

서울고등법원 2018. 11. 14 선고 2017나2024050(본소), 2017나2024067(반소) 판결
[소유권이전등기 등 말소 청구의 소 · 부당이득금]

재판경과

서울고등법원 2018. 11. 14 선고 2017나2024050(본소), 2017나2024067(반소) 판결
서울남부지방법원 2017. 4. 20 선고 2015가합107756 판결

전문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인 A종회

소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 전오영, 전완규

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인 1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 오민성

변론 종결 2018. 6. 20.

판결 선고 2018. 11. 14.

제1심판결 서울남부지방법원 2017. 4. 20. 선고 2015가합107756(본소),
2016가합107012(반소) 판결

주문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(반소피고)에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여,

(1) 피고(반소원고) B은 원고(반소피고)로부터 343,465,970원 및 그 중 312,685,390원에 대하여는 2016. 8. 3.부터 2017. 4. 20.까지, 30,780,580원에 대하여는 2016. 8. 3.부터 2018. 11. 14.까지는 각 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 금원을 지급받음과 동시에 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 10. 접수 제1419호로 마친 공유자전원지분전부이전등기의,

(2) 피고(반소원고) C1) 은 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 11. 접수 제1731호로 마친 근저당권설정등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

나. 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B으로부터 가.의 (1)항 기재 말소등기절차를 이행받음과 동시에 피고(반소원고) B에게 343,465,970원 및 그 중 312,685,390원에 대하여는 2016. 8. 3.부터 2017. 4. 20.까지, 30,780,580원에 대하여는 2016. 8. 3.부터 2018. 11. 14.까지는 각 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

다. 원고(반소피고)의 나머지 본소 청구 및 피고(반소원고) B의 나머지 반소청구를 각 기각한다.

2. 피고(반소원고) B이 당심에서 추가한 예비적 반소를 각하한다.

3. 소송총비용 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 원고(반소피고)가 1/4, 나머지는 피고(반소원고) B이 각 부담하고, 원고(반소피고)와 피고(반소원고) C 사이에 생긴 부분은 피고(반소원고) C이 부담한다.

4. 제1의 나.항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여,

(1) 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다) B은 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 10. 접수 제1419호로 마친 공유자전원지분전부이전등기의,

(2) 피고(반소원고) C은 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 11. 접수 제1731호로 마친
근저당권설정등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

나. 반소

원고는 피고 B에게 1,377,177,190원 및 이에 대한 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는
날까지 연 15%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결 중 반소 청구에 관한 원고 패소부분을 모두 취소한다. 위 취소부분에 해당하는 피고의 반소
청구를 기각한다.

나. 피고들

(1) 본소 : 제1심판결 중 본소 청구에 관한 부분을 취소하고, 원고의 피고들에 대한 본소 청구를 모두
기각한다.

(2) 반소 : 제1심판결 중 반소 청구에 관한 피고 B 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고 B에게
1,064,491,800원 및 이에 대한 2016. 8. 3.부터 2017. 4. 20.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다
갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라. (예비적으로) 피고 B이 별지 목록 기재
부동산과 관련하여 지출한 유익비는 70,006,090원임을 확인한다.

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 판결에 설시할 이유는 당심에서 추가된 당사자의 주장 및 증거에 관한 판단을 포함하여 제1심판결의 이유 중 일부를 아래와 같이 고쳐 쓰고, 당심에서 추가된 예비적 청구에 관하여 추가 판단하는 외에는 제1심판결의 이유 중 해당 부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 고쳐 쓰는 부분

가. 제1심판결 이유 제2항 본소청구에 관한 판단 부분(판결문 제5면)

『2. 본소청구에 관한 판단

가. 위 인정사실에 의하면, 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 마쳐진 피고 B 명의의 공유자전원지분전부이전등기는 그 기초가 된 이 사건 제소전화해조서가 위 준재심판결에 따라 취소됨으로써 원인무효의 등기가 되었고, 이에 터 잡아 이루어진 피고 C 명의의 근저당권설정등기 역시 원인무효의 등기가 되었다.

나. 이에 대하여 피고들은, 이 사건 제소전화해조서가 위 준재심판결에 따라 취소되었다고 하더라도 원고와 피고 B 사이의 2007. 9. 20.자 매매계약이 여전히 유효한 이상 피고들의 등기는 실체관계에 부합하여 유효하다는 취지로 주장하나, 앞서 인정한 사실들 및 증거들과 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음의 각 사정들에 비추어 보면, 원고와 피고 B 사이의 2007. 9. 20.자 매매계약은 원고를 대표할 권한이 없는 G이 적법한 결의 없이 원고를 대표하여 이 사건 토지를 처분하는 내용으로 체결한 것으로 무효라고 할 것이므로, 이와 다른 전제에서 하는 피고들의 주장은 이유 없다(나아가 원고 종중의 행태가 이율배반적이고, 신의칙에 반한다는 주장 또한, 위와 같은 전제에서 하는 것에 불과하므로, 이를 받아들일 수 없다).

(가) 피고들의 위와 같은 주장의 근거는 원고 종중이 재산으로 보유하고 있던 선산 등을 매각하고, 대체 선산을 매수하는 과정에서 총회 승인을 거쳐 회원이 된 32명에게 소집통지를 하여 2005. 3. 6. 그 중 20명이 참석한 총회에서 회장 G, 총무 H을 선출하였던 것이고, 2005. 3. 6. 기준 원고 종중 남자 종원이 103명이라고 하더라도 연장자순으로 30여명을 제외한 나머지는 1960년 이후 출생자들로서 종중의 의사결정에 관여할 수 없는 연령대이므로, 2005. 3. 6. 총회에 참석한 20명이 원고 종중의 의사결정을 하는 자들이었음이 명백하고, 결국 2006. 3. 6. 총회에서 이루어진 이 사건

토지에 관한 매각위임결의는 원고 종중의 의사에 부합한다는 취지로 보인다.

(나) 을 제24호증의 1의 기재의 의하면, 1994. 1. 10.자 원고 종중 규약 제5조 제1항에서 "A종중의 후손으로 조직한 종중의 총회승인을 얻어 본회의 회원이 된다"고 규정하고 있는 사실은 인정된다.

그러나, 고유 의미의 종중이란 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단체로서 그 성립을 위하여 특별한 조직행위를 필요로 함이 없이 관습상 당연히 성립하는 것으로, 고유 의미의 종중에 해당하는지의 여부는 종중의 목적, 그 성립과 조직의 경위, 구성원의 범위와 자격 기준, 종중 규약의 내용 등을 종합하여 판단하여야 할 것인바, 이미 성립된 종중의 종원 중 일부가 주동이 되어 종중 규약을 마련하고 총회를 소집하여 대표자를 선출하였다는 사정만으로 바로 종중과는 별개의 단체를 구성하였다고 단정할 수는 없고, 이는 이전부터 내려오던 종중을 조직화하는 과정상의 착오일 수도 있는 만큼, 이 경우 일부 종원의 자격을 임의로 제한한 종중 규약은 종중의 본질에 반하여 무효라고 볼 여지가 있으므로, 규약상 이와 같은 내용이 종중의 본질에 반한다 하여 바로 그 종중이 고유 의미의 종중이 아니라고 추단할 것은 아니다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다5296 판결).

(다) 종중은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목도모를 목적으로 하는 자연적 종족집단으로서 그 후손 중 성년 이상의 남자는 당연히 그 종원이 되고 별도의 결의나 약정에 의하여 일부 종원의 자격을 제한하거나 박탈할 수는 없다 할 것이므로 비록 종중의 규약상 종원명부에 등록된 자만이 종원이 될 수 있다고 규정되어 있다 하더라도 이를 근거로 삼아 종원명부에 미등재된 자의 종원자격을 부정할 수는 없는바(대법원 1991. 11. 8. 선고 91다25383 판결), 2005. 3. 6. 기준 성년 남자 종원 103명에 대한 통지 없이 이루어진 총회에서 선출된 G이 원고 종중의 적법한 대표자라고 할 수는 없다.

(라) 또한, 종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중 규약이 없으면 종중 총회의 결의에 의하여야 하므로 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92다27034 판결, 1994. 9. 30. 선고 93다27703 판결, 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결 등 참조). 원고 종중 규약 제20조 제2항은

원고 종중이 소유하는 일체의 부동산을 기본 자산으로 하고(제20조 제2항), 자산을 처분할 때는 재적회원의 3분의 2 이상이 출석한 총회에서 출석회원 3분의 2 이상의 의결에 의하여 처분한다(제21조)고 정하고 있는바, 2005. 3. 6. G을 회장으로 결의하는 것을 넘어 적법한 기본 자산에 관한 총회 결의가 있었다고도 할 수 없다.

(마) 피고들이 주장하는 바와 같이 2005. 3. 6. 기준 원고 종중 남자 종원 103명 중 연장자순으로 30여명을 제외한 나머지는 1960년 이후 출생자들로서 종중의 의사결정에 관여할 수 없는 연령대라고 하더라도, 앞서 본 법리와 이 사건 사실관계에 비추어 보면, 2005. 3. 6. 총회에 참석한 20명이 원고 종중의 의사결정을 하는 자들이었음이 명백하다고 볼 수 없음을 물론, 그러한 사정만으로 G이 원고의 대표자 자격에서 피고 B과 체결한 2007. 9. 20.자 매매계약이 원고 종중의 의사에 부합한다고 볼 수도 없다.

다. 결국 피고들은 각각 무효인 공유자전원지분전부이전등기와 근저당권설정등기를 보유함으로써 원고의 별지 목록 기재 각 토지의 소유권을 방해하고 있다. 따라서 별지 목록 기재 각 토지의 원고에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여, 피고 B은 공유자전원지분전부이전등기, 피고 C은 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.』

나. 제1심판결 이유 제4의 나. 1) 나) (2) 부분(판결문 제8~11면)

『(2) (가) 다만, 피고들이 H 명의 계좌로 이체한 금원 중 일부를 G 및 H이 원고를 위하여 사용하였다면 그 부분에 관하여는 결과적으로 원고에게 실질적인 이득이 귀속된 것으로 볼 여지가 있고, 이에 더하여 민법 제472조가 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제는 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있다고 규정하고 있는 점, 민법 제739조 제3항, 제2항, 제688조 제2항은 사무관리자가 본인의 의사에 반하여 관리한 경우라도 본인을 위하여 필요 또는 유익한 채무를 부담한 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 본인에게 자기에 갈음하여 이를 변제하게 할 수 있다고 규정하고 있는 취지를 종합하여 볼 때, G 및 H이 피고들로부터 이체받은 금원 일부를 원고를 위하여 사용한 경우에는 그로 인하여 원고가 취득한 이득 상당액을 현존이익의 한도로 피고 B에게 반환할 의무가 있다고 봄이 상당하다. 이때 원고가 취득한 금전상의 이득은 현존하는 것으로 추정된다(대법원 1969.

9. 30. 선고 69다1093 판결, 대법원 1987. 8. 18. 선고 87다카768 판결, 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다32881 판결 등 참조).

(나) 살피건대, 갑 제11호증, 을 제6, 17, 19, 22호증의 각 기재, 제1심의 R조합 서부지점에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 명의의 R조합계좌는 2007. 8. 9.까지만 사용되었을 뿐 이후 사용내역이 없고, 그 이후부터는 총무 H 명의의 통장에서 원고와 관련된 수입과 지출이 관리되었던 사실, G 및 H은 H의 통장에서 원고의 제천시 V 등 3필지 소재 제천 종중묘소 조성을 위하여 측량, 산지전용허가 등에 필요한 각종 비용으로 2008. 2. 12.부터 2009. 3. 13.까지 총 247,685,390원, 2007. 9. 14.부터 2009. 4. 14.까지 변호사비용 등 명목으로 합계 280,633,000원, 2007. 9. 5.부터 2010. 4. 5.까지 종중 운영비 등 기타비용 명목으로 합계 509,861,176원을 각 지출하였던 사실이 인정되고, 위 각 증거들, 당심의 AA, AB 변호사에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면, 위 통장에서 지출된 내역 중 종중 묘소 조성비용 247,685,390원, 소송비용 중 3,000만 원, 종중 운영비 등 기타비용 중 65,780,580원만은 원고를 위하여 사용된 것으로 판단된다.

① G과 H 등 당시 원고 종중의 의사결정을 주도하였던 종중원들은 W 토지 및 이 사건 토지를 매도한 대금을 자원으로 하여 제천시 임야 매수 및 종중묘소 이장을 추진하였는데, 2007. 9. 2.자 회의자료(갑 제11호증)에 의하면 당시 원고는 W 토지 매도대금 17억 원으로 제천시 임야를 매수하는 등으로 3억 원 이상 초과하는 지출(지출 내역 중 종중묘역 조성 관련 비용으로 보이는 순번 7, 9, 10은 1,500만 원에 불과하다)을 한 상태였고 당시 원고 종중에 이 사건 임야의 매도대금 외에 다른 재원이 있었다고 보이지 않는다.

② 이후 피고들이 이 사건 임야 매매대금으로 H 계좌로 2007. 9. 5. 1억 원, 2008. 1. 10. 546,000,000원을 입금한 이후에 위 계좌에서 2008. 2. 12.부터 2009. 3. 13.까지 총 247,685,390원이 인출되어 종중묘역 조성비용으로 사용되었던 것으로 보이고, 그 밖에 위 H 계좌 지출 내역 중 을 제19호증에서 차용증, 영수증 등 객관적인 증빙이 확인되는 내역은 2008. 2. 4. AC 차용변제금 10,600,000원, 2008. 3. 17. 10,000,000원(Y 변호사), 2008. 3. 18. 종합토지세 1,141,640원, 2008. 6. 2. 양도세 6,000,000원, 2008. 6. 10. 양도세(회계사) 8,038,940원,

2008. 9. 29. 20,000,000원(Y 변호사), 2008. 10. 1. 회계사무실 양도세 신고 40,000,000원
합계 95,780,580원이다.

③ 그 밖에 H 계좌거래내역에 나타난 개별 금융거래가 원고를 위하여 사용된 것이라고 인정할만한
개별·구체적인 증빙자료를 찾을 수 없고, 을 제17호증[문종통장 사용내역(표)]은 G 및 H이 자신들에
대한 형사사건에서 유리한 증거 내지 양형자료로 작성·제출한 것이므로 그 자체만으로 선불리 신빙할
수 없다. 또한, 소송비용으로 사용된 금액의 용도를 알 수 있는 객관적인 자료가 없는 이상, 원고가
주장하는 바와 같이 그 중 대부분이 G 및 H의 이 사건 토지 등 횡령사건에 관한 변호사보수로
지출되었을 가능성도 배제할 수 없을 뿐 아니라, 일부 원고를 위하여 사용된 비용이 있다고 하더라도
이에 관하여 아무런 주장·입증이 없는 이상 그 부분을 구분하여 특정할 수도 없다.

(다) 따라서 달리 원고를 위하여 사용된 것으로 보이는 위 금액의 현존 여부에 관한 원고의 반증이
없으므로, 앞서 본 법리에 따라 원고는 피고 B에게 위 343,465,970원(= 중중 묘소 조성비용
247,685,390원 + 객관적 증빙이 확인된 비용 95,780,580원)을 부당이득으로서 반환할 의무가
있다.』

다. 제1심판결 이유 제4의 나. 4) 부분(판결문 제13면)

『4) 소결론

원고는 피고 B에게 부당이득금 343,465,970원 및 이에 대한 피고 B이 구하는 바에 따라 이 사건
반소장 부분 송달일 다음 날인 2016. 8. 3.부터 원고가 그 이행의무의 존재여부나 범위에 관하여
항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 제1심 인용금액 312,685,390원에 대하여는 제1심 판결
선고일인 2017. 4. 20.까지, 당심에서 추가로 인용된 30,780,580원에 대하여는 당심 판결 선고일인
2018. 11. 14.까지는 각 민법에 정한 연 5%, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에
관한 특례법에 정한 연 15%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

한편, 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 타당하므로(대법원 1993. 9. 10. 선고

93다16222 판결 등 참조), 이 사건 매매계약이 무효로 됨에 따라 위 2.항과 같이 인정된 피고들의 말소등기절차이행의무와 위 4.항과 같이 인정된 원고의 부당이득반환의무는 서로 동시이행관계에 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 쌍방의 각 동시이행항변은 이유 있다.』

3. 추가 판단 부분(유익비 확인 청구)

가. 피고 B은 당심에서 피고 B이 이 사건 임야와 관련하여 지출한 측량비 1,163,800원, 인허가보증보험료 1,016,510원, 무연분묘 이장비 14,400,000원, 산지전용허가비용 53,425,780원 합계 70,006,090원에 관한 반소 청구가 기각될 경우를 대비하여 예비적으로 '피고 B이 이 사건 임야와 관련하여 지출한 유익비는 70,006,090원임을 확인한다'는 청구를 추가하면서 유익비상환청구권의 이행기가 도래하지 않은 상황에서 원고가 유익비상환의무를 다투고 있으므로 피고 B이 지출한 유익비의 존재를 확인받을 법적 필요성이 있다고 주장한다.

나. 살피건대, 확인의 소에서 '확인'의 이익이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안, 위험이 있고 이를 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에 인정되므로, 이행의 소를 제기할 수 있는데도 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불안 제거에 실효가 없고 소송경제에 반하여 '확인'의 이익이 없다(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다1264 판결). 또한, 위 유익비의 상환범위는 점유자가 유익비로 지출한 비용과 현존하는 증가액 중 회복자가 선택하는 바에 따라 정하여지므로, 유익비상환의무자인 회복자의 선택권을 위하여 그 유익비는 실제로 지출한 비용과 현존하는 증가액을 모두 산정하여야 할 것인바(대법원 2002. 11. 22. 선고 2001다40381 판결), 위 피고는 현존 증가액을 산정하기 위한 감정을 하지 않겠다는 명시적인 의사를 표시하면서 자신이 지출한 비용을 유익비로 확인받겠다는 취지로 주장하고 있을 뿐이므로, 이행의 소를 제기할 수 있는데도 확인의 소를 제기할 수밖에 없는 특별한 사정이 있는 경우라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 피고의 위와 같은 청구는 이 사건 임야와 관련하여 지출한 비용이 70,006,090원임을 확인한다는 과거 사실의 확인에 불과한 것으로 볼 여지도 있다.

다. 결국 위 피고가 당심에서 추가한 예비적 청구는 확인의 이익이 없어 부적법하고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 위 피고가 주장하는 바와 같이 을 제25호증의 1 내지 7의 각 기재만으로 위와 같은

지출로 인하여 이 사건 임야의 현존가치 증가액이 위 지출비용을 초과할 것임이 너무도 명백하다고 볼 수도 없으므로, 위 피고가 이 사건 임야에 관하여 지출한 위 비용이 피고가 원고로부터 상환받을 유익비라고 보기도 어렵다.

4. 결론

그렇다면 원고의 본소청구 및 피고 B의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 각 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하고, 원고와 피고 B이 동시이행항변을 하고 있으므로, 제1심판결을 변경하기로 하며, 피고 B이 당심에서 추가한 예비적 반소는 부적법하여 이를 각하하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사황병하

판사임효미

판사김상현

별지

1) 피고(반소원고)들은 당초 '원고(반소피고)는 피고(반소원고)들에게 1,377,177,190원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 청구취지로 이 사건 반소를 제기하였다가, 2016. 11. 4.

'원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 1,377,177,190원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 것으로 반소 청구취지를 변경하였다. 제1심법원은 피고(반소원고) C이 반소로써 아무런 청구를 하고 있지 않음은 기록상 분명하다는 이유로 피고(반소원고) C의 반소를 각하하였고, 이 부분에 대하여 피고(반소원고) C이 항소하지 아니하여 당심의 심판대상에서 제외되었다.