

수원지방법원 성남지원 2023. 4. 18 선고 2021가합402112 판결 [사해행위취소]

전 문

원 고 A종중

소송대리인 변호사 한경록

피 고 1. B

2. C

소송대리인 법무법인(유한) 에이스

담당변호사 이현섭

3. D

소송대리인 법무법인 로제

담당변호사 이상진, 김병성

변 론 종 결 2023. 4. 4.

판 결 선 고 2023. 4. 18.

주 문

1. 피고 B은 원고에게 1,997,500,000원 및 이에 대하여 2021. 4. 1.부터 2023. 4. 18.까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 피고 B에 대한 나머지 청구 및 피고 C, D에 대한 각 청구를 모두 기각한다.3. 소송비용 중 원고와 피고 B 사이에 생긴 부분은 피고 B이, 원고와 피고 C, D 사이에 생긴 부분은 원고가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

피고 B이 2019. 2. 1. 피고 C에게 한 1,250,000,000원의 변제를, 피고 D에게 한 700,000,000원의 변제를 각 취소한다. 원고에게, 피고 B은 1,997,500,000원 및 이에 대하여 2019. 2. 1.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 피고 C는 1,250,000,000원, 피고 D는 700,000,000원 및 위 각 돈에 대하여 이 사건 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 피고 B의 공동사업 계약 및 피고 B 등에 대한 명의신탁

1) 원고는 E을 공동 선조로 하여 그 후손들로 구성된 종중이다. F은 2017. 1. 26. 개최된 원고 종중 임시총회에서 회장으로 선출되어 그 무렵부터 원고의 대표자였던 사람이다.

2) 원고는 2017. 2. 14.경 피고 B 및 피고 B이 대표로 있는 주식회사 G(이하 상호에서 '주식회사'를 생략한다)과 공동으로 광주시 H동(이하 'H동'이라고만 한다) I 임야 7810㎡ 및 J 임야 85048㎡를 개발하여 도시형생활주택을 건설 및 분양하기로 하는 내용의 지주공동사업 계약을 체결하였다. 피고 B은 2017. 4. 7. 종합건설회사인 K을 설립하였고, 원고는 2017. 7. 3.경 G 및 K과 위와 같은 내용의 지주공동사업 계약을 체결하였다(이하 위 지주공동사업을 '이 사건 공동사업'이라 한다).

3) 원고는 이 사건 공동사업의 진행과 관련하여 피고 B 및 F에게 I 임야 7810㎡를 명의신탁하기로

하였고(이하 ‘이 사건 명의신탁 약정’이라 한다), 2017. 2. 23. 위 임야 중 7810㎡의 3900 지분에 관하여는 F 명의로, 나머지 3910 지분에 관하여는 피고 B 명의로 각 소유권이전등기를 마쳤다.

4) 2017. 3. 14. I 임야 7810㎡는 I 임야 3900㎡ 및 L 임야 3910㎡로 분할되었다. 2017. 3. 15. F은 I 임야 3900㎡에 대한 피고 B의 지분에 관하여 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고[수원지방법원 성남지원 광주등기소(이하 ‘광주등기소’라고만 한다) 제19723호], 피고 B은 L 임야 3910㎡에 대한 F의 지분에 관하여 공유물분할을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다(광주등기소 제19724호).

5) 2017. 8. 31. I 임야 3900㎡는 M 임야 3963㎡로(63㎡가 증가하였다)1), L 임야 3910㎡는 N 임야 3974㎡로(64㎡가 증가하였다) 각 등록전환되었다(이하 등록전환 전후를 구분하지 않고 I는 M, L은 N로 지칭한다).

6) 2017. 10. 17. N 임야 3974㎡는 N 임야 3845㎡(이하 ‘이 사건 쟁점 토지’라 한다)와 O 임야 129㎡로 분할되었다.2)

나. 피고 B의 피고 C, D에 대한 근저당권설정 및 변제

1) 피고 B은 2018. 3. 2. 피고 D에게 이 사건 쟁점 토지에 관하여 2018. 3. 2.자 설정계약을 원인으로 채권최고액 840,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권을 설정하여 주었다(광주등기소 제19519호).

2) 피고 B은 2018. 12. 24. 피고 C에게 이 사건 쟁점 토지에 관하여 2018. 12. 24.자 설정계약을 원인으로 채권최고액 1,200,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권을 설정하여 주었다(광주등기소 제102148호).

3) 피고 B은 2019. 1. 30. 피고 C로부터 소개받은 U에게 이 사건 쟁점 토지 및 O 토지(이하 ‘이 사건 쟁점 토지 등’이라 한다)를 23억 원에 매도하고, 계약금 383,100,000원은 계약 시에, 잔금 1,916,900,000원은 2019. 2. 1.에 지급받기로 하였다. 피고 B과 U는 피고 B이 이 사건 쟁점 토지 등에 근저당권을 설정하고 담보대출을 받되 그 대출 원리금은 U가 변제하는 방법으로 잔금을 지급하기로 하였다.

4) 2019. 2. 1. 피고 D는 위 1)항 기재 근저당권설정등기를 말소하였고(광주등기소 제7237호), 피고 C는 위 2)항 기재 근저당권설정등기를 말소하였다(광주등기소 제7238호). 피고 B은 같은 날 V조합(이하 'V조합'이라 한다)에게 이 사건 쟁점 토지 등에 관하여 각 2019. 2. 1.자 설정계약을 원인으로 채권최고액 3,055,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권을 설정하여 주었다(광주등기소 제7239호).

5) 피고 B은 2019. 2. 1. V조합으로부터 1,997,500,000원을 차용하였고, 피고 C에게 1,250,000,000원, 피고 D에게 700,000,000원을 각 변제하였다(피고 C에 대한 변제를 '이 사건 제1 변제'라 하고, 피고 D에 대한 변제를 '이 사건 제2 변제'라 한다). 피고 B은 2019. 2. 1. 피고 C에게 이 사건 쟁점 토지에 관하여 2019. 2. 1.자 설정계약을 원인으로 채권최고액 500,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권을 설정하여 주었다(광주등기소 제7240호).

다. 피고 B 등에 대한 형사사건 진행 경위 등

1) 2020. 6. 25. 피고 B은 '2019. 2. 1. 원고로부터 명의신탁받은 이 사건 쟁점 토지 등에 관하여 V조합에게 채권최고액 3,055,000,000원인 근저당권을 설정해주고 V조합으로부터 대출금 1,997,500,000원을 지급받음으로써 원고 소유 토지를 횡령하였다'는 내용의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 및 근로기준법위반, 근로자퇴직급여보장법위반으로, F은 '2019. 5. 21.경 M 토지에 관하여 V조합에게 근저당권을 설정해주고 대출금 1,110,000,000원을 받은 다음 그중 421,194,410원을 피고 B의 채무를 대신 상환하는 데 사용하고, 나머지 681,111,990원은 피고 B이 운영하는 K 명의의 계좌에 송금함으로써 업무상 임무에 위배하여 원고에게 1,110,000,000원 상당의 재산상 손해를 가하였다'는 내용의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)으로 기소되었다.

2) 제1심법원은 2020. 12. 10. 피고 B에 대한 공소사실을 모두 유죄로 판단하였고, F에 대한 공소사실 중 위 681,111,990원 부분은 유죄, 나머지 부분은 무죄로 판단하였다(수원지방법원 성남지원 2020고합165호).

3) 항소심법원은 2021. 6. 23. 피고 B에 대한 공소사실 중

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 경우 ‘이 사건 명의신탁 약정은 법령상 제한의 회피를 목적으로 한 것이어서 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 제4조 제1항에 따라 무효일 가능성이 높아 보이고, 그에 따라 피고 B와 원고 사이에 형법상 보호할 가치가 있는 위탁관계가 있었다거나, 피고 B이 원고에 대한 관계에서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있었다고 인정하기에 부족하다’는 이유로 제1심판결을 취소하고 무죄를 선고하면서 나머지 공소사실만 유죄로 판단하였으며, F에 대한 유·무죄 부분은 그대로 유지하였다(수원고등법원 2020노939호).

4) F와 검사가 위 항소심 판결에 대해 상고하였고, 현재 상고심 계속 중이다(대법원 2021도8876호).

【인정근거】○ 피고 B에 대하여: 자백간주에 의한 판결(민사소송법 제208조 제3항 제2호, 제150조

제3항, 제1항)○ 나머지 피고들에 대하여: 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 6호증, 9 내지

13호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 16, 19호증, 을나 제1 내지 5호증의 각 기재

및 변론 전체의 취지

2. 원고 주장의 요지

가. 부당이득반환 청구

피고 B은 원고로부터 명의신탁받은 이 사건 쟁점 토지 등에 관하여 근저당권을 설정하고

V조합으로부터 1,997,500,000원을 대출받음으로써 위 대출금 상당의 부당이득을 얻었다. 따라서

피고 B은 원고에게 부당이득의 반환으로서 1,997,500,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할

의무가 있다.3)

나. 이 사건 제1 변제 취소 및 원상회복 청구

피고 C는 피고 B과 밀접한 관계에 있으면서 피고 B이 원고로부터 이 사건 쟁점 토지를 명의신탁

받았기 때문에 위 토지를 임의로 처분할 수 없음을 알고 있었고, 이 사건 제1 변제 무렵 피고 B은 피고

C에 대하여 채무가 없거나 소액의 채무만 있었다. 그럼에도 피고 B은 피고 C의 주선으로 제3자에게

이 사건 쟁점 토지 등을 매도한 후 그 매매대금을 지급받기 위하여 이 사건 쟁점 토지 등에 관하여

근저당권을 설정하고 1,997,500,000원을 대출받았으며, 그중 1,250,000,000원을 피고 C에게 지급하였다. 피고 C는 피고 B와 통모하여 위 돈을 지급받았으므로 이 사건 제1 변제는 사해행위로 취소되어야 하고, 피고 C는 원상회복으로서 원고에게 1,250,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 이 사건 제2 변제 취소 및 원상회복 청구

피고 D는 이 사건 쟁점 토지에 관하여 근저당권을 설정한 이후인 2018. 11. 4.경 ‘피고 B의 부탁으로 근저당권을 설정하였고 어떠한 권리도 행사하지 않겠다’는 내용의 확인서를 작성하였는데, 피고 D가 허위 채권자 또는 이미 변제를 받은 채권자이기 때문에 이러한 확인서를 작성하였을 것이다. 그럼에도 피고 D는 피고 B와 통모하여 2019. 2. 1. 피고 B로부터 700,000,000원을 지급받았으므로 이 사건 제2 변제는 사해행위로 취소되어야 하고, 피고 D는 원상회복으로서 원고에게 700,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 피고 C, D의 본안전 항변에 관한 판단

가. 위 피고들 항변의 요지

원고는 연고항존자 W의 소집권한 위임에 의하여 소집된 2020. 6. 20.자 종중총회에서 X를 원고 회장으로 선임한 후 소 제기에 관한 권한을 위임함에 따라 위 X가 이 사건 소를 제기한 것이라고 주장한다.

그러나 2020. 6. 20.자 종중총회 당시 F의 임기가 만료되었더라도 후임 대표자 선출 시까지는 F에게 후임 대표자 선출을 위한 총회 소집 권한이 있고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 회장 유고시 부회장이 대리한다는 정관 규정에 따라 부회장에게 총회 소집 권한이 있는 것이지, 연고항존자에게 총회 소집 권한이 있는 것은 아니다. 또한 W가 연고항존자라고 보기 어렵고, 총회 소집에 관하여 통지 가능한 종중원 전원에게 소집통지가 이루어지지도 않았다. 따라서 위 종중총회 결의는 소집절차 등에 하자가 있어 무효이므로 원고의 대표자 아닌 사람에 의하여 적법한 수권결의 없이 제기된 이 사건 소는 부적법하다.

나. 인정사실

갑 제1, 17, 18, 28, 29, 34, 38, 39호증, 을나 제9, 10호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

1) 원고 대표자 선임, 소 제기 수권 결의 및 추인 결의

가) 원고 종중원인 Y는 2020. 5. 2. W로부터 아래 <표> 기재 안건에 대한 종중총회 소집 및 절차 진행 권한을 위임받았다.

제1호안: 임원(회장, 부회장, 총무, 감사, 이사 등) 선임의 건

제2호안: 종중 소유의 M, N, O, P, Q, R 등(분할 전 지번: I)와 J 등에 대한 민사소송 제기

(소유권이전등기 말소 및 근저당권설정등기 말소청구 등) 및 위 I 관련 경매절차

정지 등에 대한 결의의 건

제3호안: 위 제2호안의 민사소송 제기 등 일체의 소송행위(경매절차 정지 등 포함)와 기타

이에 부수되는 사항(변제의 영수, 반소제기, 상소제기, 대리인 선임 등)에 관한

권한을 새로 선임되는 종중 회장에게 위임하는 건

나) Y 외 111명의 원고 종중원들은 2020. 5. 13. F에게 위 가)항 기재 안건 처리를 위한 종중

임시총회 소집 요구 통지를 하였고, 그 통지가 다음 날 F에게 도달하였다. 그러나 F은 종중 임시총회를 소집하지 아니하였다.

다) 2020. 6. 20. Y의 진행 하에 원고 종중 임시총회가 개최되었는데(이하 '2020. 6. 20.자

종중총회'라 한다), 위 총회에서 ① 회장 X, 총무 Y, 감사 Z, AA을 선임하고, ② 위 <표> 기재 제2,

3호안과 같이 민사소송을 제기하기로 하되 민사소송 제기 등 일체의 소송행위에 관한 권한을 회장

X에게 위임하기로 하는 안건을 가결하였다.

라) Y는 2021. 11. 21. W 및 X로부터 종중 정관 개정의 건 및 각종 추인의 건에 대한 종중총회 소집

및 절차 진행 권한을 위임받았다. 2021. 12. 11. 원고 종중 임시총회가 다시 개최되었는데(이하

'2021. 12. 11.자 종중총회'라 한다), 위 총회에서 2020. 6. 20.자 종중총회에서 의결한 각 안건에

관한 추인의 건 등의 안건을 가결하였다.

마) 원고는 피고 B, C 및 F, V조합을 상대로 소유권이전등기 및 근저당권설정등기말소 청구의 소를 제기하였다. 제1심법원은 원고의 청구를 기각하였으나 ‘적법하게 개최된 2021. 12. 11.자 종중총회 결의를 통해 2020. 6. 20.자 종중총회에서 이루어진 대표자 X 선임 및 소 제기 수권 결의에 대한 적법한 추인 결의가 있었다’는 이유로 ‘X가 원고의 대표자라고 볼 수 없고, 소가 적법한 수권 결의에 따라 제기된 것이라고 보기 어렵다’는 취지의 해당 사건 피고들의 본안전 항변을 배척하였다(수원지방법원 성남지원 2020가합409352호). 이에 대하여 원고가 항소하여 현재 항소심 계속 중이다(수원고등법원 2023나14144호).

2) 원고 정관

가) 1978년 제정된 원고 정관(을나 제9호증, 이하 ‘1978년 정관’이라 한다) 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다(위 정관이 원고의 유효한 정관이라는 점은 당사자들 사이에 다툼이 없다).

제3장 재산과 경리

제6조 본 종중의 재산을 보존 분할 매각 기부 담보 양도 교환 등 기타 처분코자 할 때는 종중의 회원 6인 이상의 결의를 얻어야 한다.

제4장 임원

제11조 임원의 임무는 다음과 같다.

가. 회장은 총회에 의장이 되며 종중을 대표한다.

나. 부회장은 회장 유고 시에 회장을 대리한다.

제12조 본 종중 임원의 임기는 3년으로 한다. 단 연임할 수 있다.

제5장 회의

제14조 총회는 매년 음 10월 1일 시제일에 정기총회를 개최하고 회장이 필요하다고 인정할 때 또는 회원 10명 이상의 서면 요청이 있을 때와 감사의 요청이 있을 때는 회장은 임시총회를 소집할 수 있다.

제15조 임시총회의 소집은 개최 10일 전에 일시 장소 및 회의 목적을 명시하여 회원에게 통지하여야 한다.

제16조 본 종중은 원칙으로 7인 이상 회원의 출석을 요하고 의사는 출석 회원 3분의 2 이

상의 결의로서 결정한다.

제17조 본 중중(총회)의 결의사항은 다음과 같다.

나. 임원 선임 및 해임

나) 원고가 1984년에 개정되어 현재 유효한 정관이라고 주장하는 정관(갑 제1호증, 이하 ‘1984년 정관’이라 한다) 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다.

제2장 임원

제9조 임원의 임기는 2년으로 한다. 단, 중임할 수 있다.

(중략) 임원은 임기만료 후라도 후임자의 취임 시까지는 본 직무를 결행하여야 한다.

제10조 회장, 부회장, 이사, 감사는 총회에서 선출하고, 간사는 부회장이 지명한다.

제12조 회장은 본회를 대표하고 회무 통할하여 본회 제반 회의의 의장이 된다.

부회장은 회장을 보좌하고 회장 유고시 연상인 부회장이 본 직무를 대리한다.

제3장 총회 및 이사회

제14조 본회는 정기총회, 임시총회를 두되 정기총회는 매년 2회 회장이 이를 소집한다.

임시총회는 회장이 필요하다고 인정할 때 이사회가 필요하다고 인정하여 소집의 요구가 있을 때 또는 회원 6명 이상이 회의의 목적으로 하는 사항과 소집의 이유를 기재한 서면을 회장에게 제출하고 소집을 요구한 때에 소집한다.

총회의안은 출석회원(6명 이상)의 과반수로서 의결하되 찬반 동수일 경우에는 의장이 결정권을 행사한다.

제15조 총회는 다음 사항을 의결한다.

② 임원의 선임과 해임

다) 피고 C가 2017년에 개정되어 현재 유효한 정관이라고 주장하는 정관(을나 제10호증, 이하 ‘2017년 정관’이라 한다) 중 이 사건과 관련된 내용은 다음과 같다.

제2장 회의

제6조(총회)

1. 중중총회는 정기총회와 임시총회로 하고, 중원으로 구성하여 개최한다.

2. 정기총회는 매년 2월에 한다.
3. 임시총회를 개최 시 개최 10일 전에 일시, 장소, 회의 목적을 명시하여 종원에게 통지하여야 한다.
4. 종중의 임원은 총회 참석 인원내 과반수 이상의 찬성을 얻어 총회에서 선출한다.

제7조(총회의 권한)

2. 임원의 선출
4. 기타 필요한 사항

제4장 이사회

제12조(이사회 임원의 선출)

종중의 임원은 총회에서 선출한다.

제13조(이사회 임원의 임무)

1. 회장은 종중을 대표하여 각종 회의의 의장이 된다.
2. 부회장은 회장을 보좌하고, 회장 유고 시 직무를 대행한다.

제14조(이사회 임원 임기)

1. 임원의 임기는 3년으로 하고, 임기 만료 시 재임할 수 있으며, 재임 시 이사 과반수의 동의로 재임할 수 있다.

다. 판단

1) 쟁점

2020. 6. 20.자 종중총회에서 X를 원고 종중의 회장으로 선임하는 결의 및 이 사건 소 제기에 관한 수권 결의가 이루어진 사실, 2021. 12. 11.자 종중총회에서 위 2020. 6. 20.자 종중총회에서 의결한 각 안건에 대한 추인 결의가 이루어진 사실은 앞서 본 바와 같다. 그런데 소집절차에 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 종중총회의 결의라도 후에 적법하게 소집된 종중총회에서 이를 추인하면 이는 처음부터 유효로 되는바(대법원 1995. 6. 16. 선고 94다53563 판결 등 참조), 위 2021. 12. 11.자 종중총회의 추인 결의가 적법한 소집절차에 따라 이루어진 것이라면, 2020. 6. 20.자 종중총회의

결의 역시 처음부터 유효로 된다고 할 것이므로, 이하에서는 위 추인 결의의 적법성과 관련하여 소집권자 및 소집통지 절차에 관하여 차례로 본다.

2) 종중총회가 적법한 소집권자에 의하여 소집되었는지에 관한 판단

가) 관련법리

종중의 대표자는 종중의 규약이나 관례가 있으면 그에 따라 선임하고 그것이 없다면 종장 또는 문장이 그 종원 중 성년 이상의 사람을 소집하여 선출하며, 평소에 종중에 종장이나 문장이 선임되어 있지 아니하고 선임에 관한 규약이나 관례가 없으면 현존하는 연고항존자가 종장이나 문장이 되어 국내에 거주하고 소재가 분명한 종원에게 통지하여 종중총회를 소집하고 그 회의에서 종중 대표자를 선임하는 것이 일반 관습이고, 종원들이 종중재산의 관리 또는 처분 등에 관하여 대표자를 선정할 필요가 있어 적법한 소집권자에게 종중총회의 소집을 요구하였으나 소집권자가 정당한 이유없이 이를 소집하지 아니할 때에는 차석 연고항존자 또는 발기인이 총회를 소집할 수 있다. 그리고 연고항존자는 족보 등의 자료에 의하여 형식적 · 객관적으로 정하여지는 것이지만 이에 따라 정하여지는 연고항존자의 생사가 불명한 경우나 연락이 되지 아니한 경우도 있으므로, 사회통념상 가능하다고 인정되는 방법으로 생사 여부나 연락처를 파악하여 연락이 가능한 범위 내에서 종중총회의 소집권을 행사할 연고항존자를 특정하면 충분하다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다26596 판결 등 참조).

나) 구체적 판단

(1) 원고는 1984년 정관이 유효한 정관이라고 주장하고, 피고 C는 1978년 정관 및 2017년 정관이 유효한 정관이라고 주장한다. 그런데 앞서 본 것처럼 F은 2017. 1. 26.경 원고의 대표자로 취임하였기 때문에 어느 정관상의 임기(2년 또는 3년)에 따르든 2020. 6. 20.자 종중총회 전에 이미 임기가 만료되었고, 위 각 정관 모두 회장 유고 시 부회장으로 하여금 직무를 대리하도록 하고 있다. 따라서 원고의 적법한 정관이 1978년 정관인지, 1984년 정관인지, 2017년 정관인지는 이 사건의 쟁점이 아니므로, 별도로 판단하지 않는다.

(2) 원고의 종중총회가 적법한 소집권자에 의하여 소집되었는지에 관하여 살피건대, 앞서 본 사실, 갑 제24 내지 27호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을

앞서 본 법리에 비추어 보면, 연고항존자인 W에게 2021. 12. 11.자 종중총회를 소집할 권한이 있다고 봄이 상당하다. Y가 W로부터 위임을 받아 위 종중총회를 소집하였으므로, 위 종중총회는 적법한 소집권자에 의하여 소집되었다고 봄이 상당하다.

① F은 원고로부터 명의신탁 받은 M 토지에 관한 배임 혐의로 수사를 받다가 2020. 6. 25. 기소되어 2020. 12. 10. 제1심에서 공소사실 중 상당 부분에 대한 유죄 판결을 받았고, 2021. 6. 23.

항소심에서 항소기각 판결이 선고되었으며, 위 각 정관에서 정한 수를 훨씬 초과하는 수의 회원이 2020. 5. 13.경 임원 선임 등을 위한 임시총회 소집을 요구하였음에도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않았는바, F으로 하여금 후임 대표자 선출 업무를 수행하게 하는 것은 부적당하다고 봄이 상당하다.

② 위 각 정관에는 회장 유고 시 부회장이 직무를 대리하도록 규정하고 있다. 그러나 부회장 AB는 F과 함께 집행부를 구성 및 운영하던 사람이고, F이 정당한 이유 없이 임시총회 소집 요구에 응하지 않는 상황에서 AB가 임시총회를 개최하려는 노력을 하였다는 사정도 확인되지 않는바, AB로 하여금 후임 대표자 선출 업무를 수행하게 하는 것도 부적당하다고 봄이 상당하다.

③ 연고항존자의 소집 권한은 일반 관습에 의하여 인정되는 것으로서 위 각 정관에서 임기 만료된 대표자로 하여금 그 업무를 수행케 함이 부적당한 경우에 있어 연고항존자의 종중총회 소집 권한을 명시적으로 배제하고 있다고 보기도 어렵다.

④ 피고 C는 W가 아니라 AC, AD, AE가 연고항존자라고 주장한다. 그러나 AC, AD, AE는 이미 사망하였거나 달리 연락 가능한 주소 및 연락처를 찾을 수 없다고 보이고, 달리 W가 아닌 다른 사람이 연고항존자라고 볼 만한 증거도 없으므로, 당시 원고 종중의 연고항존자는 W였다고 봄이 상당하다.

3) 종중원들에게 소집통지가 적법하게 이루어졌는지에 관한 판단

가) 종중총회는 특별한 사정이 없는 한 족보에 의하여 소집통지 대상이 되는 종중원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하여 소재가 분명하여 연락통지가 가능한 모든 종중원에게 개별적으로 소집통지를 함으로써 각자가 회의와 토의와 의결에 참가할 수 있는 기회를 주어야 하고, 일부 종중원에게 소집통지를 결여한 채 개최된 종중총회의 결의는 효력이 없으나, 그 소집통지의 방법은 반드시 직접 서면으로 하여야만 하는 것은 아니고 구두 또는 전화로 하여도 되고 다른 종중원이나 세대주를 통하여 하여도 무방하다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99다20155 판결 등 참조).

나) 앞서 든 증거들, 갑 제35, 36, 37호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 사실 내지 사정들, 즉 ① 원고는 553명의 종중원을 확정된 후 2021. 12. 3.경 국내에 거주하고 문자메시지 통지가 가능한 306명에게 문자메시지를 송부하고, 17명에게는 우편통지를 한 점, ② 위 통지 당시 주소 또는 연락처를 파악할 수 있음에도 통지를 누락한 종중원이 있는 것으로 보이지는 않는 점, ③ 원고는 2021. 12. 1.부터 같은 달 2.까지 AF(경인 지역 발간)과 AG(전국 발간) 신문에 2021. 12. 11. 종중총회가 개최됨을 알렸던 점 등을 종합하여 보면, 원고는 2021. 12. 11.자 종중총회 소집 당시 종중원 확정 및 소집통지를 위한 합리적인 노력을 다하였다고 할 것이므로, 2021. 12. 11.자 종중총회에 관한 소집통지는 적법하다.

4) 소결

따라서, 적법하게 개최되어 결의한 2021. 12. 21.자 종중총회 결의를 통해 대표자 X 선임 및 이 사건 소 제기 수권 결의에 대한 적법한 추인 결의가 이루어졌다고 봄이 상당하므로, 이에 반하는 피고 C, D의 본안전 항변은 이유 없다.

4. 피고 B에 대한 부당이득반환청구에 관한 판단

가. 관련법리

부동산실명법 제4조 제1, 2항에 의하면 명의신탁약정과 그에 의한 등기는 무효이므로, 명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 양자간 등기명의신탁의 경우

명의신탁약정에 의한 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 원인무효로 말소되어야 한다.

그런데 양자간에 명의신탁약정이 체결되었는데 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하거나 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 되고(부동산실명법 제4조 제3항), 그로 인하여 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 상실하는 손해를 입게 되는 반면, 명의수탁자는 신탁부동산의 처분대금이나 보상금을 취득하는 이익을 얻게 되므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

한편 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정한 경우 명의수탁자는 근저당권의

피담보채무액 상당의 이익을 얻고 그로 인하여 명의신탁자는 그에 상응하는 손해를 입게 되므로, 소유권이전의 경우와 마찬가지로 명의수탁자는 명의신탁자에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결 참조).

나. 구체적 판단

앞서 본 것처럼 피고 B은 2019. 2. 1. V조합에게 원고로부터 명의신탁받은 이 사건 쟁점 토지 등에 관하여 채권최고액 3,055,000,000원인 근저당권을 설정하여 주고 V조합으로부터 1,997,500,000원을 차용하였다. 따라서 명의수탁자인 피고 B은 명의신탁자인 원고에게 부당이득의 반환으로서 1,997,500,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2021. 4. 1.부터 위 피고가 그 이행 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2023. 4. 18.까지 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

[원고는 피고 B에 대하여 2019. 2. 1.부터 다 갚는 날까지 지연손해금의 지급을 구한다. 그러나 부당이득반환의무는 일반적으로 기한의 정함이 없는 채무로서, 수익자는 이행청구를 받은 다음날부터 이행지체로 인한 지연손해금을 배상할 책임이 있으므로(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다11808 판결 등 참조), 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날인 2021. 4. 1.부터 다 갚는 날까지의 지연손해금만을 인정한다]

5. 이 사건 제1, 2 변제 취소 및 피고 C, D에 대한 원상회복 청구에 관한 판단

가. 피보전채권에 관한 판단

앞서 본 것처럼 피고 B이 2019. 2. 1. V조합에 근저당권을 설정하여 주고 1,997,500,000원을 대출받음으로써 원고는 피고 B에 대하여 1,997,500,000원의 부당이득반환 채권을 취득하였고, 위 대출금으로 이 사건 제1, 2 변제가 이루어진 것으로 보인다. 따라서 원고의 피고 B에 대한 위 부당이득반환채권은 이 사건 제1, 2 변제에 관한 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 이 사건 제1, 2 변제가 사해행위인지에 관한 판단

1) 관련법리

가) 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제 내지 채권양도를 하였는지 여부는 사해행위임을 주장하는 사람이 입증하여야 할 것인데, 이는 수익자의 채무자에 대한 채권이 실제로 존재하는지 여부, 수익자가 채무자로부터 변제 내지 채권양도를 받은 액수 및 양도받은 채권 중 실제로 추심한 액수, 채무자와 수익자와의 관계, 채무자의 변제능력 및 이에 대한 수익자의 인식, 변제 내지 채권양도 전후의 수익자의 행위, 그 당시의 채무자 및 수익자의 사정 및 변제 내지 채권양도의 경위 등 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다60822 판결 등 참조).

나) 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 경우에는 그 문서에 표시된 의사표시의 존재와 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 그 내용이 되는 법률행위의 존재를 인정하여야 할 것이다(대법원 2000. 10. 13. 선고 2000다38602 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다30839 판결 등 참조).

2) 이 사건 제1 변제가 사해행위인지에 관한 판단

가) 앞서 든 증거들, 갑 제7, 10 내지 13, 15호증, 을나 제2 내지 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고 C 측은 2016. 11. 17.부터 2018. 12. 24.까지 피고 B에게 피고 B 명의 AH은행 계좌((계좌번호 1 생략), 갑 제15호증 수사보고 첨부 계좌내역, 이하 '이 사건 계좌'라 한다)에 입금하는 등의 방법으로 총 4,828,000,000원을 대여하였다[피고 C는 2018. 5. 25. 기업은행 발행 액면금 8억 원의 자기앞수표를 교부하는 방법으로 피고 B에게 8억 원을 대여하였다고 주장한다. 2018. 5. 28. 이 사건 계좌에 합계 8억 원이 타행환(거래점명: 기업은행)으로 입금되었으므로, 피고 C의 위 주장을 사실로 인정할 수 있다].4) 한편 피고 B 측은 2016. 11. 22.부터 2018. 12. 24.까지 피고 C 측에 합계 3,935,300,000원을 변제하였다.

② 피고 B은 2018. 12. 24.경 '차용원금: 1,000,000,000원, 이자 및 지급방법: 월 2% 지급(20,000,000원), 담보제공: 이 사건 쟁점 토지, 채권최고액: 1,200,000,000원'이라는 내용의 차용증(을나 제8호증)을 작성하여 피고 C에게 교부하였다.

- ③ 피고 B는 2018. 12. 24. 피고 C에게 이 사건 쟁점 토지에 관하여 2018. 12. 24.자 설정계약을 원인으로 채권최고액 1,200,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권을 설정하여 주었다.
- ④ 피고 C 측은 2018. 12. 26.부터 2019. 1. 29.까지 피고 B 측에게 합계 84,000,000원을 대여하였고, 그중 81,000,000원⁵⁾은 이 사건 계좌에 입금되었다. 피고 B 측은 2019. 1. 3.부터 2019. 1. 15.까지 피고 C 측에게 합계 51,200,000원을 변제하였다.
- ⑤ 피고 C는 2019. 2. 1. 위 ③항 기재 근저당권설정등기를 말소하였고, 피고 B으로부터 이 사건 제1 변제를 받았다.
- ⑥ 피고 C는 이 사건 제1 변제를 받은 후 2019. 2. 1. 이 사건 계좌에 송금하는 방법으로 피고 B에게 200,000,000원을 재차 대여하였고, 이 사건 쟁점 토지 등을 매수한 U에게도 300,000,000원을 대여하였다. 피고 C는 같은 날 피고 B 및 피고 U에 대한 대여금 채권에 대한 담보로 이 사건 쟁점 토지에 관하여 채권최고액 500,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권설정등기를 마쳤다.
- 나) 앞서 본 사실 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로 피고 C가 피고 B와 통모하여 이 사건 제1 변제를 받았다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 제1 변제를 사해행위라고 인정할 수 없다.
- ① 피고 C 측은 2018. 12. 24.까지 피고 B에게 총 4,828,000,000원을 대여하고, 피고 B 측으로부터 총 3,935,300,000원을 변제받았는데, 피고 C 측이 대여한 돈이 피고 B 측이 변제한 돈보다 892,700,000원(= 위 4,828,000,000원 - 위 3,935,300,000원) 많다. 피고 C는 2018. 12. 24.경 피고 B으로부터 ‘차용 원금 1,000,000,000원, 이자: 월 2%, 담보제공: 이 사건 쟁점 토지, 채권최고액: 1,200,000,000원’을 내용으로 하는 차용증을 교부받았고 이 사건 쟁점 토지에 관하여 채권최고액 1,200,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤는데, 이러한 피고 C의 행동은 피고 B에 대한 채권자의 행동으로서 자연스럽다.
- ② 2018. 12. 24.경 피고 C 측이 대여한 돈이 피고 B가 변제한 돈보다 892,700,000원 많고 그 동안 대여금에 대한 이자도 발생하였을 것인 점, 피고 C 측은 위 차용증 작성 이후부터 이 사건 제1 변제 전까지 피고 B 측에 84,000,000원을 추가 대여하고 피고 B 측으로부터 51,200,000원을 변제받은

점 등을 고려할 때, 피고 C가 2019. 2. 1. 피고 B으로부터 1,250,000,000원을 변제받은 것이 피고 C의 채권액에 비하여 과다해보이지 않는다. 또한 피고 C는 2019. 2. 1. 이 사건 쟁점 토지에 관하여 설정하였던 위 근저당권설정등기를 말소한 후 피고 B이 이 사건 쟁점 토지 등을 담보로 V조합으로부터 차용한 돈으로 이 사건 제1 변제를 받았는데, 이러한 피고 C의 행동은 피고 B으로부터 2019. 2. 1. 변제를 받은 채권자의 행동으로서 자연스럽다.

③ 피고 C가 2019. 2. 1. 이 사건 쟁점 토지에 관하여 채권최고액 500,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권설정등기를 마쳤으나, 이는 피고 C가 같은 날 이 사건 제1 변제를 받은 후 피고 B에게 새롭게 대여한 200,000,000원 및 이 사건 쟁점 토지 등을 매수한 U에게 대여한 300,000,000원을 담보하기 위한 것으로 보인다. 피고 C가 2019. 2. 1.경 위 근저당권설정등기를 마쳤다는 사정만으로 이 사건 제1 변제를 받기 전 피고 C의 피고 B에 대한 채권이 200,000,000원 정도였다고 인정하기 어렵다.

3) 이 사건 제2 변제가 사해행위인지에 관한 판단

가) 앞서 든 증거들, 갑 제14, 15호증, 을다 제1, 2호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고 D는 이 사건 계좌에 2018. 3. 2. 400,000,000원, 같은 달 30. 200,000,000원, 2018. 4. 30. 및 2018. 5. 2. 각 50,000,000원, 합계 700,000,000원을 송금하였다.

② 피고 B, D는 2018. 3. 2. ‘피고 D가 피고 B에게 2018. 3. 2. 400,000,000원, 2018. 4. 2. 200,000,000원, 2018. 5. 1. 100,000,000원 합계 700,000,000원을 대여하고, 피고 B은 변제기일인 2018. 12. 31.까지 원리금 1,020,000,000원을 변제한다’는 내용의 차용증 및 ‘피고 B이 2018. 3. 2. 피고 D로부터 700,000,000원을 차용하였고 변제기는 2018. 12. 31., 이자는 연 24%로 한다’는 내용의 금전소비대차계약 공정증서를 각 작성하였다.

③ 피고 B은 2018. 3. 2. 피고 D에게 이 사건 쟁점 토지에 관하여 2018. 3. 2.자 설정계약을 원인으로 채권최고액 840,000,000원, 채무자 피고 B인 근저당권을 설정하여 주었다.

④ 피고 D는 2019. 2. 1. 위 ③항 기재 근저당권설정등기를 말소하였고, 피고 B으로부터 이 사건 제2 변제를 받았다.

나) 앞서 본 사실, 갑 제15호증의 기재, 감정인 A의 감정결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거만으로 피고 D가 피고 B와 통모하여 이 사건 제2 변제를 받았다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 사건 제2 변제를 사해행위라고 인정할 수 없다.

① 피고 D는 2018. 3. 2.경부터 2018. 5. 2.경까지 합계 700,000,000원을 피고 B에게 실제 대여하였다. 피고 D는 2018. 3. 2.경 피고 B으로부터 차용증과 공정증서를 받았고 이 사건 쟁점 토지에 관하여 채권최고액 840,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤는데, 이러한 피고 D의 행동은 피고 B에 대한 채권자의 행동으로서 자연스럽다.

② 피고 D는 2019. 2. 1. 이 사건 쟁점 토지에 관하여 설정하였던 근저당권설정등기를 말소한 후 피고 B이 이 사건 쟁점 토지 등을 담보로 V조합으로부터 차용한 돈으로 이 사건 제2 변제를 받았다. 이러한 피고 D의 행동은 피고 B으로부터 2019. 2. 1. 변제를 받은 채권자의 행동으로서 자연스럽다.

③ 피고 B은 피고 D, C 및 F 등 이 사건 관련자들과 금융거래를 할 때 이 사건 계좌를 주로 이용하였다. 그러나 이 사건 계좌에서 피고 B이 2019. 2. 1. 이전에 피고 D에게 변제한 내역은 확인되지 않고, 피고 B이 2019. 2. 1. 이전에 피고 D에게 차용금을 변제한 사실을 뒷받침하는 다른 자료도 확인되지 않는다.

④ 원고는 '이 사건 쟁점 토지에 관한 근저당권 설정은 건축공사로 인한 PF 작업을 하기 위해 피고 B이 피고 D에게 부탁하여 설정하였으며 이로 인한 어떠한 권리행사도 하지 않을 것임을 확인한다'는 내용의 피고 D 명의 2018. 11. 14.자 확인서(갑 제20호증)를 근거로 피고 D가 허위 채권자이거나 2018. 11.경 이미 변제를 받았다고 주장한다. 그러나 감정인 A의 감정결과에 따르면 위 확인서의 필적은 피고 D의 필적으로 보이지 않고, 달리 위 확인서의 진정성립을 인정할 증거가 없다. 나아가 위 확인서의 진정성립이 인정된다고 하더라도, 위 ① 내지 ③항 기재 사정을 고려할 때 위 확인서만으로 피고 D가 피고 B와 통모하여 이 사건 제2 변제를 받았다고 인정하기 어렵다.

다. 소결

이 사건 제1, 2 변제를 사해행위라고 할 수 없으므로, 원고의 이 사건 제1, 2 변제의 각 취소 및 피고

C, D에 대한 각 원상회복 청구는 모두 이유 없다.

6. 결론

그렇다면 원고의 피고 B에 대한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고의 피고 B에 대한 나머지 청구 및 피고 C, D에 대한 각 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 박종열, 판사 고지은, 판사 김동일

- 1) 2019. 3. 14. M 임야 2635㎡와 P 임야 1328㎡로 분할되었다.
- 2) 2019. 3. 14. N 임야 3845㎡는 N 임야 3395㎡, Q 임야 201㎡, R 임야 246㎡, S 임야 3㎡로 분할되었고, O 임야 129㎡는 O 임야 126㎡, T 임야 3㎡로 분할되었다.
- 3) 원고는 피고 B를 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구를 하였다가 2021. 9. 24.자 준비서면으로 청구원인을 부당이득반환청구로 변경하였다.
- 4) 피고 C 측이 2016. 11. 17.부터 2018. 12. 24.까지 피고 B에게 대여한 총 4,828,000,000원 중 자기앞수표로 교부된 8억 원을 제외한 나머지 4,028,000,000원은 이 사건 계좌에 송금하는 방법으로 지급되었다.
- 5) 피고 C가 2021. 7. 1.자 답변서에서 주장한 금액 중 2019. 1. 24.자 300만 원을 제외한 금액이다.