

대구고등법원 2021. 7. 14 선고 2020나20686(본소), 2020나20693(반소) 판결
[근저당권설정등기 말소등기 · 약정금]

재판경과

대구고등법원 2021. 7. 14 선고 2020나20686, 2020나20693 판결
대구지방법원 2020. 1. 16 선고 2018가합2329 판결

전문

원고(반소피고), 항소인

1. A

대구

송달장소 대구

2. B

대구

원고들 소송대리인 변호사 ○○, ○○

피고(반소원고), 피항소인

C

서울

소송대리인 변호사 ○○, ○○

제 1 심 판 결 대구지방법원 2020. 1. 16. 선고 2018가합2329 판결

변 론 종 결 2021. 5. 26.

판 결 선 고 2021. 7. 14.

주 문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고(반소원고)는, 원고(반소피고)들이 별지1 '임원변경등기' 중 제1 내지 3항 기재 사임등기를
마침과 동시에,

1) 원고(반소피고) A에게, 별지2 '부동산의 표시' 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여
대구지방법원 서부지원 2018. 2. 28. 접수 제20239호로 마친 각 근저당권설정등기의 각
말소등기절차를 이행하고,

2) 원고(반소피고) B에게, 별지2 '부동산의 표시' 제4항 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 2018.

3. 30. 접수 제50630호로 마친 근저당권설정등기의, 같은 표시 제5항 기재 부동산에 관하여
대구지방법원 경주지원 2018. 3. 30. 접수 제17669호로 마친 근저당권설정등기의 각
말소등기절차를 이행하라.

나. 원고(반소피고)들의 피고(반소원고)에 대한 각 나머지 본소청구 및 피고(반소원고)의
원고(반소피고)들에 대한 반소청구를 모두 기각한다.

2. 본소, 반소를 통틀어 소송 총비용은 각자 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소 청구취지: 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)들에게 주문 제1의 가의 1)항 기재 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하고, 원고 B에게 주문 제1의 가의 2)항 기재 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

나. 반소 청구취지: 원고들은 연대하여 피고에게 3억 원 및 이에 대하여 2018. 4. 1.부터 2019. 11. 12.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 본소 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다. 피고의 원고들에 대한 반소청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 의료법인 ○○○의료재단(이하 '○○○의료재단'이라 한다)은 2012. 8. 8. 의료법 제48조에 의하여 설립된 비영리 의료법인으로, 김해시 삼계동 소재 요양병원을 운영하고 있다. ○○○의료재단에 대한 관계에서, 원고 B은 2018. 3. 9.부터 현재까지 이사로 재직 중이고, 피고는 그 전부터 현재까지 이사로 재직 중이다.

나. 원고 A은 본인 겸 원고 B의 대리인으로서 2018. 1. 30. 피고와 사이에 아래와 같은 합의서(갑 제2호증의 1, 이하 '선행합의서'라 한다)를 작성하였다.

합의서

갑: 피고

을: 원고 A

-아래-

갑과 을은 ◎◎의료재단 운영권 이양과 관련하여 2018. 3. 10.까지 을이 갑에게 3억 원을 지급하지 못한 경우 운영권 이양 관련 일체의 협의는 무효로 하고 원고 B은 ◎◎의료재단

이사직에서 사퇴하기로 한다. 2018. 1. 31.부터 원고 B 대리인 원고 A이 행정국장으로 병원에 출근하여 업무를 보기로 한다.

2018. 1. 30.

갑: 피고

을: 원고 B 대리인

원고 A

피고는 2018. 1. 30. 원고들로부터 1억 9,000만 원을 지급받은 후 원고들에게, 채권자 원고 A, 채무자 D(피고의 남편이다), 차용금액 1억 9,000만 원, 변제기 2018. 3. 10., 이자 없음이라는 내용이 기재된 차용증(갑 제3호증, 이하 '피고 작성 차용증'이라 한다)을 작성해주었다.

다. 원고들은 2018. 2. 28. ◎◎의료재단의 대표권 있는 이사인 피고와 사이에, 피고가 원고 B에게 ◎◎의료재단의 운영권을 양도하고, 원고 A은 원고 B의 채무를 보증하는 내용으로 아래와 같이 합의각서(갑 제2호증의 2, 을 제2호증, 이하 '이 사건 계약서'라 하고, 이 사건 계약서에 의한 계약을 '이 사건 계약'이라 한다)를 작성하였다.

합의각서

피고 - ○○의료재단 운영권을 이양하는 자

원고 B - ○○의료재단 운영권을 이양받는 자

원고 A - 원고 B의 연대보증인 및 부동산담보 제공자

피고 및 원고들은 ○○의료재단 운영권 이양과 관련하여 다음과 같이 합의한다.

1. 피고는 ○○의료재단 이사장직과 재단운영권을 원고 B에게 이양한다.
2. 원고 B은 ○○의료재단 이사장직과 재단운영권 이양에 대한 사례금으로 피고에게 금 8 억 원을 지급하며, 원고 A은 원고 B의 지급을 연대보증한다.

위의 사례금 지급에 대한 담보로 원고 B와 원고 A은 피고에게 다음 부동산에 대하여 금 6억 원의 공동담보 근저당권을 설정해 주기로 한다.

① 원고 B 소유 : 경주시 건천읍 단석로 빌라

대구 수성구 아파트

② 원고 A 소유 : 대구 달서구 상인동 건물 및 토지

또한 원고 B은 법인대표 등기 즉시 사례금 8억 원에 대하여 법인명의 채무변제계약공정증서를 작성, 공증하여 피고에게 제출한다. 원고 B과 원고 A은 위의 채무변제계약의 연대보증인이 된다.

3. 위의 사례금 중 3억 원은 원고 B이 피고에게 2018. 3. 31.까지 지급한다.

원고 B이 법인대표에 등기되어도 피고에게 3억 원을 지급하기 전에는 피고와 원고 B이 공동으로 법인대표권을 행사하며, 이 기간 동안 재단운영권도 피고와 원고 B이 공동으로 가지되 법인인감/법인은행계좌는 피고가 관리한다.

원고 B이 3억 원을 지급하면 피고는 재단운영권을 원고 B에게 완전히 이양하며 그때부터 원고 B은 단독으로 법인대표권을 행사하며 법인인감/법인은행계좌를 관리한다.

피고는 원고 B이 현재 진행 중인 대출이 실행될 수 있도록 은행의 선제요구조건인 심사역 심사 전에 법인대표 변경 및 이사 2명을 추가로 등기하며, 원고 B이 3억 원을 지급하면 피고측 이사는 2명만 남기고 교체한다.

4. 2018. 3. 31.까지 원고 B이 3억 원을 지급하지 못한 경우에는 원고 B은 조건 없이 법인대표 및 이사에서 사퇴하고, 추가로 등기된 원고 B측 이사 2명도 사퇴하며 본 합의각서는 무효로 한다. 사퇴와 동시에 피고는 원고 A로부터 차용한 금액을 즉시 반환하며, 원고 A의 확인각서와 이 약정의 2항에 따라 작성된 원고 B과 원고 A의 채무변제계약공정증서의 연대보증도 무효로 한다.

5. 사례금 잔금 5억 원은 2018. 12. 31.까지 지급하기로 하며 지급이 지연될 경우 지연기간에 대하여 연 15% 연체이자를 적용한다. 단 잔금 중 2억 5,000만 원은 원고 B이 지연이자를 부담하는 지급기한을 6개월 연장할 수 있다.

6. 원고 B은 2018. 6. 30.까지 ●●은행 대출 2.25억 원에 대한 P 주택담보를 설정해제하기로 한다.

7. 본 약정에서 정하지 않은 사항은 통상관례를 따르기로 한다.

2018. 2. 28.

피고 서명 날인

원고 B 서명 날인

원고 A 서명 날인

라. 이 사건 계약일(2018. 2. 28.) 당시 ◎◎의료재단의 이사로는 E, F, G, H, 피고(피고 외에는 대표권이 없다) 이상 5명이 있었다. 이 사건 계약 후 2018. 3. 9. J, K, 원고 B 이상 3명이 이사로 취임하는 등기(원고 B 외에는 대표권이 없다)와 종전 대표 피고의 대표권을 삭제하는 등기가 마쳐졌다.

마. 원고들은 2018. 2. 28. 피고에게, '차용인: 원고 B, 연대보증인: 원고 A, 채권자: 피고, 차용금액: 5억 원, 변제기: 2018. 12. 31., 이자: 2019. 1. 1.부터 연 15%의 이율'로 기재한 차용증을 작성해 주었다.

바. 원고 A은 별지2 '부동산의 표시' 제1 내지 3항 부동산의 소유자이고, 원고 B은 같은 표시 제4, 5항 부동산의 소유자이다(이하 별지2 '부동산의 표시' 기재 순서에 따라 이 사건 제○부동산이라 한다).

이 사건 계약에 따라 원고 B의 피고에 대한 사례금채무를 담보하기 위하여, ① 원고 A은 이 사건 제1 내지 3부동산을 공동담보로 하여 대구지방법원 서부지원 2018. 2. 28. 접수 제20239호로 피고 앞으로 각 근저당권(채권최고액 6억 원, 채무자 원고 B)설정등기를 마쳤고, ② 원고 B은 피고 앞으로, 이 사건 제4부동산에 관하여는 대구지방법원 2018. 3. 30. 접수 제50630호로 근저당권설정등기를 마쳤으며, 이 사건 제5부동산에 관하여는 대구지방법원 경주지원 2018. 3. 30. 접수 제17669호로 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 위 ①, ② 기재 각 근저당권설정등기를 통틀어 '이 사건 근저당권설정등기들'이라 하고, 이 사건 근저당권설정등기들에 의하여 설정된 근저당권들을 통틀어 '이 사건 근저당권들'이라 한다).

사. 원고들은 피고에게 선행합의서에 정해진 지급기한인 2018. 3. 10. 및 이 사건 계약서에 정해진

지급기한인 2018. 3. 31.까지 사례금 3억 원을 지급하지 않았고, 이 사건 계약서에 정해진 지급기한인 2018. 12. 31.까지 나머지 사례금 5억 원을 지급하지 않았으며, 현재까지도 위 각 금액을 지급하지 않고 있다.

아. 2018. 12. 24. ○○의료재단의 기존 이사 5명 중 피고, E, F 3명에 대한 퇴임등기(기존 이사 중 G, H 2명은 이사직을 유지) 및 이사 L, M 2명에 대한 취임등기가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1 내지 제2호증의 2, 제3호증, 을 제1 내지 3, 6, 9, 11호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소 부분 (일부인용)

가. 이 사건 계약의 해지 여부 (긍정)

1) 당사자의 주장

가) 원고들의 주장

이 사건 계약 제4항이 정한 '원고 B이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하지 못할 것'은 해제조건 또는 해지조건인데, 원고 B이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하지 않았으므로, 이 사건 계약은 조건이 성취되어 해제 또는 해지되었다.

나) 피고의 주장

원고들은 이 사건 계약 제2항에 의하여 연대하여 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급할 의무가 있음에도 불구하고, 위 의무를 이행하지 않은 채 ○○의료재단을 계속 운영하고 있는데, 원고들이 위 의무를 불이행하여 이 사건 계약이 무효로 되었다고 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다.

2) 판단

앞서 든 증거와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ③ 사정을 종합하면, 이 사건 계약 제4항의 의미는, 원고 B이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하지 않을 경우 이 사건 계약은 자동으로 해지된다는 것이라고 봄이 타당하다.

① 의료법에 의하면, 의료법인은 '의료업을 목적으로 설립된 법인'을 의미하고(제33조 제2항 제3호), 의료법인을 설립하려는 자는 정관과 그 밖의 서류를 갖추어 시·도지사의 허가를 받아야 하며(제48조 제1항), 의료법인이 재산을 처분하거나 정관을 변경하려면, 시·도지사의 허가를 받아야 하고(제48조 제2항), 의료법인에 대하여 의료법에 규정된 것 외에는 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다(제50조).

민법에 의하면, 이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표하나 정관에 규정한 취지에 위반할 수 없고(제59조), 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다(제61조).

② 이 사건 계약에 앞서 작성된 선행합의서에는 '2018. 3. 10.까지 원고 A이 피고에게 3억 원을 지급하지 못한 경우 운영권 이양 관련 일체의 협의는 무효로 하고'라고 기재되어 있을 뿐이고 '피고에 한하여 무효를 주장할 수 있고, 원고들은 무효를 주장할 수 없다'는 기재는 없다.

이 사건 계약서에는 '2018. 3. 31.까지 원고 B이 3억 원을 지급하지 못한 경우에는(중략) 본 합의각서는 무효로 한다'라고 기재되어 있을 뿐이고(제4항), '피고에 한하여 무효를 주장할 수 있고, 원고들은 무효를 주장할 수 없다'는 기재는 없다.

③ 이 사건 계약에는, 이 사건 계약을 무효로 하기 위하여 취해야 하는 별도의 절차(통지, 최고 등)가 규정되어 있지 않으므로, 이 사건 계약 제4항의 '무효로 한다'는 문구는 '어느 일방의 통지가 없더라도 당연히 무효로 한다'는 의미라고 보아야 한다.

④ 이 사건 계약일(2018. 2. 28.) 당시 ○○의료재단의 이사로는 피고(피고 외에는 대표권 없다), E, F, G, H 이상 5명이 있었는데, 이 사건 계약에 따라 2018. 3. 9. 원고 B, J, K 이상 3명에 대한 이사 취임등기(원고 B 외에는 대표권 없다) 및 피고의 대표권 말소등기가 마쳐졌다.

○○의료재단은 이 사건 계약의 당사자가 아니므로 이 사건 계약이 무효가 되더라도 ○○의료재단의

이사의 지위에는 아무런 영향이 없는 점, 이 사건 계약 제4항은 '2018. 3. 31.까지 원고 B이 3억 원을 지급하지 못한 경우에는 원고 B은 조건 없이 법인대표 및 이사에서 사퇴하고, 추가로 등기된 원고 B측 이사 2명도 사퇴하며'라고 규정한 점 등을 종합하면, 이 사건 계약 제4항이 정한 '2018. 3. 31.까지 원고 B이 3억 원을 지급하지 못한 경우 (중략) 사퇴하며 (중략) 사퇴하며'라는 문구의 의미는, '이 사건 계약에 의하여 취임한 이사는 이 사건 계약이 체결되기 전으로 소급하여 처음부터 이사가 아닌 것으로 복구된다'는 것이 아니라 '이 사건 계약에 의하여 취임한 이사는 이 사건 계약이 무효로 되었을 때 사임할 의무가 있다'는 것으로 보아야 한다.

⑤ 결국 이 사건 계약 제4항의 '2018. 3. 31.까지 원고 B이 3억 원을 지급하지 못한 경우'의 의미는 이 사건 계약의 효력을 체결 당시로 소급하여 효력을 소멸시키는 '해제조건'이 아니라 이 사건 계약의 효력을 장래를 향하여 소멸시키는 해지조건이라고 보아야 한다. 또한 이 사건 계약 제4항의 '무효로 한다'는 문구의 의미는 상호간에 특별한 의사표시가 없더라도 해지조건이 성취되면 당연히 이 사건 계약이 해지된다는 것이고, 해지조건이 성취되었다는 주장은 피고와 원고들 중 누구라도 할 수 있다고 보아야 한다.

⑥ 이 사건 계약의 당사자는 누구든지 이 사건 계약 제4항을 원용할 수 있으므로, 피고만이 이 사건 계약 제4항을 원용할 수 있고 원고들은 그렇게 할 수 없다고 할 수 없으니, 원고들이 이 사건 계약 제4항을 원용하는 것을 가지고 신의칙에 위반된다고 할 수 없다.

나. 계약해지로 인한 근저당권 말소 의무의 발생

원고 B이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하지 못한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 이 사건 계약은 이 사건 계약 제4항이 정한 해지조건의 성취로 인하여 2018. 4. 1.부터 장래를 향하여 효력이 소멸되었다고 할 것이다.

원고들이 이 사건 계약을 원인으로 하여 피고 앞으로 설정한 이 사건 근저당권들은 이 사건 계약의 효력이 소멸된 2018. 4. 1.부터는 원인이 없게 되었으므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 ① 근저당권설정자인 원고 A에게, 이 사건 제1 내지 3부동산에 관한 각 근저당권설정등기를 말소하고, ② 근저당권설정자인 원고 B에게, 이 사건 제4, 5부동산에 관한 각 근저당권설정등기를 말소할

의무가 있다.

다. 권리포기 또는 추인 관련 피고 주장에 대한 판단 (배척)

1) 피고의 주장

이 사건 계약 제4항은, 원고들이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하기 전에는, 이 사건 계약 제3항을 준수하여 피고가 원고 B와 공동으로, ○○의료재단에 대한 대표권 및 운영권을 행사하고 ○○의료재단의 대표자 인감과 예금계좌를 관리하도록 보장할 것을 전제로 하는 것이다.

원고들은 ① 이 사건 계약 제3항을 위반하여 2018. 3. 31.이 되기 전에 ○○의료재단의 대표자 인감을 변경함으로써 피고를 재단 운영에서 배제한 채 독자적으로 ○○의료재단을 운영하였고, ② 2018. 4. 1. 이후에도 이 사건 계약의 무효로 되지 않았음을 전제로 원고 B의 ○○의료재단 이사장직을 N에게 양도하였다가 다시 이사장직을 회복하는 등으로 ○○의료재단을 전적으로 운영하였으므로, 원고들은 이 사건 계약 제4항을 주장할 권리를 포기하였거나 무효로 된 이 사건 계약을 유효로 하는 추인의 의사표시를 한 것이다.

2) 판단

가) 앞서 든 증거 및 을 제8호증의 기재에 의하면, 아래 ① 내지 ④ 사실이 인정되기는 한다.

① 이 사건 계약 제3항에 의하면, 원고 B이 대표자로 등기되더라도 피고에게 3억 원을 지급하기 전까지는 피고와 공동으로 ○○의료재단의 대표권, 운영권을 행사하고, 특히 법인인감, 법인은행계좌는 피고가 관리하여야 한다. 그러나 원고 B은 위 3억 원의 지급기한인 2018. 3. 31.에 앞선 2018. 3. 23. ○○의료재단의 법인인감을 변경하였다.

② 원고들은 위와 같이 변경한 법인인감을 사용하여 2018. 7. 13. ○○은행과 사이에 ○○의료재단 소유의 김해시 삼계동 및 그 지상 요양병원 건물(지하 1층 및 지상 7층, 이하 위 토지 및 건물을 합하여 '요양병원 부동산'이라 한다)에 관하여 부동산 담보신탁계약을 체결하고, 2018. 7. 30. 요양병원 부동산에 관하여 ○○은행 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마치는 등으로

○○의료재단의 대표권 및 운영권을 행사하였다.

③ 원고들은 이 사건 계약에 의하여 피고에 대하여 부담하는 의무인 ㉠ 원고 B이 ○○의료재단 대표자 등기 즉시 ○○의료재단을 채무자, 원고들을 연대보증인으로 하여 사례금 8억 원에 대한 채무변제계약 공정증서를 작성할 의무(이 사건 계약 제2항), ㉡ 2018. 6. 30.까지 ●●은행 대출 2억 2,500만 원에 대한 P 소유의 주택(서울 도봉구 방학동 외 2필지 제가동 제2층 제202호)에 대한 근저당권설정을 해제할 의무(이 사건 계약 제6항), ㉢ 2018. 12. 31.까지 사례금 나머지 5억 원을 지급할 의무(이 사건 계약 제5항)를 모두 불이행하였다.

④ 2020. 2. 7. 원고 B이 ○○의료재단의 대표자 지위에서 사임하는 등기와 N가 ○○의료재단의 이사 및 대표자로 취임하는 등기가 각 마쳐졌다가, 2020. 3. 19. 다시 원고 B의 ○○의료재단의 대표자 취임 등기와 N의 이사 및 대표자 해임 등기가 각 마쳐짐으로써 원고 B의 대표자 지위가 회복되어 현재까지 계속 유지되고 있다(을 제11호증).

나) 그러나 앞서 든 증거와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ⑤ 사실 또는 사정에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 피고가 제출한 증거로는 피고 주장과 같은 권리포기 또는 계약추인이 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

① 이 사건 계약 제4항은 '원고 B이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하지 못한 경우에는 이 사건 계약은 무효로 한다'고 명시하고 있을 뿐이고, 이 사건 계약서에는 '원고가 이 사건 계약 제3항을 위반할 경우에는 이 사건 계약 제4항을 적용하지 않는다'는 취지는 기재되어 있지 않다.

② 이 사건 계약 제3항이 원고 B이 ○○의료재단 대표로 등기된 이후에도 피고가 법인인감을 소지하고 공동으로 대표권 및 운영권을 행사하는 것으로 규정하였으나, 원고 B은 ○○의료재단 유일한 대표자이므로, 원고 B이 ○○의료재단을 단독으로 대표하여 한 행위는 ○○의료재단에 대하여 효력이 있다.

피고가 주장처럼 원고 B의 인감변경 등의 행위가 이 사건 계약 제3항을 위반한 것이라고 가정하더라도, 원고들이 이 사건 계약 제4항의 효력을 주장하지 않겠다는 의사표시를 한 것으로 볼 수 없다.

③ 원고 B이 ○○의료재단을 대표하여 ○○의료재산 소유 부동산에 관하여 ○○은행 앞으로 신탁을

원인으로 한 소유권이전등기를 마친 것이 ○○의료재단에 손실을 입혔다고 가정하더라도, 원고 B은 ○○의료재단을 대표하여 위 신탁등기일인 2018. 7. 30. 위 부동산에 관하여 근저당권자 주식회사 ●●은행(채권최고액 3,000,000,000원) 앞으로 마쳐져 있던 근저당권설정등기 및 근저당권자 주식회사 ◇◇저축은행(채권최고액 500,000,000원) 앞으로 마쳐져 있던 근저당권설정등기를 각 말소시키는 이익을 주었으므로(을 제8호증), 위 손실이 위 이익보다 더 크다고 단정할 수 없다(갑 제7호증, 제8호증의 1 내지 제13호증의 6).

라. 피담보채무 관련 피고의 주장에 대한 판단 (배척)

1) 피고의 주장

원고들은 피고에 대하여 ○○의료재단을 이 사건 계약 체결 전의 상태로 원상회복할 의무를 부담하는데, 그 의무는 ① ○○의료재단 소유 부동산에 관한 신탁 원인소유권이전등기의 말소 및 과거의 금융기관 대출과 근저당권설정등기 회복의무, ② 피고가 원고들에게 운영권을 양도한 시점과 운영권을 반환받는 현재 시점의 ○○의료재단 자산가치 차액 상당 정산금 지급의무, ③ 원고 B이 2018. 4.경부터 2020. 11.경까지 ○○의료재단으로부터 지급받은 급여 1억 4,400만 원 상당 손해배상금 지급의무이다.

원고들은 위 각 의무를 불이행하여 피고에게 입힌 손해를 배상할 의무가 있는데, 위 손해배상의무는 이 사건 근저당권들의 피담보채무에 포함되므로, 피고는, 원고들이 위 손해배상의무를 이행하기 전에는 이 사건 근저당권설정등기들을 말소할 의무가 없다.

2) 판단

앞서 본 바와 같이 ① 이 사건 계약 제2항은, '원고 B은 ○○의료재단 이사장직과 재단운영권 이양에 대한 사례금으로 피고에게 8억 원을 지급하며, 원고 A은 원고 B의 지급을 연대보증한다. 위의 사례금 지급에 대한 담보로 원고 B과 원고 A은 피고에게 부동산에 대하여 6억 원의 근저당권을 설정해 주기로 한다'라고 명시하고 있고, ② 원고들은 이 사건 계약 제2항에 따라 채무자를 원고 B으로 하여

피고 앞으로 이 사건 근저당권설정등기들을 마쳤으므로, 이 사건 근저당권들의 피담보채무는 특별한 사정이 없는 한 '원고 B이 피고에게 이 사건 계약 제2항이 정한 금액을 지급할 의무'라고 보아야 하는 점에 비추어 볼 때, 피고가 제출한 증거로는, 위 피담보채무 외에 원고들이 이 사건 계약을 불이행함으로 인하여 피고에 대하여 부담하는 손해배상채무도 이 사건 근저당권들의 피담보채무에 포함된다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

마. 이사등기 관련 피고 주장에 대한 판단 (일부 인용)

1) 피고의 주장

원고들은 피고에 대하여 ◎◎의료재단을 이 사건 계약 체결 전의 상태로 원상회복할 의무를 부담하는데, 그 의무에는, 별지1 '임원변경등기' 기재와 같은 사임 및 취임등기를 이행할 의무가 포함되므로, 피고는, 원고들이 위 의무를 선이행한 후 또는 원고들이 위 의무를 이행함과 동시에 원고들에 대하여 이 사건 근저당권들을 말소할 의무를 부담한다.

2) 판단

앞서 본 바와 같이 ① 이 사건 계약 제4항은 '2018. 3. 31.까지 원고 B이 3억 원을 지급하지 못한 경우에는 원고 B은 조건 없이 법인대표 및 이사에서 사퇴하고, 추가로 등기된 원고 B측 이사 2명도 사퇴하며 본 합의각서는 무효로 한다. 사퇴와 동시에 피고는 원고 A로부터 차용한 금액을 즉시 반환하며, 원고 A의 확인각서와 이 약정의 2항에 따라 작성된 원고 B과 원고 A의 채무변제계약공정증서의 연대보증도 무효로 한다.'라고 정하고 있는데, ② 이 사건 계약일(2018. 2. 28.) 당시 ◎◎의료재단의 이사로는 피고(피고 외에는 대표권 없다), E, F, G, H 이상 5명이 있었고, 이 사건 계약에 따라 2018. 3. 9. 원고 B, J, K 이상 3명에 대한 이사 취임등기(원고 B 외에는 대표권 없다) 및 피고의 대표권 말소등기가 마쳐졌으며, ③ 원고 B이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하지 못하였다.

따라서 이 사건 계약 제4항에 따라 ㉠ 원고 B은 조건 없이 법인대표 및 이사에서 사퇴할 의무가 있고,

㉔ 원고들은 이 사건 계약 후 추가로 등기된 원고 B 측 이사 2명을 사퇴시킬 의무가 있는데, 쌍무계약인 이 사건 계약이 해지됨으로 인하여 계약당사자 상호간에 부담하는 청산의무는 동시이행관계에 있으므로, 위 ㉓, ㉔ 의무는 피고의 원고들에 대한 이 사건 근저당권설정등기들의 말소의무와 동시이행관계에 있다고 봄이 타당하다.

위 ㉓, ㉔ 의무가 구체적으로 무엇인지 보건대, 별지1 '임원변경등기' 중 제1 내지 3항 기재 이사들(J, K, L, M, 원고 B)은 이 사건 계약에 따라 취임한 이사들이므로 원고들의 책임 하에 사임등기를 마칠 수 있을 것으로 보이고, 같은 별지 제4, 5항 기재 이사들(E, Q, 피고)은 피고의 의사에 따라 이 사건 계약 후에 대표권이 제한되었거나 사임한 이사들이므로 원고들이 아니라 피고의 책임 하에 취임등기를 마칠 수 있을 것으로 보인다.

결국 피고의 원고들에 대한 이 사건 근저당권설정등기들의 말소의무와 사이에 동시이행관계에 있는 원고들의 의무는 별지1 '임원변경등기' 중 제1 내지 3항 기재 이사들(J, K, L, M, 원고 B)의 사임등기를 마칠 의무에 한정된다고 할 것이므로, 피고의 이사등기 관련 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있고, 그 나머지는 이유 없다.

바. 손해배상 관련 피고 주장에 대한 판단 (배척)

1) 피고의 주장

원고 B이 이 사건 계약이 무효로 된 후에도 2018. 4.경부터 2020. 11.경까지 ○○의료재단의 대표자로 행세하여 급여 1억 4,400만 원 상당을 지급받음으로써 피고에게 같은 금액 상당의 손해를 입혔으므로, 원고들은 피고에게 위 금액 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.

따라서 피고는, 원고들이 위 의무를 선이행한 후 또는 원고들이 위 의무를 이행함과 동시에 원고들에 대하여 이 사건 근저당권들을 말소할 의무를 부담한다.

2) 손해배상채권의 발생 (긍정)

앞서 본 바와 같이 ① 이 사건 계약 체결 당시 피고가 ○○의료재단의 대표권 있는 이사였는데, 원고

B이 이 사건 계약에 따라 ○○의료재단의 대표권 있는 이사로 취임하였고, ② 이 사건 계약은 2018.

4. 1.부터 효력이 소멸되었으므로, 원고 B은 이 사건 계약 제4항에 따라 2018. 4. 1.에

○○의료재단의 이사 및 대표자 지위에서 사임할 의무를 피고에 대하여 부담하게 되었으나, 원고 B은 위 의무를 이행하지 않았다.

앞서 든 증거 및 갑 제43호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 B은 2018. 4. 1.부터 2020. 11.경까지 ○○의료재단으로부터 대표자 급여 1억 4,400만 원을 지급받은 사실이 인정된다.

앞서 본 이 사건 계약해지로 인한 원상회복의무에 의하면, 원고 B과 원고 측 이사들이 2018. 4. 1.에 ○○의료재단의 대표에서 사임하였더라면 피고가 ○○의료재단의 대표로 취임하여 그때부터 위 급여 1억 4,400만 원 상당을 수령하였을 것으로 봄이 타당하므로, 원고들이 원고 측 이사들의 사임의무를 불이행함으로 인하여 피고에게 위 급여 1억 4,400만 원을 지급받지 못하는 손해를 입었다고 할 것이니, 원고들은 공동하여 피고에게 위 금액 상당 손해배상금을 지급할 의무가 있다.

원고들은, 피고가 ○○의료재단의 대표자로 취임하는 것을 거부하는 등 잘못이 있으므로 형평의 원칙상 원고들의 손해배상책임이 제한되어야 한다고 주장하나, 이사의 사임은 피고의 협조 없이 할 수 있는 점에 비추어 볼 때, 원고들이 제출한 증거로는 피고의 잘못으로 피고에게 손해가 발생한 것으로 볼 수 없으므로, 원고들의 주장은 이유 없다.

3) 상계로 인한 손해배상채권의 소멸 (긍정)

원고들의 주장은, 원고들은 피고에 대하여 대여금채권 1억 9,000만 원을 가지는데, 위 채권을 자동채권으로 하여 피고의 원고들에 대한 손해배상채권 1억 4,400만 원과 상계한다는 것이다.

앞서 본 바와 같이 원고들이 2018. 1. 30. 피고에게 1억 9,000만 원을 지급하고 피고로부터 피고 작성 차용증을 지급받았다.

앞서 든 증거와 이 사건 계약의 경위, 이 사건 계약이 해지된 경위 등을 종합하면, 피고 작성 차용증을 작성할 당시 피고는 원고들과 사이에, 원고들이 2018. 1. 30. 피고에게 지급한 1억 9,000만 원은 이 사건 계약이 무효로 되는 경우 반환하기로 합의하였다고 봄이 타당하다.

원고들의 피고에 대한 대여금채권 1억 9,000만 원(자동채권)은 이 사건 계약이 해지된 2021. 4.

1.에 변제기에 도달하였고, 앞서 인정한 피고의 원고 B에 대한 손해배상채권 1억 4,400만 원(수동채권)은 매월 각 급여지급일에 변제기에 도래하였으므로, 자동채권과 수동채권은 매월 각 급여지급일에 상계적상에 있었다고 할 것이다.

원고들이 2021. 3. 3. 당심 제6차 변론기일에서 2021. 2. 26.자 준비서면을 진술함으로써 위 양 채권을 대등액에서 상계한다는 의사를 표시하였으므로, 피고의 손해배상금채권 1억 4,400만 원은 위 상계적상일에 소급하여 원고들의 대여금채권 중 1억 4,400만 원과 대등액의 범위에서 소멸하였다고 할 것이니, 원고들의 상계 주장은 이유있고, 피고의 손해배상 주장은 결국 이유 없다.

사. 기타 선이행 또는 동시이행 관련 피고 주장에 대한 판단 (배척)

1) 피고의 주장

원고들은 피고에 대하여 이 사건 계약 체결 전의 상태로 ○○의료재단을 원상회복할 의무를 부담하는데, 그 의무에는, ① ○○의료재산 소유 요양병원 부동산에 관한 신탁 원인 소유권이전등기의 말소 및 과거의 금융기관 대출과 근저당권설정등기 회복의무, ② 피고가 원고들에게 운영권을 양도한 시점과 운영권을 반환받는 현재 시점의 ○○의료재단 자산가치 차액 상당 정산금 지급의무, ③ 법인 인감의 변경의무, ④ ○○의료재단의 경영 상황(직원 등)의 종전 회복의무, ⑤ ○○의료재단의 건강보험공단에 대한 요양급여채권에 관한 R의 가압류 등의 해제의무이다.

피고는, 원고들이 위 의무를 선이행한 후 또는 원고들이 위 의무를 동시이행함과 동시에 원고들에 대하여 이 사건 근저당권들을 말소할 의무를 부담한다.

2) 판단

위 인정사실에 의하여 알 수 있는 아래 ① 내지 ⑤의 사정을 종합하면, 원고들은 피고에 대하여 피고 주장과 같은 의무를 부담하지 않는다고 봄이 타당하므로, 피고의 주장은 이유 없다.

① 앞서 본 바와 같이 이 사건 계약은 2018. 4. 1.부터 효력이 소멸되었으므로, 원고들이 이 사건 계약 후 2018. 3. 31.까지 이 사건 계약을 원인으로 한 행위는 모두효력이 있고, 따라서 원고들은 2018.

3. 31.까지 한 행위에 대하여는 피고에 대하여 원상회복 의무를 부담하지 않는다.

② 원고 B와 원고들이 추천한 사람들이 이 사건 계약 후에 ○○의료재단의 이사로 취임하여 현재까지 사임하지 않은 채 ○○의료재단을 운영하고 있다.

○○의료재단은 이 사건 계약의 당사자가 아니므로, 이 사건 계약이 해지되어 2018. 4. 1.부터 더 이상 효력이 없더라도, 원고 측 이사들은 의료법 및 민법의 규정에 의하여 사임할 때까지 ○○의료재단의 이사의 지위를 그대로 유지하면서 이사의 임무를 수행할 수 있다.

③ ○○의료재단 정관(갑 제36호증)에 의하면, 이사는 이사회에서 선임하고(제12조 제1항), 이사장은 이사회에서 호선하므로(제15조), 원고 측 이사들이 사임한 후 남은 이사는 피고 및 피고 측 이사뿐이므로, 남은 이사들이 그들의 의사에 맞게 ○○의료재단의 인감이나 경영상황을 변경할 수 있다.

④ 피고의 주장은, 원고들은 ○○의료재단이 보유하는 물권, 채권 또는 채무 관계를 이 사건 계약이 체결되기 전의 상태로 회복할 의무가 있다는 것이다.

앞서 본 바와 같이 원고들은 ○○의료재단을 이 사건 계약의 해지일 당시의 상태로 원상회복할 의무가 있으나, 이는 이 사건 계약의 당사자인 피고에 대하여 부담하는 것일 뿐이고 ○○의료재단에 대하여는 부담하는 것이 아니므로, 원고 B이 이 사건 계약의 해지일 이후에도 여전히 ○○의료재단을 대표하여 ○○의료재단이 보유하는 물권, 채권 또는 채무를 변경하는 행위를 함으로써 이 사건 계약을 위반하였다고 하더라도, 그 대표행위는 ○○의료재단에 대하여는 효력이 있다.

⑤ 의료법 제50조의 규정에 의하여 ○○의료재단에 준용되는 민법의 규정에 의하면, ○○의료재단이 보유하는 물권, 채권 또는 채무는 그 이사에게 귀속되는 것이 아니므로, ○○의료재단의 재산상태가 악화되더라도 그 이사에 불과한 피고의 재산상태가 악화된 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고 주장대로 원고 B와 원고들이 추천한 이사들이 ○○의료재단에 대하여 부담하는 이사의 의무를 위반하여 ○○의료재단의 재산상태를 악화시키는 행위를 하였다고 하더라도, ○○의료재단 자체가 해당 이사들을 상대로 위 행위가 무효라거나 위법하다는 이유로 원상회복 또는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이고, 피고가 해당 이사들을 상대로 원상회복 또는 손해배상을 청구할 수 없다.

아. 소결

따라서 피고는, 원고들이 별지1 '임원변경등기' 중 제1 내지 3항 기재 사임등기(J, K, L, M, 원고 B)를 마침과 동시에, ① 원고 A에게, 이 사건 제1 내지 3부동산에 관한 각 근저당권설정등기를 말소하고, ② 원고 B에게, 이 사건 제4, 5부동산에 관한 각 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있으므로, 원고들의 주장은 위 인정범위 내에서 이유있고, 그 나머지는 이유 없다.

3. 반소 부분 (기각)

가. 피고의 주장

이 사건 계약 제4항은, 원고들이 2018. 3. 31.까지 피고에게 3억 원을 지급하기 전에는, 이 사건 계약 제3항을 준수하여 피고가 원고 B와 공동으로, ○○의료재단에 대한 대표권 및 운영권을 행사하고 ○○의료재단의 대표자 인감과 예금계좌를 관리하도록 보장할 것을 전제로 하는 것이다.

원고들은 ① 이 사건 계약 제3항을 위반하여 2018. 3. 31.이 되기 전에 ○○의료재단의 대표자 인감을 변경함으로써 피고를 재단 운영에서 배제한 채 독자적으로 ○○의료재단을 운영하였고, ② 2018. 4. 1. 이후에도 이 사건 계약의 무효로 되지 않았음을 전제로 원고 B의 ○○의료재단 이사장직을 N에게 양도하였다가 다시 이사장직을 회복하는 등으로 ○○의료재단을 전적으로 운영하였으므로, 원고들은 이 사건 계약 제4항을 주장할 권리를 권리를 포기하였거나 무효로 된 이 사건 계약을 유효로 하는 추인의 의사표시를 한 것이다.

따라서 이 사건 계약은 효력이 있으므로, 원고들은 이 사건 계약 제2, 3항에 따라 연대하여 피고에게 3억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 판단

앞서 제2의 나항에서 본 바와 같이 이 사건 계약은 이 사건 계약 제4항이 정한 해지조건의 성취로 인하여 2018. 4. 1.부터 장래를 향하여 효력이 소멸되었고, 앞서 제2의 다의 2)항에서 본 바와 같이 피고 주장과 같은 권리포기 또는 계약추인이 있었다고 인정할 수 없으므로, 이 사건 계약의 효력이 소멸되지 않았음을 전제로 하는 피고의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원고들의 본소청구는 위 각 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 각 나머지 본소청구는 이유 없어 기각하며, 피고의 원고들에 대한 반소청구는 모두 이유 없어 기각하여야 한다. 따라서 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 진성철 판사 권형관 판사 김규화

별지