

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

전 문

원고(반소피고)A종회

소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 전완규

피고(반소원고)1. B

2. C

피고들 소송대리인 변호사 하광룡

피고들 소송복대리인 변호사 김덕, 유정아

변론 종결2017. 3. 14.

판결 선고2017. 4. 20.

주 문

1. 원고(반소피고)에게 별지 목록 기재 각 토지에 관하여,
가. 피고(반소원고) B은 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 10. 접수 제1419호로 마친

공유자전원지분전부이전등기의,

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

근저당권설정등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

2. 피고(반소원고) C의 반소를 각하한다.

3. 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 312,685,390원 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.

4. 피고(반소원고) B의 나머지 반소청구를 기각한다.

5. 소송비용 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 그중 원고(반소피고)가 1/6, 나머지는 피고(반소원고) B이 각 부담하고, 원고(반소피고)와 피고(반소원고) C 사이에 생긴 부분은 본소와 반소를 합하여 피고(반소원고) C이 부담한다.

6. 제3항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

본소: 주문 제1항과 같다.

반소: 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다) 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.

이 유

1. 기초사실

가. 원고 등의 지위

1) 원고는 D씨 49세 E의 후손인 62세 F를 공동선조로 하여 선조의 분묘수호와 제사 봉행을 목적으로 한 종중이다.

2) G, H은 원고의 종중원으로 등록된 32명에게만 소집통지를 하여 그중 20명이 참석한 상태에서 개최된 2005. 3. 6.자 총회에서 각각 원고의 회장, 총무로 선임된 사람이다.

나. 이 사건 토지의 매매 등

G은 2007. 9. 20. 원고를 대표하여 피고 B과 사이에 원고가 피고 B에게 이 사건 토지를 1,126,340,000원에 매도한다는 내용의 부동산매매계약(갑 제12호증 중 14면)을 체결하였다.

다. 이 사건 제소전화해조서의 성립 등

1) 피고 B은 원고를 상대로 '원고는 2007. 9. 20. 이 사건 토지를 피고 B에게 1,126,340,000원에 매도하고 그중 200,000,000원을 지급받았는데, 원고와 피고 B은 원고가 잔금수령과 동시에 피고 B에게 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기절차를 이행하기로 합의하였다'면서 제소전화해를 신청하였다. 이에 따라 2007. 12. 3. 피고 B과 원고 사이에 '원고는 피고 B으로부터 926,340,000원을 지급받음과 동시에 피고 B에게 이 사건 토지에 관하여 2007. 9. 20. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다'는 내용의 제소전화해조서(이하 '이 사건 제소전화해조서'라 한다)가 성립되었다(수원지방법원 2007자256호).

2) 피고 B은 2008. 1. 10. 이 사건 제소전화해조서에 기하여 이 사건 토지에 관하여 각 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 10. 접수 제1419호로 공유자전원지분전부이전등기를 마쳤다.

3) 같은 날 피고 B은 피고 C과 사이에 근저당권설정계약을 체결하고 다음 날인 2008. 1. 11. 이 사건 토지에 관하여 피고 C에게 수원지방법원 평택지원 2008. 1. 11. 접수 제1731호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

라. 이 사건 토지 일부의 등록전환 등

1) 이 사건 토지 중 평택시 I 임야 16,929㎡는 2008. 10. 7. J 임야 17,128㎡로 등록전환 되었다가, 2010. 5. 24. 그중 임야 342㎡가 평택시 K으로, 임야 763㎡가 L로 각 분할되었다.

2) 평택시 L 임야 763㎡는 2010. 11. 16. 그중 임야 226㎡가 M로, 임야 207㎡가 N으로, 2011. 3. 21. 임야 5㎡가 O로 각 분할되었다.

마. 이 사건 제소전화해조서의 취소 등

이후 원고는 피고 B를 상대로 이 사건 제소전화해조서의 취소를 구하는 준재심의 소를 제기하였다. 제1심 법원은 2013. 1. 21. 전체 종중원의 과반수에 현저히 미달한 종중원만이 참석한 원고의 2005. 3. 6.자 총회결의에 의하여 선임된 G은 원고의 적법한 대표자가 아니라는 이유로 이 사건 제소전화해조서를 취소하고 피고 B의 제소전화해신청을 각하하는 판결을 선고하였다(수원지방법원 2010재자1호). 이에 피고 B이 항소하였으나, 항소심 법원은 항소를 기각하였고(수원지방법원 2013나6107호), 이후 상고기각 판결의 선고로 제1심 판결이 그대로 확정되었다(대법원 2014다3108호).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 12호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제4, 18호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

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 터잡아 이루어진 피고 C 명의의 근저당권설정등기 역시 원인무효의 등기가 되었다. 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.

3. 피고 C의 반소의 적법 여부에 관한 판단

피고들은 당초 '원고는 피고들에게 1,377,177,190원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 청구취지로 이 사건 반소를 제기하였다가, 2016. 11. 4. '원고는 피고 B에게 1,377,177,190원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 것으로 반소 청구취지를 변경하였다. 이로써 피고 C은 반소로써 아무런 청구를 하고 있지 않음은 기록상 분명하다.

그렇다면 피고 C의 반소는 소의 이익이 없으므로 부적법하다.

4. 피고 B의 반소청구에 관한 판단

가. 청구원인의 요지

주위적으로, 원고는 피고 B이 매매대금으로 지급한 1,182,900,000원, 지방세 납부금액 117,271,100원, 대지조성관련비용으로 지출한 77,006,090원을 각 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 그중 대지조성관련비용은 선택적으로 유익비로서 상환할 의무가 있다.

예비적으로 원고는 피고 B에 대하여 위 금원 상당의 사용자책임 또는 법인의 불법행위책임에 기한 손해배상책임이 있다.

나. 주위적 반소청구에 관한 판단

1) 이 사건 토지 매매대금 가) 인정사실

(1) 피고 C은 2007. 9. 5. H, P, Q 명의 계좌로 각각 100,000,000원, 30,000,000원, 20,000,000원을 각 이체하였다.

(2) 피고 B은 이 사건 제소전화해조서에 기하여 별지 목록 기재 각 토지에 관하여 공유자전원지분전부이전등기를 마친 날인 2008. 1. 10. H, P, Q 명의 계좌로 각각 546,800,000원, 120,000,000원, 66,100,000원을 각 이체하였다.

(3) 이후 피고 C은 H 명의 계좌로 2008. 8. 3. 5,000,000원, 2008. 9. 1. 295,000,000원을 각 이체하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 을 제7 내지 9호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

나) 판단

부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 갖지 못한 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것인데, 이득자에게 실질적으로 이득이 귀속된 바 없다면 그 반환의무를 부담시킬 수 없다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010다37325 판결 참조). 따라서 피고들이 이체한 위 각 금원이 G 또는 H의 지정에 따라 H, P, Q 명의 계좌로 입금되었더라도, 그로 인하여 원고가 위 각 금원 상당을 이득하였다고 하기 위해서는 원고가 위 각 금원을 사실상 지배할 수 있는 상태에까지 이르러 실질적인 이득자가 되었다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것이다.

(1) 그런데 G이 원고의 회장으로, H이 총무로 각각 선임된 원고의 2005. 3. 6.자 총회결의는 전체 종중원의 과반수에 현저히 미달한 종중원만이 참석한 상태에서 이루어진 것임은 앞서 본 바와 같거나 을 제4호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되므로 원고의 2005. 3. 6.자 총회결의는

효력이 없어 G와 H은 원고의 적법한 대표자나 임원이 아니다. 이에 더하여 당시 원고가 사용하던 H A종중 명의의 R조합 서부지점 계좌(계좌번호: S, 갑 제6호증)가 별도로 있었던 점, H은 G와 공모하여 이 사건 토지를 매도한 후 매매대금 중 일부를 임의로 사용하기로 결의하여 이 사건 토지를 피고 B 명의로 공유자전원지분전부이전등기를 마쳐주어 이 사건 토지를 횡령한 범죄사실로

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄로 형사처벌을 받은 점 등의 사정까지 종합하여 보면, 결국 피고들이 이 사건 토지 매매대금을 원고를 대표하여 변제받을 권한이 없는 G 또는 H이 지정한 H, P, Q 명의 계좌로 이체하였다고 하더라도 이로써 원고가 위 금원을 수령하였다거나 위 각 계좌에 예치된 금원을 사실상 지배할 수 있는 상태에 있었다고 보기 어렵다.

특히 피고들이 2007. 9. 5. 및 2008. 1. 10. 원고와 무관한 P, Q 명의 계좌로 이체한 금원 합계 236,100,000원을 원고가 사실상 지배할 수 있는 상태에 있었다고 볼 수 없다. 또한 피고 C이 2007. 9. 5. H 명의 계좌로 이체한 100,000,000원에 관하여 보면, 2007. 9. 5.자 부동산매매계약서(을 제1호증)는 그 문면상 매도인이 G으로 기재되어 있고 G 개인의 주소, 주민등록번호, 전화번호가 각 기재되어 있어 G이 원고를 대표하여서가 아닌 개인의 지위에서 피고 B(위 계약서상에는 T이라고 기재되어 있으나 이는 오키로 보인다)과 사이에 체결한 것으로 보이는 점, 위 계약서상 계약금 100,000,000원의 지급시기가 2007. 9. 5.로 기재되어 있고 매도인 성명란 상단에 "계좌 H"이라는 기재가 있는데 이는 G와 피고 C이 2007. 9. 5. 계약금 100,000,000원을 H 명의의 계좌를 이용하여 수수하기로 약정한 취지로 해석되는 점, 위 100,000,000원의 계좌이체는 원고와 피고 B 사이의 2007. 9. 20.자 부동산매매계약이 체결되기 전에 이루어진 점 등의 사정에 비추어 보면, 위 100,000,000원의 수수는 원고와 무관하게 피고 C이 2007. 9. 5.자 부동산매매계약에 정한 바에 따라 G에게 지급한 것으로 보일 뿐이다.

(2) 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 종합하여볼 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).

(가) 제천 종중묘소 조성비용

을 제17, 19호증의 각 기재, 이 법원의 U은행에 대한 금융거래정보제출명령결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, G 및 H은 피고들이 2008. 1. 10. H 명의 계좌로 이체한 금원 중 일부로 2008. 2. 12.부터 2009. 3. 13.까지 총 247,685,390원을 원고의 제천시 V 등 3필지 소재 제천 종중묘소 조성을 위하여 측량, 산지전용허가 등에 필요한 각종 비용으로 지출한 사실이 인정된다. 위 금원은 원고를 위하여 사용된 것으로서 그 현존 여부에 관한 원고의 반증이 없으므로, 앞서 본 법리에 따라 원고는 피고 B에게 위 247,685,390원을 부당이득으로서 반환할 의무가 있다(이에 대하여 원고는 원고의 제천 종중묘소 조성비용은 이 사건 토지가 아닌 평택시 W 토지 매도대금에서 지출된 것이지 피고들이 H 명의 계좌로 이체한 금원에서 지출된 것이 아니라고 다툰다. 그러나 이에 부합하는 듯한 갑 제11호증은 2007. 9. 2. 개최된 원고 총회에 보고된 문서로서 이에 기재된 제천 종중묘소 관련 지출내역은 2007. 9. 2. 기준으로 그때까지 지출된 항목을 기재한 것으로 보일 뿐이므로, 이를 들어 위 인정을 뒤집고 원고의 제천 종중묘소 조성비용 일체가 이 사건 토지가 아닌 오로지 평택시 W 매도대금으로 지출된 것이라고 단정할 수는 없다).

(나) 종중관련 소송비용

을 제17, 19호증의 각 기재, 이 법원의 U은행에 대한 금융거래정보제출명령결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고들이 H 명의 계좌에 이체한 금원 일부가 원고의 종중원인 X이 원고 자금을 횡령한 사건과 관련하여 Y 변호사에게 그 고소대리비용으로 2008. 3. 17. 15,000,000원, 2008. 4. 15. 20,000,000원, 2008. 9. 29. 30,000,000원이 지급된 사실이 인정되고, 위 금원은 원고를 위하여 사용된 것으로서 달리 현존 여부에 관한 원고의 반증이 없으므로, 앞서 본 법리에 따라 원고는

피고 B에게 위 65,000,000원을 부당이득으로서 반환할 의무가 있다.

한편 피고 B은 위 인정금액을 초과하여 280,633,000원이 원고를 위한 소송비용으로 사용되었다고 주장하나, 이를 인정하기에 부족하고 달리 증거가 없다(피고 B의 위 주장 금액 중 대부분 부분은 G 및 H의 이 사건 토지 등 횡령사건에 관한 변호사보수로 지출된 것으로 보이는데, 이는 원고를 위하여 사용된 것이라고 보기 어렵고, 그밖에 원고를 위하여 사용된 소송비용을 특정할 수도 없다).

(다) 종종 운영비 등 기타비용

계좌거래내역에 나타난 개별 금융거래가 원고를 위하여 사용된 것이라고 인정할 만한 개별·구체적인 증빙자료를 찾을 수 없는 점, 을 제17호증은 G 및 H이 자신들에 대한 형사사건에서 유리한 증거 내지 양형자료로 작성·제출한 것이므로 그 자체만으로 선불리 신빙할 수 없는 점, 실제로 위 피고가 원고를 위하여 사용된 것이라고 주장하는 일부 거래에 관하여는 그 지출용도에 관하여 아무런 표기가 되어 있지 않은 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고 B이 제출한 증거만으로 피고들이 H 명의 계좌로 이체한 금원 중 521,117,976원이 원고 운영비 등 기타비용으로 지출되었다고 보기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 지방세 관련 부분 피고 B이 이 사건 토지를 취득하면서 취득세 29,657,820원, 등록면허세 32,353,990원, 법무사 수수료 16,870,000원, 2008년부터 2015년도 재산세 38,389,290원 합계 117,271,100원을 지출한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제10, 14호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정된다.

그러나 취득세, 등록면허세, 재산세 및 법무사 수수료는 피고 B이 이 사건 토지를 취득·소유할 목적으로 과세관청에 납부하거나 법무사에 지급한 것일 뿐, 원고가 위 금원 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 없다. 이와 다른 전제에 선 피고 B의 지방세 관련 부당이득 청구 부분은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3) 대지조성관련비용 부분 피고 B이 자신의 비용으로 측량비 1,163,800원, 인허가보증보험료 1,016,510원, 무연분묘 이장비 14,400,000원, 산지전용허가비용 53,425,780원 합계 70,006,090원을 지출하여 당초 임야였던 이 사건 토지 일부를 대지로 조성한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을 제11 내지 13, 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정된다. 피고 B은

위 금액에 더하여 대지조성 및 수목식재 비용 6,000,000원을 지출하였다고 주장하나 이를 인정할 증거가 없다.

가) 먼저 부당이득반환청구에 관하여 본다. 민법 제741조는 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한자는 그 이익을 반환하여야 한다고 부당이득반환을 규정하고 있으므로 법률상 원인없이 이득이 있다 할지라도 그로 인하여 타인에게 손해가 발생한 것이 아니라면 그 타인은 부당이득반환청구권자가 될 수 없으며(대법원 1970. 11. 24. 선고 70다1012 판결 참조), 그 손해가 있는 경우라도 손실액이 이득액보다 적을 경우에는 손실액의 한도에서만 이득액을 반환할 의무가 있다(대법원 1968. 7. 24. 선고 68다905, 906 판결, 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다카1061 판결 등 참조).

피고 B이 원고 소유인 이 사건 토지를 대지로 조성하는 비용을 지출하는 손해를 입었고 그 손실액이 70,006,090원임은 앞서 본 바와 같다. 그러나 이로 인하여 원고가 취득한 구체적인 이득액이 얼마인지에 관하여는 피고 B의 아무런 주장·입증이 없다. 따라서 피고 B의 부당이득반환청구는 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 민법 제203조 제2항에 의한 유익비상환청구에 관하여 살핀다. 통상 대지가 임야보다 공시지가가 높고 활용범위가 넓은 점 등을 고려하면, 피고 B이 이 사건 토지 일부를 임야에서 대지로 조성하기 위하여 지출한 비용은 이 사건 토지의 객관적 가치를 증가시키는 유익비에 해당한다고 봄이 상당하다.

그러나 민법 제203조 제2항의 유익비상환청구권은 점유자가 점유물을 반환할 때 또는 회복자에게서 점유물 반환을 청구받은 때에 비로소 이를 행사할 수 있는 상태가 되고 이행기가 도래하는데(대법원 1969. 7. 22. 선고 69다726 판결, 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결 등 참조), 원고가 이 사건 본소로써 별지 목록 기재 각 토지의 인도청구를 하고 있지 않음은 기록상 분명하고, 그 외에 피고 B이 원고로부터 인도청구를 받았거나 원고에게 별지 목록 기재 각 토지를 반환하였다는 점에 관한 아무런 주장·입증이 없다. 따라서 피고 B의 이 부분 청구 역시 받아들이지 아니한다.

4) 소결론 원고는 피고 B에게 부당이득금 312,685,390원(= 제천 종중묘소 조성비용 247,685,390원 + 종중관련 소송비용 65,000,000원) 및 이에 대한 피고 B이 구하는 바에 따라 이

사건 반소장 부분 송달일 다음 날인 2016. 8. 3.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2017. 4. 20.까지는 민법에 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 15%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 예비적 반소청구에 관한 판단

- 1) 법인의 불법행위책임 G을 원고의 회장으로 선임하는 내용의 2005. 3. 6.자 총회결의가 무효임에 따라 G이 원고를 대표할 권한이 없음은 앞서 본 바와 같다. 이와 달리 G이 원고의 적법한 대표자라는 전제에 선 피고 B의 이 부분 주장은 이유 없으므로 나머지 점에 관하여 더 나아가 살피지 아니한다.
- 2) 사용자책임 민법 제756조의 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계에 있는 경우에만 하는 것이 아니므로(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003다49542 판결 참조), G 및 H이 효력이 없는 원고의 2005. 3. 6.자 총회결의에 터잡아 원고의 회장 또는 총무라고 칭하면서 이 사건 토지 매매를 한 결과 피고 B이 손해를 입었다면, 특별한 사정이 없는 한 원고는 피고 B에 대하여 민법 제756조에 기한 사용자책임을 부담한다.

그러나 피용자의 불법행위가 외관상 사무집행의 범위 내에 속하는 것으로 보이는 경우에 있어서도, 피용자의 행위가 사용자나 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자의 사무집행행위에 해당하지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 사용자 혹은 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자에 대하여 사용자책임을 물을 수 없는데, 여기에서 피해자의 중대한 과실이라 함은 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 피해자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다(대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6381 판결 참조).

가) 인정사실

- (1) 피고 B은 2007. 10. 1. G 및 H과 공동으로 수원지방법원 평택지원 등기과에 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기신청서를 접수하였다.

(2) 그런데 담당 등기공무원은 소유권이전등기신청서에 첨부된 2007. 6. 12.자 결의서상 이 사건 토지 매도결의에 관한 종중원의 정족수가 미달된다고 통보하면서 2007. 10. 5. 위 결의서 원본이 필요하다는 이유로 이를 환부하였다.

(3) 그러자 G과 H은 공모하여 2007. 10.경 이 사건 토지에 관한 매매계약 체결권한 일체를 G에게 위임한다는 취지의 2007. 6. 12.자 결의서를 위조하여 등기공무원에게 위와 같이 위조된 결의서를 진정하게 성립한 것처럼 제출하였다(G과 H은 위와 같은 범죄사실로 사문서위조 및 위조사문서행사죄로 형사처벌을 받았다, 수원지방법원 평택지원 2008고정347호, 수원지방법원 2008노3593호).

(4) 한편 원고의 일부 종중원들은 이 사건 토지의 소유권이 피고 B에게 이전되는 것을 막기 위하여 수원지방법원 평택지원 등기과에 방문하여 이 사건 토지의 매매가 총회결의 없이 체결되었으니 소유권이전등기신청을 수리하여서는 안 된다는 입장을 밝히는 한편, 종중원의 관리처분권 또는 분재청구권을 피보전권리로 하여 이 사건 토지에 관하여 2007. 10. 9. 대전지방법원 천안지원 2007카단4506호로 가압류결정을 받아 2007. 10. 11. 가압류등기를 마치고, 2007. 10. 29. 대전지방법원 천안지원 2007카단4839호로 매매 등 일체의 처분행위를 금지하는 가처분결정을 받아 2007. 11. 1. 이 사건 토지의 각 1/2 지분 중 각 1/10에 관하여 가처분등기를 마쳤다.

(5) 그런데 피고 B은 2007. 11. 13. 원고를 상대로 제소전화해신청을 하였고 G이 원고를 대표하여 법원에 출석한 상태에서 이 사건 제소전화해조서가 성립되었다.

(6) 그 후 피고 B이 2008. 1. 10. 이 사건 제소전화해조서를 기초로 단독으로 소유권이전등기신청을 접수한 결과 이 사건 토지에 관하여 공유자전원지분전부이전등기가 마쳐졌다.

(7) 피고 B은 소유권이전등기신청을 접수한 직후 자신의 배우자인 피고 C과 사이에 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 3,500,000,000원의 근저당권설정계약을 체결하고 그 다음 날인 2008. 1. 11. 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 12호증, 을 제2, 4호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

나) 판단

위 인정사실에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고 B과 G이 공동으로 한

소유권이전등기신청이 정족수 미달을 이유로 환부되고 이후 위조된 2007. 6. 12.자 결의서가 제출되었음에도 등기신청이 수리되지 않는 등 통상적인 방법으로 피고 B 명의로 소유권이전등기를 마치기 어렵게 되자, 피고 B와 G은 법원의 제소전화해절차를 이용한 탈법적인 방식으로 피고 B 명의로 공유자전원지분전부이전등기를 마친 것으로 보이는 점, 그 직후 피고 B은 배우자인 피고 C 명의로 거액의 근저당권을 설정하였는데, 이는 향후 원고 종중원에 의하여 이 사건 토지 소유권을 추탈당할 수 있는 가능성을 염두에 두고 이에 대한 대비로서 한 것으로 보이는 점, 피고 B 역시 G과 H이 매매대금을 전부 지급받기도 전에 미리 소유권이전등기를 해주겠다고 하여 의아하게 생각하였다고 진술하기도 한 점 등을 종합하여 볼 때, 피고 B은 G이 원고를 대표할 적법한 권한이 없다는 사실까지 현실적으로 알지 못하였다고 하더라도, G 및 H의 종중재산 횡령이라는 불법적 행위에 편승하여 별다른 주의를 기울이지 않은 채 매매계약을 체결하고 G 및 H이 지정한 H, P, Q 명의 계좌로 매매대금을 이체하였다고 보인다. 피고 B이 조금만 주의를 기울였더라면 G이 원고를 대표하여 유효하게 이 사건 토지의 소유권을 이전하여 주거나 그 매매대금을 수령할 권한이 없음을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하였다고 봄이 상당하다.

따라서 피고 B은 앞서 본 법리에 의하여 원고에 대하여 G 및 H의 불법행위에 따른 사용자책임을 물을 수 없다. 피고 B의 이 부분 주장 역시 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 원고의 본소청구는 이유 있어 이를 인용하고, 피고 C의 반소는 부적법하여 이를 각하하며, 피고 B의 반소청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 반소청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이지현

판사남관모

판사장민하

별지