살피건대, 피고의 주장과 같이 표현대리의 법리를 적용 또는 유추적용할 수 있다고 하더라도, '원고가 피고에게 E에 대한 대표권 수여를 표시'하였거나 'E의 적법한 기본대표권'이 있었다는 등 피고가 신뢰할 만한 외관을 원고가 창출하였다고 볼 만한 사정이 있음을 인정할 증거가 없고, 오히려 2012.

3. 19.자 총회나 같은 날짜 종무위원회의 각 결의가 효력이 없어 E과 F 등의 회장 및 종무위원 지위가 인정되지 아니함은 앞서 살핀 바와 같으므로, 피고의 위 주장은 더 살필 것 없이 이유 없다.

다. 말소등기 및 인도 의무

위 가.항에서 본 바와 같이 이 사건 매매계약이 무효인 이상, 피고는 원고에게 이 사건 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 이 사건 임야를 인도할 의무가 있다.

4. 반소청구

본소청구가 인용될 경우에 대비한 피고의 예비적 반소청구에 관하여 본다.

가. 부당이득반환의무의 성립 및 범위

1) 위 3.의 가.항에서 본 바와 같이 이 사건 매매계약이 무효인 이상, 원고는 피고에게 부당이득반환으로서 기 수령 매매대금 1,440,736,000원 및 이에 대하여 민법 제748조 제2항에

따라 원고가 악의의 수익자로 되었다고 인정되는 2015. 2. 21.(원고는 늦어도 2015. 2. 21.자 총회 및 종무위원회가 있었던 때에는 이 사건 매매계약이 무효라는 점을 알았다고 할 것이다)부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 이자를 반환할 의무가 있다.

2) 피고는 위 매매대금에 대하여 2012. 9. 27.(원고의 수령일)부터 2015. 2. 20.까지 발생한 이자의 지급도 구하나, 원고가 2015. 2. 21. 전에 이 사건 매매계약이 무효라는 점을 알았다고 인정할 증거 없으므로 위 기간 동안 원고가 민법 제748조 제2항의 악의의 수익자에 해당한다고 할 수 없다.

따라서 위 기간의 이자 부분 청구에 관한 피고의 주장은 이유 없다.

3) 또한 피고는 위 매매대금에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지의 이자를 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 비율로 계산한 돈으로 구하고 있으나, 민법 제748조 제2항에 의한 이자의 반환은 부당이득반환에 해당하고 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상이 아니며, 위 특례법이 정한 비율은 금전채무 이행지체로 인한 손해배상의 경우에만 적용되는 것이므로(대법원 2003. 7. 22. 선고 2001다76298 판결), 위 기간의 이자에 관하여 연 5%의 비율로 계산한 돈을 초과하는 청구 부분에 관한 피고의 주장은 이유 없다.

피고의 위 청구 부분을 '원고의 매매대금반환의무의 이행지체를 이유로 한 지연손해금'을 구하는 것으로 본다 하더라도, 아래 5.항에서 보는 바와 같이 원고의 부당이득반환의무가 피고의 말소등기 및 인도의무보다 선이행해야 할 의무라고 인정되지 아니하며, 오히려 아래 6.항에서 보는 바와 같이 원고의 부당이득반환의무는 피고의 말소등기 및 인도의무와 동시이행관계에 있다 할 것인데 피고가 말소등기 및 인도의무의 이행 또는 이행제공을 하였다는 점에 관한 아무런 주장·입증이 없는 이상 원고의 부당이득반환의무가 이행지체에 빠졌다고 할 수 없다. 따라서 위 청구 부분을 지연손해금 청구로 보더라도 이에 관한 피고의 주장은 역시 이유 없다.

나. 원고의 주장

원고는 피고가 지급한 매매대금은 원고가 아닌 E이 지급받아 임의 소비하였고 원고에게 귀속되지 않았다면 원고가 이를 반환할 의무가 없다고 다룬다.

그러나 피고가 원고 명의의 예금계좌에 매매대금 전액을 송금한 사실은 앞서 1.항에서 본 바와 같고, E이 이를 임의 소비하였는지 여부는 원고와 E 사이의 문제로서 이를 들어 피고의 부당이득반환청구를

거부할 사유가 될 수 없다. 따라서 원고의 위 주장은 더 살필 것 없이 이유 없다.

5. 본소청구에 대한 피고의 선이행항변

피고는 원고의 본소청구에 대하여, 피고의 말소등기 및 인도의무 이행보다 원고의 부당이득반환의무가 선이행되어야 한다면서 원고가 부당이득반환을 하기 전에는 피고가 본소청구에 응할 의무가 없다는 취지로 항변하므로 살피건대, 을 제1호증의 1의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 매매계약에서 원고는 피고의 매매대금 지급에 앞서 소유권이전 및 이 사건 임야 인도를 선이행하기로 약정한 사실이 인정되나, 이러한 사정만으로는 이 사건 계약의 무효에 따른 원고의 위 매매대금 반환의무가 피고의 위 말소등기 및 인도의무 이행보다 선이행되어야 한다고 할 수 없다. 피고가 들고 있는 대법원 2005. 12. 8. 선고 2003다41463 판결은 유효한 매매계약의 해석에 관한 법리를 밝힌 것으로 이 사건과 사안을 달리한다. 따라서 피고의 위 항변은 더 살필 것 없이 이유 없다.

6. 본소청구와 반소청구에 대한 쌍방의 각 동시이행항변

동시이행의 항변권을 규정한 민법 제536조의 취지는 공평의 관념과 신의칙에 합당하기 때문이므로 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 경우에도 동시이행관계가 있다고 보아 민법 제536조를 준용함이 타당하다(대법원 1993. 9. 10. 선고 93다16222 판결 등 참조).

이 사건 매매계약이 무효로 됨에 따라 위 3.항과 같이 인정된 피고의 말소등기 및 인도의무와 위 4.항과 같이 인정된 원고의 부당이득반환의무는 서로 동시이행관계에 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 쌍방의 각 동시이행항변은 이유 있다.

7. 결론

그렇다면, 피고는 원고로부터 주문 제2항 기재 돈을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 이 사건 임야를 인도할 의무가 있고, 원고는 피고로부터 위 말소등기절차의 이행 및 이 사건 임야를 인도받음과 동시에 피고에게 주문 제2항 기재 돈을 지급할 의무가 있으므로, 원고의 본소청구 및 피고의 반소청구는 각 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 각 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김현룡

판사김효진

판사강성훈

별지

1) 판결 요지 : 비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단측이 주장·입증하여야 한다.