

부산지방법원 2022. 11. 10 선고 2020가합46628 판결 [사해행위취소]

전 문

원고A상가번영회

소송대리인 법무법인 재유

담당변호사 권인철, 이경민

피고1. B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인 신성

담당변호사 강동규, 김욱태, 박영주, 이찬효, 임경윤, 유상호

변론 종결2022. 7. 21.

판결 선고2022. 11. 10.

주 문

1. 원고에게,

가. 피고 B는 4,900,000원 및 이에 대하여 2018. 12. 21.부터 2020. 6. 25.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고 C은 142,919,698원 및 그 중 14,700,000원에 대하여는 2018. 12. 21.부터 2020. 6. 25.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지에 대하여는 2018. 12. 21.부터 2022. 11. 10.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

2. 원고의 피고들에 대한 나머지 청구를 모두 기각한다.

3. 소송비용 중 원고와 피고 B 사이에 생긴 부분의 19/20는 원고가, 나머지는 위 피고가 각 부담하고,

원고와 피고 C 사이에 생긴 부분의 1/2은 원고가, 나머지는 위 피고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

1. 피고들은 공동하여 원고에게 225,259,260원 및 이에 대하여 2018. 12. 21.부터 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고에게, 피고 B는 4,900,000원, 피고 C은 14,700,000원¹⁾ 및 위 각 금원에 대하여 2018. 12. 21.부터 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 각 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

원고는 부산 중구 A 상가(이하 '이 사건 상가'라 한다)의 효율적인 운영과 유지관리 등을 위하여 건물주와 임차인을 회원으로 하여 설립된 비법인 사단이자 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다)상의 관리단이다.

나. 등기부상 이 사건 공유부동산의 권리변동내역

1) 분할 전 이 사건 상가는 원래 1동의 건물이고 그 전체에 대하여 하나의 소유권이 성립된 것으로 D 단독명의로 등기가 되어 있었는데, 1980. 2. 28. D의 단독소유권이 75개 지분으로 분할되어 그 중 66개 지분은 개별로 피고 C, E, F, G, H, 망 I, 망 J, 망 K, 망 L, 망 M, N(이하 '이 사건 최초 11명'이라

한다)를 비롯한 그 당시 위 상가건물의 입점상인 앞으로, 나머지 9개 지분은 이 사건 최초 11명 앞으로 각 1980. 2. 27.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 되었다.

2) 분할 전 이 사건 상가는 1983. 7. 2. 지하 101.98m², 1층 0호 4.0m², 6층 20.10m², 옥상 99.91m²(이하 지하는 '이 사건 지하층', 1층 0호는 '이 사건 1층 점포', 6층은 '이 사건 6층 건물', 옥상은 '이 사건 옥상 건물'이라 하고, 그 전부는 '이 사건 공유부동산'이라 하며, 이 사건 지하층, 6층, 옥상은 '이 사건 지하층 등'이라 한다)을 포함하여 92개의 점포 등으로 구분되어 각각 가옥대장에 등록됨과 동시에 등기부에 등기가 되고, 위 상가건물에 관한 기존 등기부는 폐쇄되었다.

3) 구 집합건물법(1984. 4. 10. 제정되고 1985. 4. 11. 시행된 법률 제3725호, 이하 '구 집합건물법'이라 한다) 및 구 부동산등기법(1984. 4. 10. 개정되고 1985. 4. 11. 시행된 법률 제3726호)이 시행되면서 부동산등기법 부칙 제2조에 따른 대법원규칙(1985. 3. 14. 대법원규칙 제904호)에 의해 1984. 4. 10. 현재 구분건물로 등기된 건물로서 집합건물법 제1조가 정한 구분소유권의 목적인 건물'에 대한 등기용지를 개정 부동산등기법에 규정된 구분건물의 등기용지로 바꾸는 개제작업(改製作業)이 1987. 4. 9.까지 시행되었는데, 이 사건 공유부동산을 포함한 이 사건 상가건물의 각 구분건물은 개제작업이 이루어지지 않아 이에 대한 등기는 현재도 종래의 구분건물등기로 남아 있고, 소관청에 의해 그 집합건축물대장만이 편성되어 있다.

4) 한편 이 사건 공유부동산에 관한 각 등기부에 등기된 소유권변동내역은 다음과 같다.

① 이 사건 공유부동산은 1980. 2. 28. 이 사건 최초 11명 앞으로 1980. 2. 27. 매매를 원인으로 각 11분의 1지분의 소유권이전등기가 되었다.

② 이 사건 공유부동산의 망 I의 11분의 1지분은 1983. 7. 2. 1983. 4. 3.자 상속을 원인으로 P, Q 앞으로 각 231분의 6지분의, R 앞으로 231분의 1지분의, S, T 앞으로 각 231분의 4지분의 소유권이전등기가 된 다음, 이 사건 지하층, 1층 점포, 6층 건물의 P, Q, R, S, T의 각 지분이 2014. 10. 28. 2014. 10. 24.자 매매를 원인으로 U 앞으로 다시 11분의 1지분의 소유권이전등기가 되고, 2015. 3. 18. 2015. 3. 16.자 매매를 원인으로 피고 C 앞으로 소유권이전등기가 되었다.

③ 이 사건 지하층, 1층 점포, 6층 건물에 관한 G의 11분의 1지분은 2010. 11. 12. 2010. 9. 7.자 강제경매로 인한 매각을 원인으로 V 앞으로 소유권이전등기가 되고, 2014. 3. 21. 2014. 3. 20.자

매매를 원인으로 피고 C 앞으로 소유권이전등기가 된 다음, 2014. 8. 12. 2014. 8. 5.자 매매를 원인으로 W, X, Y, Z 앞으로 각 11분의 0.25지분의 소유권이전등기가 되었다.

④ 이 사건 공유부동산의 망 M의 11분의 1지분은 2015. 4. 14. 2015. 4. 13.자 매매를 원인으로 피고 C 앞으로 소유권이전등기가 되었다.

⑤ 이 사건 공유부동산의 H의 11분의 1지분은 2016. 5. 13. 2016. 5. 3.자 매매를 원인으로 피고 C 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다.

다. V 명의 공유지분과 관련한 분쟁 및 추가 업무추진비 지급 결의

1) 위 나의 4) ③항과 같이 이 사건 지하층, 1층 점포, 6층 건물의 11분의 1 공유지분에 대하여 강제경매에 기한 소유권이전등기를 마친 이후, V은 2011. 10. 26. 원고를 상대방으로 하여 부산지방법원에 이 사건 공유부동산에 관하여 자신의 공유지분 비율에 따른 임료 상당 부당이득을 구하였고, 위 법원은 2012. 9. 17. V의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였으며(부산지방법원 2011가소341748 판결), 해당 판결은 2012. 10. 12. 확정되었다.

2) V은 2013. 1. 8. 이 사건 지하층, 1층 점포, 6층 건물의 등기명의인 및 상속인인 피고 C외 25명을 상대방으로 하여 부산지방법원에 공유물분할 청구를 하였고, 위 법원은 2014. 2. 25. V의 청구를 인용하는 판결을 선고하였으며(부산지방법원 2013가단2142 판결), 해당 판결은 2014. 4. 18. 확정되었다.

3) 피고 C은 2014. 3.경 원고 이사회 의장 W, 외곽대표 이사 AA, 회계감사 N와 함께 V의 공유지분을 매수하되 그 비용은 이 사건 공유부동산 관련 적립금에서 지출하기로 합의한 후 실제 V의 공유지분을 매수하였고, 2014. 3. 21. V으로부터 자신의 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다.

4) 원고는 2014. 8. 1. 이사회를 개최하여 V으로부터 매수한 공유지분을 재산권을 주장하지 아니할 원고 회원 4명 명의로 분할하여 등기하고, 지분을 매수하는 과정에서의 공로를 인정하여 당시 감사 업무를 수행한 피고 C에게는 월 30만 원, 회장 업무를 수행한 피고 B에게는 월 10만 원씩을 추가 지급한다는 취지로 결의하였다. 이후 피고들은 2014. 8.부터 2018. 8.까지 49개월 동안 원고로부터 정관에서 정한 업무추진비 외에 매월 10만 원, 30만 원의 돈을 각 더 지급받아, 결국 피고 B는 490만 원(= 10만 원 × 49개월)을, 피고 C은 1,470만 원(= 30만 원 × 49개월)을 추가로 지급받았다.

라. 원고 회장 등의 선임과 관련한 분쟁 등

1) 원고는 2009. 12.경 피고 C이 원고의 회장직을 사임한 이후로 회장 및 감사의 선출을 위한 총회를 개최한 적이 없는데, 피고 B는 원고의 회장으로서, 피고 C은 원고의 감사로서의 업무를 각 수행하였다.

2) 이에 AB와 AC은 2017. 9. 21. 원고를 상대로 부산지방법원에 회장 등 지위 부존재확인 소를 제기하였고, 위 법원은 2018. 4. 5. 'B는 원고의 회장 지위에, C은 원고의 감사 지위에 각 있지 아니함을 확인한다'는 판결을 선고하였다(부산지방법원 2017가합49580 판결). 원고는 위 판결에 항소하였으나 부산고등법원은 2018. 11. 8. 항소를 기각하였으며(부산고등법원 2018나52887 판결), 위 판결은 2018. 11. 28. 확정되었다.

3) 이 사건 상가의 일부 구분소유자들(AC 외 24명)은 2018. 8. 20. 부산지방법원에 '① A 상가변영회 회장 및 감사의 해임, ② A 상가변영회 회장, 감사의 해임에 따른 신임 회장 및 감사의 선임' 등의 안건을 목적으로 하는 원고의 임시총회 소집허가 신청을 하였고, 위 법원은 2018. 11. 21. 위 두가지 안건을 목적으로 하는 원고의 임시총회를 소집을 허가한다는 결정(부산지방법원 2018비합200019 결정, 이하 '이 사건 소집허가 결정'이라 한다)을 하였다.

4) 원고는 2018. 12. 20. AC을 의장으로 하여 이 사건 소집허가 결정에 따른 임시총회를 개최하고 '① A 상가변영회 회장(B) 및 감사(C)의 해임, ② A 상가변영회 신임 회장(AB) 및 감사(AC)의 선임' 두가지 안건에 대한 투표를 실시하여 두 안건 모두 각 찬성 66표로 의결된 것으로 결정하였다.

5) 원고는 2021. 5. 27. AC을 의장으로 이 사건 소집허가 결정에 따른 임시총회를 다시 개최하고 'A 상가변영회 회장(AB), 업무감사(AC), 회계감사(N) 선임' 안건에 대한 투표를 실시하여 찬성 50표로 의결된 것으로 결정하였다.

마. 관련소송 및 형사고소 등 현황

1) 피고 C은 2017. 10. 27. 원고를 상대방으로 하여 부산지방법원에 이 사건 공유부동산에 관하여 자신의 공유지분에 따른 임료 상당 부당이득금을 구하였고, 위 법원은 2021. 4. 22. 피고 C의 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였다(부산지방법원 2017가단332452 판결). 원고는 위 판결에 항소하였고, 현재 항소심 재판 계속 중이다(부산지방법원 2021나49185 사건).

2) AC 등은 피고들을 횡령혐의로 고소하였으나, 검사는 2018. 10. 30. 피고들이 횡령을 하였다고 볼

증거자료가 없고 공유지분에 대하여는 현재 민사소송 진행 중에 있으며, 피고들이 회장 및 업무감사의 직책으로 이사회 개최 및 총회, 상인들과의 교류가 없었던 것은 인정되나 그와 같이 공개하지 않는다는 이유만으로 횡령을 하였다고 불만한 증거자료가 없다는 취지로 판단하고 혐의없음(증거불충분)으로 불기소결정을 하였다.

바. 원고의 정관 등

1) 원고의 현행 정관은 2009. 8.경 임시총회를 통해 개정된 것인데, 정관의 주요 내용은 다음과 같다.

제5조(회원) 본 회의 회원은 상가의 건물주 및 임차인으로 한다.

제7조(권리) 회원은 정관 및 관리규약이 정하는 바에 따라 번영회의 모든 권리와 의무를 균점하여 번영회에 대하여 의무를 가진다.

1. 각종 회의에서의 의결

회의 안건에 찬·반 투표시 건물주, 임차인 중 상의하여 1점포당 1표로 한다.

2. 총회 소집요청 요건:

상가 영업중인 과반시는 회의 시행(휴업 및 폐업상가 제외)

3. 임원의 선거권과 피선거권

4. 상가 공동시설이용

전체 공동지분(공유지)을 단독으로(1점포) 사용할 시는 회장, 부회장, 감사와 협의하여 합당한 사용료를 입출금 통장에 입금한다.(충당보수금 기금 확보)

5. 기타 상가권익을 위한 건의등

제8조(임원) 번영회에 다음 임원을 둔다.

1. 운영위원 5명(회장 1명, 부회장 2명, 감사 2명)

② 운영위원은 매월 업무의 원활을 위해 회장(30만 원), 부회장(각 10만 원), 감사(각 10만 원)의 매월 업무추진비로 월말에 지출한다.

2. 이사 10명

① 이사는 건물 보존에 관심이 많은 전례의 기존 이사회 임원 10명으로 하며, 운영위원을 겸임할 수 있다.

③ 이사회 임원은 무급으로 한다.

⑤ 모든 경비는 A 기금으로 지출한다.

제9조(선출) 회장은 회원 과반 이상에서 추천 또는 투표로 선출한다.

1. 번영회의 특수성을 감안해서 내곽, 외곽에서 협의하여 정한다.

제11조(처우)

1. 운영위원 회장은 업무추진비로 매월 30만원, 부회장은 매월 각 10만원, 감사는 매월 각 10만원으로 지출하고, 관리인, 외곽경비원은 용역회사에서 지출한다.

2. 예치금은(파이프 기금 및 비상용 기금으로 한다.

① 용역계약은 초도자금 우체국 통장으로 운영하고,

② 입출금 통장(고유번호증 연계)은 관리비 및 기타 수입금으로 하고,

③ A 외의 자금은 절대 입출금 통장을 사용할 수 없다.

④ 전례의 예치금은 이사 10명의 합의하에 정히 보관함.

제12조(회의구분)

본회의 회의는 12월 정기총회 및 긴급 임시총회로 구분 한다.

제13조(정기총회)

2. 정기총회는 다음사항을 의결한다.

- 정관 및 관리규약의 개정에 관한 사항

제14조(임시총회)

임시총회는 회장, 부회장, 감사 협의하여 필요하다고 인정될 때 이사, 위원과 합의 하에 개최 할 수 있고 타당성이 부족하면 위원 및 이사회로 개최할 수 있다.

제15조

- 모든 회의는 회원 과반수 이상의 출석으로 성립하고 출석회원 과반수 이상 찬성으로 의결한다.

- 회의 표결 중 가부 동수일 때 의장이 결정한다.

제16조(회의록 작성)

총회 및 임시총회, 이사회 총회 사항을 기록한 회의록을 작성하여 회장, 부회장, 감사 서명 날인하여

사본은 관리실에 비치하고 원본은 감사가 보관한다.

※ 일정기간 게시판에 공고하여 회의 내용을 알린다.

제17조(재정)

1. 본 회의 재정은 관리비, 건물보수충당금, 기타 수입금으로 한다.
2. 회의의 재정을 정확하게 하기 위하여 입출금 통장, 인감은 회장이 보관하고 통장은 부회장이 보관한다.
3. 기금(건물보수충당금)은 입출금 통장에 입금한다.

제20조

본 정관에 명시되지 않은 사항은 민법의 규정을 준용한다.

- 2) 원고 관리규약의 주요 내용은 다음과 같다.

제4조(권리)

1. 건물주는 선거권과 피선거권을 가지며 모든 회의에서 발언권과 의결권을 가진다. 상가운영위원 및 이사 선출권
2. 관리실에서 통보하여도 불참석 사업주는 결의에 동참하는 것으로 동의한다.

※ 게시판에 일정기간 공시

제5조(관리비의 납부 및 지출 내역)

4. 제세공과금 및 소품대(청소용구, 소득, 비닐봉투, 정화조 수거비, 청소비, 상가의 공유지분 공과금, 전기안전담당자 관리비, 수선충당보수금 등)
 5. 엘리베이터 시설은 3, 4, 5층에 귀속되고 모든 사용유지비는 사용주가 부담하고(신규시설 및 부품수리 등) 매월 정기 점검을 받는다.
- 엘리베이터(공유지 재산)은 각서에 기록된 바와 같이 당 A-칠, 건물보수충당금으로 한다.

※ 토지분, 건물분, 제세공과금 등은 전체 건물주가 지출하고 있음.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1, 2, 3, 13, 14, 27, 35, 38, 48, 64호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제2, 12, 19호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전 항변에 관한 판단

가. 피고들의 주장

AB를 원고의 대표자(회장)로 선임한 각 임시총회 결의는 아래와 같은 사유에서 무효이므로, 이 사건 소는 원고의 대표자(회장)가 아닌 AB에 의하여 제기된 것으로 부적법하다.

① AB를 회장으로 선임한 2018. 12. 20.자 임시총회 결의는 ㉠ 실제로 열리지 않았고, 서면결의로만 이루어졌으므로 집합건물관리법 및 정관상 결의방법에 위배되고, ㉡ 집합건물법 제34조에 따라 관리단 집회는 집회일 1주일 전에 회의의 목적사항을 밝혀 각 구분소유자에게 통지를 하여야 하는데, 이러한 소집통지 절차가 없었으며, ㉢ 정관 제9조 제1항은 회장 선출시 '번영회의 특수성을 감안해서 내곽, 외곽에서 협의하여 정한다'라고 규정하고 있는데 이러한 협의가 이루어지지 아니하였고, ㉣ 정관, 관리규약에 의할 때 원고 회원은 각 점포주이고 임차인은 점포주의 위임이 있을 때 회의에서 발언권과 의결권을 가지는데 위임서면결의서 중에는 점포주인지 여부가 불분명하고 위임장이 첨부되지 않은 경우가 있으며, 일부 서면결의서는 공유부지소유자로 무자격자에 의해 작성되었으므로(실체적으로 의결정족수가 충족되었는지 여부를 다투는 취지로 본다) 무효이다.

② 2018. 12. 20.자 임시총회 결의를 다시 확인하며 AB를 회장으로 선임한 2021. 5. 27.자 임시총회는 실제로 개최되지 않았을 뿐만 아니라, 이 사건 소집허가 결정은 2018. 12. 20. 임시총회 개최로 그 효력을 상실하였으므로 위 결정에 기해 임시총회를 다시 열 수 없다는 점, 의안에 반대하는 회원들의 참석자체를 차단하거나 후보자 신청을 받고 의견을 발표할 기회 등이 주어지지 않았다는 점 등 절차상 흠결이 있었으므로 그 결의는 무효이다.

나. 2018. 12. 20.자 임시총회 결의에 대한 판단

1) 임시총회 개최여부 및 서면결의가 집합건물관리법 및 정관에 위배되는지 여부 피고들은 임시총회가 실제 개최되지 않았다고 주장하나, 임시총회 회의록이 작성된 점, 해당 임시총회 결의에 따라 선임된 AB가 원고 회장으로 업무를 수행해온 점, 원고 회원들이 의결권을 행사한 서면결의서(갑 제26호증)가 실제 존재하는 점 등을 고려하면 위 임시총회 결의에 다른 하자가 있는지의 여부는 별론으로 하고 그 개최사실 자체는 넉넉히 인정할 수 있다.

피고들은 원고의 모든 회의는 회원 과반수 이상의 '출석'으로 성립하고, 여기서 '출석'은 실제로 일정한 장소에 출석·집합하여 회의를 진행한다는 의미이므로 서면결의로 진행한 위 임시총회는 정관에 위배된다는 취지로 주장한다. 살피건대, 원고 정관 제15조가 '모든 회의는 회원 과반수 이상의

출석으로 성립하고 출석회원 과반수 이상 찬성으로 의결한다'고 규정하고 있고, 임시총회 회의록에 '회의 안건은 서면결의서로 진행할 것이며 서면결의서를 제출하신 분은 회의에 참석하는 것으로 인정합니다'라고 기재된 사실은 인정되나, 원고는 당일 임시총회에 출석한 사람들에게 위 서면결의서를 수취한 것이라고 주장하고, 갑 제26호증의 각 기재에 따르면 위 임시총회 당시 모든 의결권은 '임시총회 서면결의서'로 행사되었던 것으로 보이는 바 서면결의서를 제출한 사람이 모두 회의에 '직접' 참석하지 않은 불참자라거나 위 임시총회가 서면결의로만 이루어졌다고 단정할 수 없다. 설사 위 임시총회 당시 서면결의서를 제출한 회원들 중 상당수가 '직접' 출석하지 않고 서면결의서를 대신 제출하였다고 하여도, ① 원고 정관이 준용하는 민법에 '사원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있다(제73조 제2항)'고 규정되어 있는 점, ② 집합건물법은 '관리단집회의 의사는 이 법 또는 규약에 특별한 규정이 없으면 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수로서 의결하고(제38조 제1항), 의결권은 서면이나 전자적 방법으로 또는 대리인을 통하여 행사할 수 있다(제38조 제2항)'는 취지로 규정되어 있는 점, ③ 위 '출석'의 의미를 '직접 출석'의 의미로 보면 회의 성립 요건이 과도한 부담이 될 수 있는 점, ④ 총회 등의 의결과 관련하여 '직접' 출석이라는 점이 명시적으로 기재된 경우가 아니라면 서면결의서의 제출도 '출석'으로 간주되는 것이 일반적인 용례인 점 등을 고려할 때, 서면결의서를 제출하고 출석하지 아니한 경우나 출석하여 서면결의서를 제출한 경우 모두 위 정관 상의 '출석'에 해당한다고 봄이 타당하므로, 2018. 12. 20.자 임시총회가 정관에 위배되어 개최되었다고 볼 수 없다.

2) 소집통지절차 준수 여부 집합건물법 제34조는 '관리단집회를 소집하려면 관리단집회일 1주일 전에 회의의 목적사항을 밝혀 각 구분소유자에게 통지하여야 한다'고 하고, 민법 제71조는 '총회의 소집은 1주간전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다'고 규정하고 있다.

살피건대, 앞서 든 증거, 갑 19, 26, 28, 36, 37, 41호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사실 및 사정들을 고려하면 원고는 위 임시총회소집 1주일 전인 2018. 12. 5.경 임시총회의 목적사항을 밝혀 구분소유자에게 통지하였던 것으로 보이고, 설사 구분소유자에 대한 소집통지절차가 엄격하게 준수되지 않았다고 하더라도 그것만으로 2018. 12. 20.자 임시총회결의를

무효라고 할 정도의 중대한 위법이 있다고 할 수는 없다. 이 부분 피고의 주장은 받아들일 수 없다.

① 2018. 12. 20.자 임시총회 개최 통지서가 작성되었던 것으로 보이는데, 해당 통지서에는 'A 상가번영회 회장 및 감사의 해임, A 상가번영회 회장, 감사의 해임에 따른 신임 회장 및 감사의 선임' 안건이 기재되어 있었다.

② 원고는 임시총회 개최 통지서를 일부는 등기우편으로, 일부는 일반우편으로 발송하였다고 밝히고 있는데, 실제 2018. 12. 5. AD, AE, AF, AG에게 등기우편이 발송되었음이 영수증으로 확인되고 그 외 일반우편으로 임시총회 개최 통지서를 수령하였다는 일부 피고 회원들의 사실확인서도 확인할 수 있다. 사실확인서를 제출한 회원이 25명으로 전체 회원에게 위 통지서가 발송되었는지 불명확하나, 원고(임시총회의장 AC이 통지서를 발송하였을 것으로 보임)가 임시총회 개최에 반대하는 적대적인 회원들에게 그들이 차후에 통지서를 받지 못하였다면서 이의를 제기할 것에 대비하여 등기우편으로 개최 통지서를 발송한 점을 고려하면 나머지 회원들에게 고의적으로 임시총회 개최 통지서 발송을 누락할 이유는 없을 것으로 생각된다.

③ 원고는 이전에 이루어진 총회들과 유사하게 이 사건 상가 건물 출입구 등에 임시총회 개최 통지서를 게시하였고, 이를 통해 임시총회의 개최 사실 자체는 당시 이 사건 상가에서 영업을 하던 건물주 및 임차인에게 충분히 고지된 것으로 보인다.

④ 원고 정관 제7조는 '회의 안건에 찬·반 투표시 건물주, 임차인 중 상의하여 1점포당 1표로 한다'고, 제15조는 '회원 과반수 이상의 출석으로 성립하고 출석회원 과반수 이상 찬성으로 의결한다'고 규정하고 있는데, 별지1 임시총회 의결권 행사 현황을 보면 유효한 점포 87개2) 중 이 사건 상가 내 점포의 각 구분소유자인 원고 회원들 57명이 위 임시총회 안건에 찬성하였다. 따라서 위 임시총회에 참석하지 아니한 회원들이 모두 안건에 반대한다고 하여도 그 결과에는 전혀 영향이 없는 상황이고, 원고 회원들의 집단적 의사는 임시총회 안건에 대한 찬성이 분명한 것으로 보인다.

⑤ 원고의 위 임시총회는 'A 상가번영회 회장 및 감사의 해임, A 상가번영회 회장, 감사의 해임에 따른 신임 회장 및 감사의 선임' 안건을 목적으로 하는 원고의 임시총회 소집을 허가한다는 법원의 이 사건 소집허가 결정에 따라 개최된 것이고, 결의사항은 위 안건에 국한되었으므로 회원들이 안건에 대하여 충분히 인지하고 있었던 것으로 보인다.

3) 정관 제9조 제1항에 규정된 '내곽, 외곽 협의' 여부 살피건대, 원고 정관에서 '회장은 회원 과반 이상에서 추천 또는 투표로 선출한다'고 하면서 그 하단에 '변영회의 특수성을 감안해서 내곽, 외곽에서 협의하여 정한다'고 규정하고 있는 사실이 인정된다. 그러나 원고 정관에 위 '협의'의 구체적인 방식이나 요건 등이 나타나지 않는 점, 피고 역시 협의가 없었다고 주장할 뿐 구체적으로 어떠한 방식으로 협의가 이루어져야 한다는 것인지 밝히지 않고 있는 점, 원고 정관에서 회의의 결의요건으로 과반수 이상의 출석과 출석회원 과반수 이상 찬성만을 규정하고 조건을 부가하고 있지 않는 점 등을 종합하면 '내곽, 외곽 협의'는 주의적인 성격의 규정이라고 생각되고, 위 임시총회 결의에 외곽점포 건물주 10명이 찬성으로 의결에 참여한 점을 볼 때 협의가 완전히 없었던 것이라 단정짓기도 힘들다. 따라서, '내곽, 외곽 협의'가 없었음을 이유로 위 임시총회 결의의 효력이 무효라는 피고들의 주장은 받아들일 수 없다.

4) 의결정족수 충족 여부 원고 정관 제7조 및 제15조에 따라 원고 회의의 의결권은 1점포당 1표이고 의결정족수는 '회원 과반수 이상의 출석, 출석회원 과반수 이상 찬성'이므로 살피건대, 갑 제19, 26호증의 각 기재에 따라 인정되는 2018. 12. 20.자 임시총회 의결권 행사현황을 보면 별지1과 같다. 따라서, 위 임시총회의 안건은 이 사건 상가 내 92개의 점포를 기준으로 보거나(C 외 10인이 공유하고 있는 1층 O호, 지하층, 옥상, 6층을 제외하고 외곽 점포 AH호와 AI호를 한 개 점포로 계산하여) 87개의 점포를 기준으로 보아도 어느 경우에도 57명의 출석 및 참석으로 의결정족수를 충족하여 안건이 찬성으로 결의되었다. 피고들은 서면결의서 중에 점포주인지 불분명하고 위임장이 첨부되지 않은 경우나 공유부지소유자로 무자격자에 의해 작성된 경우가 있다는 취지로 주장하였으나 별지1의 의결권 행사현황에는 이러한 문제는 없는 것으로 판단된다.

5) 소결론 2018. 12. 20.자 임시총회 결의는 적법하게 이루어졌다 할 것이므로, 그 결의에 따라 선임된 AB는 원고 회장의 지위에 있다.

다. 2021. 5. 27. 임시총회 결의의 효력(가정적 판단)

설사 위 2018. 12. 20.자 임시총회 결의가 무효라고 하더라도, 갑 제44 내지 48, 52호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 더해 인정되는 아래의 사실 및 사정들을 종합하면, 2021. 5. 27.자 임시총회 결의는 유효임이 분명하므로 해당 결의에 따라 AB가 회장의 지위에 있음이 분명하다. 피고들의

주장은 받아들이지 아니한다.

① 피고들은 이 사건 소집허가 결정은 2018. 12. 20.자 임시총회 개최로 이미 효력을 상실하였으므로 위 결정에 기해 다시 임시총회를 개최할 수 없다는 취지로 주장하나, 위 결정의 주문은 '㉠ A 상가번영회 회장 및 감사의 해임, ㉡ A 상가번영회 회장, 감사의 해임에 따른 선임 회장 및 감사의 선임' 안건을 목적사항으로 하는 원고의 임시총회를 소집할 것을 허가한다'는 것과 '그 임시총회의 의장을 AC으로 한다'는 것인바, 위 허가는 위 안건에 관한 소집 '행위'에 대하여 이루어진 허가이지, 단 1회의 임시총회 개최만을 허가하는 취지라고 볼 수는 없다. 그리고 2021. 5. 27.자 임시총회는 이 사건 소집허가 결정에 따라 이루어진 2018. 12. 20.자 임시총회 결의의 효력을 피고들 등이 적극 다투는 과정에서 다시 소집된 것이고 그 안건 및 결의 내용이 이 사건 소집허가 결정에서 정한 내용을 벗어나지 않았으므로, 다시 법원에 소집허가 결정을 받아 동일한 안건의 임시총회를 소집하는 것은 절차의 반복으로 혼란만 초래할 것으로 보인다.

② 피고들은 임시총회가 개최된 장소의 협소함 등을 이유로 위 임시총회가 실제로 개최되지 않았다는 취지로도 주장하나, 임시총회 당시의 현장 사진 및 임시총회 회의록, 원고 회원들이 의결권을 행사한 서면결의서 등을 종합하면 임시총회가 개최된 사실을 인정할 수 있다. 그리고 '직접' 출석뿐만 아니라 서면결의 참여 역시 이 사건 정관상 '출석'에 해당함은 앞서 밝힌 바와 같다.

③ 원고는 2021. 5. 13. 이 사건 건물 구분소유자들인 회원들에게 회의의 안건을 'A 상가번영회 회장 및 감사의 선임'이라고 기재하여 임시총회의 소집을 등기우편으로 통지하였고, 별지2와 같이 1점포당 1표를 기준으로 87점포 중 48점포의 출석 및 찬성으로 의결정족수를 충족하여 위 안건은 찬성으로 결의되었다(전체 점포수를 92점포라 하여도 결과는 달라지지 않는다).

④ 피고들은 원고가 의안에 반대하는 회원의 참석자체를 차단하거나 후보자 신청을 받고 의견을 발표할 기회 등이 주지 않는 등으로 절차상에 흠결이 있었다고 지적하나, 후보자 신청을 당일 임시총회에서 받아야 하는 것은 아니고 그 외 절차상 흠결이 있었음을 인정할 증거가 없다.

라. 소결론

살펴본 바와 같이 2018. 12. 20.자 임시총회 결의는 적법하게 이루어졌고 그 결의에 따라 선임된 AB는 원고의 적법한 대표자의 지위에 있다 할 것이므로 이 사건 소는 적법하게 제기되었다.

설사 2018. 12. 20.자 임시총회 결의가 무효라고 하더라도, 2021. 5. 27.자 임시총회 결의는 유효임이 분명하므로 AB는 원고의 적법한 대표자가 되었고, 한편 원고는 AB가 원고의 적법한 대표자였고 이를 2021. 5. 27.자 임시총회에서 다시 확인하였다는 취지로 주장하며 소송행위를 계속하였는바 이는 자신의 수권행위 및 소송대리인의 소송행위를 모두 묵시적으로 추인하였다고 봄이 상당하다. 그리고 적법한 대표자 자격이 없는 비법인사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 갖게 되므로(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다77583 판결 등 참조), AB가 원고의 대표자로서 이 사건 소를 제기하고 이에 기해 한 소송행위는 모두 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되었다고 할 것이다. 따라서 피고들의 이 부분 본안전 항변은 받아들이지 아니한다.

3. 부당이득반환 청구에 관한 판단

가. 주장

원고는, 피고들이 원고의 회장 또는 감사가 아니고, 가사 피고들이 사실상 원고의 회장 및 감사로서 업무를 수행하였다고 하더라도, 적법한 절차 없이 임의로 업무추진비로 회장은 매월 300,000원에서 400,000원으로 100,000원을, 감사는 매월 100,000원에서 400,000원으로 300,000원을 인상하여 2014. 8.부터 2018. 8.까지 피고 B는 4,900,000원, 피고 C은 14,700,000원을 각 원고로부터 추가 지급받아 이를 부당이득하였다고 주장하면서, 피고들을 상대로 그 추가 업무추진비의 반환을 구하고 있다.

이에 대하여 피고들은, 추가 업무추진비 등은 피고들이 V의 공유지분을 매수하여 경매를 방지한 공로를 인정하여 2014. 8. 1. 이사회에서 한 지급 의결에 기하여 지급받은 것이고, 이에 대한 법률상 원인이 없다고 하더라도 피고들이 사실상 수행한 업무에 대한 대가로서 지급받은 것이거나 원고가 취득한 그 대가 상당의 부당이득을 반환받은 것이라는 취지로 주장한다.

나. 판단

피고 C이 2009. 12.경 원고의 회장에서 사직한 이후 회장 및 감사의 선출을 위한 총회가 개최되지 아니하여 피고들이 원고의 회장 또는 감사의 지위에 있지 아니한 점, 이와 관련하여 원고가 2017. 9. 21. 회장 등 지위 부존재확인 소를 제기당하여 피고들이 원고의 회장 및 감사의 지위에 있지

아니한다는 판결을 받고 그 판결이 확정된 점, 그런데 피고들은 사실상 원고의 회장 및 감사로서 업무를 수행하였고 원고는 2014. 8. 1. 이사회를 개최하여 V으로부터 공유지분을 매수하는 과정에서의 공로를 인정하여 당시 감사 업무를 수행한 피고 C에게는 월 300,000원, 회장 업무를 수행한 피고 B에게는 월 100,000원씩을 추가 지급한다는 취지로 결의한 점, 2014. 8.부터 2018. 8.까지 49개월 동안 위 이사회 결의에 따라 정관에서 정한 업무추진비 외에 피고 B는 4,900,000원(= 100,000원 × 49개월)을, 피고 C은 14,700,000원(= 300,000원 × 49개월)을 추가로 지급받은 점 등은 앞서 본 바와 같다.

살피건대, 원고의 정관에서 정한 업무추진비는 원고가 정당하게 선출한 회장 또는 감사에게 지급하는 것이고, 원고의 이사회가 사실상 원고의 회장 및 감사로서의 업무를 수행한 피고들에게 위와 같이 정관에서 정한 업무추진비보다 추가 업무추진비를 지급하기로 의결하였다 하더라도, 이는 원고 정관 제8조 제2항 및 제11조(업무추진비로 회장에 대하여 매월 30만 원, 감사에 대하여 매월 10만 원을 지급한다), 제13조 제2항 제1호(정관의 개정에 관한 사항은 정기총회의 의결사항으로 한다) 등을 위반한 것으로 효력이 없고, 따라서 원고의 회장 또는 감사가 아닌 피고들이 지급받은 업무추진비는 법률상 원인 없이 지급받은 부당이득이다. 나아가 피고들이 법률상 의무 없이 원고를 위하여 회장 또는 감사로서의 업무를 수행하였고, 이것이 원고의 의사 내지 이익에 부합한다(단, 피고들이 회장 등 지위 부존재확인인 소를 제기당한 2017. 9. 21.부터는 원고의 의사 내지 이익에 부합하지도 아니함)거나, 이로써 원고가 이득을 얻었다고 하더라도, 원고로서는 피고의 업무 수행과정에서 지출한 필요비 내지 유익비(2017. 9. 21.부터는 현존이익의 한도에서)를 상환(민법 제734조, 제739조 참조)하거나, 현존이익 한도(선의의 경우) 또는 이익, 그 이자 및 손해(악의의 경우)를 반환(민법 제748조 참조)할 의무가 있다 할 것인데, 피고들이 V의 공유지분을 매수하여 경매를 방지하였다는 사정만으로는 그 필요비 내지 유익비 또는 원고가 얻은 이익 등이 원고가 피고들에게 지급하였던 정관에서 정한 업무추진비(회장 월 300,000원, 감사 월 100,000원)를 초과한다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 인정할 자료가 없다.

따라서 원고에게, 피고 B는 부당이득금 4,900,000원, 피고 C은 부당이득금 14,700,000원 및 위 각 돈에 대하여 원고가 구하는 원고 신임회장이 선임된 다음날인 2018. 12. 12.부터 이 사건 청구취지

및 청구원인 변경신청서 부분 송달일인 2020. 6. 25.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 불법행위로 인한 손해배상 청구에 관한 판단

가. 인정사실

위 증거들, 갑 제16, 17, 29, 33호증의 각 기재, 증인 N의 증언, 이 법원의 AJ은행에 대한 금융거래정보회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음 각 사실 등이 인정된다.

1) 원고 정관 제7조 제4호는 '원고의 회원은 전체 공동지분(공유지)을 단독으로(1점포) 사용할 시는 회장, 부회장, 감사와 협의하여 합당한 사용료를 입출금 통장에 입금한다(충당보수금 기금 확보)'고, 제17조는 '원고의 재정은 관리비, 건물보수충당금, 기타 수입금으로 하고, 기금(건물보수충당금)은 입출금 통장에 입금한다'고 각 규정하고 있고, 원고 관리규약 제5조(관리비의 납부 및 지출내역) 제5호는 '엘리베이터 시설은 3, 4, 5층에 귀속되고 모든 사용유지비는 사용주가 부담하고(신규시설 및 부품수리 등) 매월 정기 점검을 받으며, 엘리베이터(공유지 재산)는 각서에 기록된 바와 같이 당 A-칠, 건물보수충당금으로 한다'고 규정하고 있다.

2) V의 공유지분 매수 이후, 피고 C와 N는 아래와 같이 원고가 관리비, 이 사건 공유부분의 사용료 등을 징수하고 피고 C이 관리하고 있는 돈을 원고의 비상기금(이하 '원고의 여유자금'이라 한다) 내역으로 하여 점검하였다.

○ 피고 C이 2014. 3. 18. 개설한 AJ은행 계좌(계좌번호 1 생략)에 입금된 18,081,504원에서 V의 공유지분 매수비용 15,550,000원을 공제하고 남은 2014. 6. 23.자 잔액 2,499,457원

○ 피고 C이 2014. 7. 31. 개설한 AJ은행 계좌(계좌번호 2 생략)에 입금된 43,165,921원에서 수도배관 지출 13,150,000원을 공제하고 남은 2015. 2. 26.자 잔액 30,373,109원

○ 피고 C이 2014. 7. 31. 개설한 AJ은행 계좌(계좌번호 3 생략)에 입금된 8,525,069원

○ 피고 C이 2014. 8. 12. 개설한 AJ은행 계좌(계좌번호 4 생략)에 입금된 11,280,586원

3) 피고 C은 아래와 같이 피고의 계좌를 이용하여 원고의 여유자금을 보관하고 있다.

○ 피고 C의 AJ은행 계좌(계좌번호 1 생략)는 2014. 3. 18. 개설되어 2018. 8. 3. 현재 평가금액이

2,671,564원이다.

○ 피고 C의 AJ은행 계좌(계좌번호 2 생략)는 2014. 7. 31. 개설되어 43,165,921원이 입금되고 2015. 2. 26. 해지되었는데, 피고 C이 43,523,109원을 수령하여 수도배관 지출 13,150,000원을 공제한 30,373,109원을 AJ은행 계좌(계좌번호 5 생략)를 개설·입금하고, 2016. 2. 26. 위 AJ은행 계좌(계좌번호 5 생략)를 해지하고 31,010,944원에서 세금 98,210원을 공제한 30,912,734원을 수령하였다[원고는 피고가 2015. 2. 26. AJ은행 계좌(계좌번호 5 생략)를 개설·입금한 30,373,109원을 피고가 2014. 7. 31. AJ은행 계좌(계좌번호 2 생략)를 개설·입금한 43,165,921원과 무관한 별개의 여유자금이라고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 위 30,373,109원은 위 AJ은행 계좌(계좌번호 2 생략)를 해지하고 수령한 43,523,109원에서 수도배관 지출 13,150,000원을 공제한 것으로 보이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다].

○ 피고 C의 AJ은행 계좌(계좌번호 3 생략)는 2014. 7. 31. 개설되어 8,525,069원이 입금되고 2015. 7. 30. 해지되었는데, 피고 C이 8,720,608원에서 세금 30,100원을 공제한 8,690,508원을 수령하였다

○ 피고 C의 AJ은행 계좌(계좌번호 4 생략)는 2014. 8. 12. 개설되어 11,280,586원이 입금되고 2015. 8. 12. 해지되었는데, 피고 C이 11,562,600원에서 세금 43,420원을 공제한 11,519,180원을 수령하였다.

4) 한편 원고는 원고의 우체국 계좌((계좌번호 6 생략), 이하 '원고의 관리비 계좌'라 한다)를 이용하여 원고의 회원들에게서 관리비를 징수하는 한편, 원고의 우체국 계좌((계좌번호 7 생략), 이하 '원고의 사용료 계좌'라 한다)를 이용하여 엘리베이터 사용료로 이 사건 상가 3, 4, 5층의 회원들에게서 월 75만 원, 이 사건 지하층 창고 사용료로 그 창고사용자로부터 월 20만 원, 이 사건 6층 건물 사용료로 월 115,500원을 징수하였다.

5) 피고 C은 2016. 7. 1. 원고의 관리비 계좌의 52,980,980원을 원고의 사용료 계좌로 송금한 한편, 2018. 5. 29. 원고의 사용료 계좌에서 5,000만 원을 출금하였을 뿐만 아니라 2018. 6. 28. 위 사용료 계좌를 해지하고 그 당시 잔액 24,425,712원을 수령하였다[원고는 피고 C이 2016. 7. 1.에 송금한 52,980,980원에 대하여 위 사용료 계좌에서 불상의 계좌로 다시 이체하여 횡령하였다고

주장하나, 위 사용료 계좌의 거래내역에 따르면, 2016. 7. 1. '52,980,980원 입금, 이체 52,980,980원'을 기재되어 있기는 하나, 한편 위 52,980,980원이 입금되기 전의 잔액이 26,906,430원이었다가 위 52,980,980원이 입금되어 79,887,410원이 되고 '이체 52,980,980원'라고 기재되어 있음에도 그 잔액이 감액되지 아니한 채 같은 날 750,000원이 입금되어 그 잔액이 80,637,410원이 된 점을 비추어 보면, 위 기재사실만으로는 2016. 7. 1. 위 사용료 계좌에서 52,980,980원이 불상의 계좌로 이체·송금되었다고 단정할 수 없고, 달리 원고의 위 주장을 인정할 자료가 없다].

6) 원고는 AB등이 피고들의 회장 등 지위에 대한 부존재확인 소를 제기하기 전인 2017. 7.경부터 계속하여 피고 C에게 그가 보관하고 있는 원고의 여유자금, 원고의 사용료 등 및 그 계좌의 반환을 요구하였으나, 피고 C은 이에 응하지 아니하였다.

나. 판단

1) 관련법리 횡령죄에 있어서의 보관이라 함은 재물이 사실상 지배하에 있는 경우뿐만 아니라 법률상의 지배·처분이 가능한 상태를 모두 가리키는 것으로 타인의 금전을 위탁받아 보관하는 자는 보관방법으로 이를 은행 등의 금융기관에 예치한 경우에도 보관자의 지위를 갖는 것이고, 보관자가 위탁자의 의사에 반하여 이를 함부로 인출하여 소비하거나 또는 위탁자로부터 그 반환요구를 받았음에도 이를 영득할 의사로 반환을 거부하는 경우에는 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다(대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도1856 판결 등 참조).

2) 원고의 정관 및 관리규약에 따르면 이 사건 상가의 관리비, 이 사건 공유부동산의 사용료 등은 원고가 징수하는 것으로 건물보수충당금 등 원고의 재정인 점, 사실상 원고의 감사로서의 업무를 수행한 피고 C이 원고의 여유자금 53,793,986원(= 2,671,564원 + 30,912,734원 + 8,690,508원 + 11,519,180원), 원고의 사용료 계좌 관련 74,425,712원(= 50,000,000원 + 24,425,712원) 등 128,219,698원³⁾을 보관하고 있는 점, 피고 C이 원고의 반환 요구에도 위 돈을 반환하지 아니하고 있는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

3) 위 증거들, 갑 제6, 12, 23, 24, 30, 39, 40, 54 내지 58호증의 각 기재, 증인 G의 일부 증언, 변론 전체의 취지에 따라 인정되는 다음의 사정 내지 사실들을 종합하여 보면, 이 사건 최초 11명을

비롯한 구분 전 이 사건 상가의 입주상인들이 각출하여 위 상가건물을 매수하고는 1980. 2. 28. D의 단독소유권을 75개 지분으로 분할하여 그 중 66개 지분은 자신들이 배타적으로 점유관리하는 부분으로 개별로 입점상인들 앞으로 지분이전등기를, 나머지 9개 지분은 이 사건 최초 11명 앞으로 지분이전등기를 하여 위 상가건물을 구분소유적 공유 형태로 소유한 사실, 입주상인들이 1983. 7. 2. 구분전 이 사건 상가건물을 이 사건 공유부동산을 포함하여 92개의 점포 등으로 구분하고는 자신들이 배타적으로 점유관리하는 건물부분은 자신들 앞으로 구분등기를 하고, 그렇지 아니한 이 사건 공유부동산 등은 이 사건 최초 11명 앞으로 구분등기를 하여, 위 상가건물을 92개로 구분하여 이를 구분소유권의 객체로 하는 집합건물로 구분등기한 사실, 이 사건 공유부동산은 이 사건 최초 11명 앞으로 등기되어 있으나 집합건물인 이 사건 상가건물의 구분소유자의 전원에 제공되는 공용부분이거나 구분소유자들이 그들을 대표하는 위 최초 11명에게 명의신탁한 것으로 보이는 점, 이 사건 최초 11명은 이 사건 공유부동산의 공유자로 등기되어 있음에도 2014년경까지 이 사건 공유부동산에 대하여 소유권을 주장하거나 이에 대한 사용료를 수령할 권리 등을 주장한 바가 없고, 오히려 피고 C은 V의 공유지분으로 인한 분쟁 및 그 매수 과정에서 위 최초 11명만이 아닌 이 사건 상가 구분소유자들 전원에 대하여 동의를 구하거나(갑 제12호증) 구분 전 이 사건 상가를 입점상인들이 각출하여 매수한 것으로 이 사건 공유부동산이 입점상인들 전체의 공유라는 취지의 사실확인서(갑 제23호증)를 N, E, G, F 등과 함께 작성한 적이 있고, 피고 B도 V이 원고를 상대로 이 사건 지하층, 1층 점포, 6층 건물의 11분의 1 공유지분 비율에 따른 임료 상당 부당이득을 구한 사건(부산지방법원 2011가소341748)에서 위와 같은 취지로 다투었던 점(갑 제22호증) 등이 인정된다.

4) 위 법리에 비추어 위 인정사실 등을 살펴보면, 피고가 보관하고 있는 위 128,518,431원은 원고의 소유라 할 것이고 피고 C이 원고로부터 그 반환을 요구받았음에도 이에 응하지 아니하고 있으므로 이를 횡령한 것으로 판단된다(원고는 피고 B가 피고 C과 공동하여 횡령하였다거나 이에 가담하였다고 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 달리 인정할 증거가 없다).

5) 따라서 피고 C은 원고에게 횡령금 128,219,698원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라

2018. 12. 21.부터 위 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2022. 11. 10.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 각 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고의 피고들에 대한 각 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김현석

판사위은숙

판사차민우

별지

1) 원고는 2014. 8. ~ 2018. 8.이 49개월임에도 이 사건 소장에서 2014. 8.~2018. 8.을 60개월로 계산하여 피고 B에 대하여는 600만 원(= 매월 10만 원 × 60개월), 피고 C에 대하여는 1,800만 원(= 매월 30만 원 × 60개월)의 반환을 구하고 있으나, 이는 계산오류로 보이므로 위와 같이 정정한다.

2) 이 사건 상가 내 92개의 구분소유권 등기 부동산 중 C외 10인이 공유하고 있는 1층 0호, 지하층, 옥상, 6층을 제외하고 외곽 점포 AH호와 AI호를 한 개 점포로 계산하는 것을 기준으로 함. 물론 투표 정족수의 기준이 되는 유효 회원수를 92개로 보아도 결과는 동일함.

3) 피고 C이 2020. 11. 10.자 준비서면에서 아래 표와 같이 136,188,270원을 보관하고 있다고 하여 그 보관금이 위 128,219,698을 초과한다. 위 피고가 인정하고 있는 보관금은 원고가 횡령금에 대한 손해배상채권 지연손해금의 기산점으로 잡은 2018. 12. 21.이후로서 위 준비서면 제출 당시인 2020. 11. 10.을 기준으로 하고 있는 것으로 보이는 한편, 이 법원은 원고가 청구한 사항에 대하여 그 청구 범위 내에서만 판단할 수밖에 없으므로, 위 피고가 보관하고 있는 돈을 위 128,219,698원으로 판단함

AJ은행	(계좌번호 8 생략)	32,293,210	C	(계좌번호 5 생략)
AJ은행	(계좌번호 9 생략)	8,963,785	C	(계좌번호 3 생략)

AJ은행	(계좌번호 8 생략)	32,293,210	C	(계좌번호 5 생략)
AJ은행	(계좌번호 1 생략)	2,643,537	C	
AJ은행	(계좌번호 10 생략)	11,960,956	C	(계좌번호 4 생략)
우체국	(계좌번호 11 생략)	30,326,782	C	
우체국	(계좌번호 12 생략)	50,000,000	C	
합계	136,188,270			