

# 울 산 지 방 법 원

## 제 4 민 사 부

### 판 결

사 건 2014가합693 소유권말소등기 등  
원 고 A  
소송대리인 법무법인 국제  
담당변호사 윤길현, 홍성주

피 고 1. B  
2. C 주식회사  
대표이사 D  
피고 1, 2의 소송대리인 변호사 엄윤상

3. E  
대표자 조합장 F  
소송대리인 변호사 강부환  
피고 1 내지 3의 소송복대리인 변호사 이선호

4. G  
5. H  
6. 울산광역시 I  
대표자 구청장 J

변 론 종 결 2015. 6. 11.

판 결 선 고                    2015. 7. 9.

## 주 문

1. 원고에게 별지 기재 부동산에 관하여,
  - 가. 피고 B은 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25850호로 마친 소유권이전등기의,
  - 나. 피고 C 주식회사는 울산지방법원 2013. 4. 11. 접수 제34452호로 마친 소유권이전등기의,
  - 다. 피고 E은 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25851호로 마친 근저당권설정등기 및 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25903호로 마친 지상권설정등기의,
  - 라. 피고 G는 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25965호로 마친 근저당권설정등기의,
  - 마. 피고 H은 울산지방법원 2013. 5. 8. 접수 제44431호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 피고 울산광역시 I는 원고에게 별지 기재 부동산에 관하여 마쳐진 피고 G의 제1의 라항 기재 근저당권설정등기의 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 하라.
3. 소송비용은 피고들이 부담한다.

## 청 구 취 지

주문과 같다.

## 이 유

## 1. 기초사실

### 가. 원고의 지위 및 규약의 내용

1) 원고는 울산 울주군 삼남면 조일리(도로명 주소는 울산 울주군 삼동면 삼동로와 같은 면 참샘길 또는 아까지실길에 속한다. 이하 위 일대를 '지랑부락'이라 칭한다)에 주소를 두고 문중의 공동선조의 봉제사 및 분묘의 수호, 문중 후손의 장학사업, 위 사업을 위한 재산의 매입 및 관리 등을 목적으로 창립된 비법인사단이다.

2) 원고는 1986. 3. 1. 다음과 같은 문중규약을 제정하였다.

#### 제4조(문중의 구성원)

본 문중은 울산 울주군 삼남면 조일리 지랑 부락에 주소를 둔 A 일족으로 구성한다.

#### 제5조(문장)

본 문중에는 문중을 대표할 문장 1명을 두되 그 임기는 3년으로 한다.

#### 제6조(총무)

본 문중에 총무 1명을 두어 문장을 보좌하고 문중의 경리를 맡고 문장이 유고시는 문중을 대표한다.

#### 제7조(총회)

본 문중은 매년 11월에 정기총회를 개최하고 필요시는 문장이 임시총회를 소집할 수 있다.

#### 제8조(이사회)

본 문중은 이사 약간명을 두고 이사회는 다음 사항을 결의한다.

1. 본 문중의 문장의 선출 및 총무의 선출
2. 본 문중의 재산의 취득 및 처분
4. 기타 문중 운영상의 중요사항

#### 제9조(이사회 의결정족수)

1. 이사회는 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수로서 의결한다.
2. 본 문중의 재산취득 및 처분은 이사 3분의 2 이상의 출석과 출석한 이사 3분의 2 이상의 동의를 얻어야 한다.

#### 나. 이 사건 부동산의 매매 및 근저당권설정 등

1) 원고의 M 중 한 명인 피고 G는 2013. 1. 28. 전체 M에 대한 소집통지를 하지 아니하였음에도, 마치 적법한 절차에 따라 임시총회가 개최되어 피고 G가 문장으로 선임되고, 이 사건 부동산을 피고 B에게 매각하기로 하며, 새롭게 문중 규약을 제정하기는 내용의 임시총회결의가 있었던 것과 같이 회의록과 문중규약을 허위로 작성하였다.

2) 피고 G는 위 임시총회 의사록을 바탕으로 원고의 대표자로서 2013. 3. 21. 피고 B과 이 사건 부동산에 관해 매매대금을 19억 2,000만 원으로 하는 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결한 후 피고 B으로부터 매매대금 중 3억 5,000만 원을 제외한 나머지 대금을 지급받은 다음 잠적하였다.

3) 피고 B은 이 사건 부동산에 관하여 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25850호로 이 사건 매매계약을 등기원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤다.

그리고 피고 E(이하 '피고 협동조합'이라 한다)은 이 사건 부동산에 관하여 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25851호로 근저당권자 피고 협동조합, 채무자 피고 B, 채권최고액 16억 2,500만 원인 근저당권설정등기를 마쳤다.

또한 피고 G는 피고 B이 미지급한 매매대금 3억 5,000만 원을 담보하기 위한 방법으로 이 사건 부동산에 관하여 울산지방법원 2013. 3. 21. 접수 제25965호로 근저

당권자 피고 G, 채무자 피고 B, 채권최고액 6억 5,000만 원인 근저당권설정등기를 마쳤다.

3) 이후 C 주식회사는 2013. 4. 11. 피고 B으로부터 이 사건 부동산을 매수하여 울산지방법원 2013. 4. 11. 접수 제34452호로 소유권이전등기를 마쳤고, 피고 H은 이 사건 부동산에 관하여 울산지방법원 2013. 5. 8. 접수 제44431호로 근저당권자 피고 H, 채무자 피고 C 주식회사, 채권최고액 2억 5,000만 원인 근저당권설정등기를 마쳤다.

4) 한편 피고 울산광역시 I는 울산지방법원 2013. 7. 9. 접수 제69386호로 피고 G의 위 근저당권부채권에 관한 압류등기를 마쳤다.

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 6, 14호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 소의 적법 여부에 대한 판단

### 가. 관련 법리

원고가 '울주군 삼남면 조일리 지랑부락에 주소를 둔 A 일족'을 구성원으로 정하고 있는 비법인사단이라는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 원고가 소유하고 있는 재산은 총유관계에 있다.

총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항의 규정에 따라 사원총회의 결의를 거쳐야 하므로, 법인 아닌 사단이 그 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 특별한 사정이 없는 한 총회의 결의를 거쳐야 한다. 그리고 총회를 개최함에

있어서는, 특별한 사정이 없는 한 소집통지 대상이 되는 구성원의 범위를 확정된 후 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 모든 구성원에게 개별적으로 소집통지를 함으로써 각자가 회의와 토의 및 의결에 참가할 수 있는 기회를 주어야 하므로, 일부 구성원에 대한 소집통지 없이 개최된 총회에서의 결의는 그 효력이 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83650 판결 참조).

이 사건에서 원고는 이 사건 매매계약이 무효임을 주장하면서 그 소유권이전등기에 대한 말소를 구하고 있고, 이러한 소송을 수행하는 것은 총유재산에 대한 보존행위에 해당하므로, 원고가 이 사건 소송 제기와 관련하여 거친 아래 각 임시총회결의가 유효한지 여부에 따라 이 사건 소송의 적법 여부가 달라지게 된다.

#### 나. 2013. 12. 21.자 임시총회결의의 유효 여부

갑 제4, 5호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① O와 L은 울산지방법원 2013카합457호로 피고 G를 상대로 직무집행정지 및 대행자선임 가처분 신청을 하여 2013. 8. 14. "신청인들의 원고에 대한 총회결의무효확인청구 등 사건의 본안판결 확정시까지 피고 G는 위 문중의 문장으로서 직무를 집행하여서는 안 되고, 위 직무집행정지기간 동안 K을 직무대행자로 선임한다"는 내용의 결정을 받았다.

② K은 원고의 직무대행자로서 2013. 12. 21. 울산 울주군 삼동면 조일리에 있는 지랑부락회관에서 임시총회를 개최하였고, 위 총회에서는 L을 원고의 대표자로 선출하고, 피고 B이 원고를 상대로 제기한 울산지방법원 2013가합8263 근저당권말소 등 소에 대한 응소행위 및 이 사건 부동산의 소유권을 원상회복하기 위해 향후 진행될 소

송행위 일체를 L에게 위임하기로 하는 내용의 결의가 이루어졌다. 한편 위 총회의 회의록에는 K과 L 외 20인이 참석한 것으로 기재되어 있다.

그러나 한편 위 임시총회를 개최하기에 앞서 적법한 소집통지절차가 이루어졌는지 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로, 결국 원고의 2013. 12. 21.자 임시총회결의는 그 절차상 하자로 인해 무효이다.

#### 다. 2014. 7. 20.자 임시총회결의를 통한 소송행위의 추인 여부

##### 1) 관련 법리 및 이 사건의 경우

적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위시에 소급하여 효력을 갖는다(대법원 1997. 3. 14. 선고 96다25227 판결 참조). 따라서 비법인 사단이 적법한 총회 결의를 거치지 않고 소송을 제기하였다고 하더라도, 이후에 적법한 총회 결의를 거쳐 앞서 진행된 소송행위를 추인하게 되면 부적법한 소 제기 행위가 소급하여 유효하게 된다.

원고는 2013. 12. 21.자 임시총회에서의 결의가 무효라고 하더라도 이후에 적법한 절차를 거쳐 2014. 7. 20. 임시총회를 개최하여 이 사건 소송에서의 소송행위를 추인하는 내용의 결의를 함으로써 결국 이 사건 소는 소급하여 적법하게 제기된 것으로 볼 수 있다고 주장하므로, 이하에서는 위 2014. 7. 20. 임시총회결의의 효력에 관해 살펴본다.

##### 2) 인정사실

살피건대, 갑 제7 내지 9, 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① K을 포함한 19명의 원고 M은 울산지방법원 2014비합9호로 원고의 후임 대표자 선임 및 이 사건 부동산의 소유권 회복을 위한 소송행위 등과 관련한 임시총회 소집허가를 신청하였고, 위 법원은 2014. 6. 30. 위 신청을 인용하는 결정을 하였다.

② 원고는 위 임시총회 소집허가를 신청한 19명을 발신인 목록에, 피고 G를 포함한 14명을 수신인 목록에 포함한 임시총회 소집통지서를 작성하고, 2014. 7. 9. 위 수신인들의 각 주소지로 임시총회 소집통지서를 발송하였다.

③ K을 포함한 19명은 위 임시총회소집허가 결정에 따라 2014. 7. 20. 지랑부락 회관에서 임시총회를 개최하였다(이하 '이 사건 임시총회'라고 한다). 위 임시총회에는 K과 L 등 총 22인이 참석하여 만장일치로써, L을 원고의 대표자로 선출하고 L에게 이 사건 부동산의 보존을 위한 소송행위를 위임하기로 하며, 이미 진행되고 있는 이 사건 소송에서의 모든 소송행위를 추인하는 내용의 결의를 하였다.

### 3) 이 사건 임시총회가 적법한 소집통지절차를 거쳤는지 여부

#### 가) 원고 M의 범위 확정의 기준

원고의 2014. 7. 20. 임시총회가 적법한 소집통지절차를 거쳤는지 여부를 판단하기 위하여는 먼저 원고의 M의 범위를 확정하여야 한다.

을나 제5호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 구성원 중 최고 연장자인 N 등은 2011. 6. 15. N 등이 적법한 원고 구성원이라 주장하는 자들에게 임시총회 소집통지를 하여 2011. 6. 26. O를 원고의 문장으로 선임하고 원고의 문중규약을 변경하는 결의를 하였는데, 위 변경된 규약 제4조는 원고 회원의 범위에 관해 '본 문중은 울주군 삼동면 조일리 지랑부락에서 태어나 주거하고 있는 영산신씨 세대주를 회원으로 함을 원칙으로 한다. 단, 1986. 3. 1. 문중창립 당시 세대주와 그 후손으로 본

동에 거주하는 세대주로 하며, 장남의 경우 본동에 거주하지 않아도 그 지위를 가진다'고 규정하고 있는 사실이 인정된다.

그러나 한편 갑 제3, 4호증, 을나 제2, 3호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 원고가 P을 상대로 제기한 울산지방법원 2011가합4335호 회계기장 등 인도 소송에서는 위 2011. 6. 26.자 임시총회가 적법한 소집권한 없는 자에 의해 소집된 임시총회로서 위 총회에서 원고의 문장으로 선임된 O에게 원고의 적법한 대표권한이 없다는 이유로 원고의 청구를 각하하는 판결이 선고되어 그대로 확정되었다.

② 원고의 M인 Q와 R은 2009. 7. 22. 울산지방법원 2009카합743호로 당시 원고의 대표자였던 P을 상대로 직무집행정지 및 대행가처분 신청을 하였고, 위 사건의 항소심인 부산고등법원 2009라360호 사건에서 2010. 7. 16. P으로 하여금 2010. 8. 30. 원고의 임시총회를 개최하도록 하되, 참석대상 M은 기존의 규약에서 정하는대로 현재 본동을 주소로 두고 거주하고 있는 영산신씨의 세대주(약 33세대로 추정)로 하기로 하는 내용의 조정이 성립되었다.

③ O와 L 외 13명이 원고 등을 상대로 울산지방법원 2013가합3954호로 제기한 총회결의무효확인 등 소송과 O와 L이 피고 G를 상대로 제기한 울산지방법원 2013카합457호 직무집행정지 및 대행자선임 가처분 사건에서, O와 L 등은 원고 M의 범위에 관해 "1986. 3. 1. 원고의 창립 당시 A의 일족 중에서, 울산 울주군 삼남면 조일리 지랑부락 내에 주소를 두고 있고 실제로 거주하고 있는 세대주"에 한정된다고 주장하였다.

위 인정사실을 종합하여 보면, 원고의 2011. 6. 26.자 변경규약은 적법한 소집권한 없

는 자에 의해 소집된 임시총회에서 결의된 것으로서 효력이 없다고 할 것이므로 결국 원고의 1986. 3. 1.자 문중규약만이 효력을 가진다고 할 것인데, 위 문중규약 제4조에 의하면, '울주군 삼남면 조일리 지랑부락에 주소를 둔 A 일족'을 원고의 구성원으로 정하고 있으므로, 임시총회 소집통지 당시에 A의 일족으로서 지랑부락에 주소를 두고 거주하고 있기만 한다면 당연히 원고의 구성원으로서의 자격을 가진다고 봄이 상당하다.

또한 원고는 일정한 지역에 거주하고 있는 M을 구성원으로 하는 유사종중의 성격을 가지는 점에 비추어, 위 '주소'의 의미는 반드시 주민등록상의 주소지에 한정할 것이 아니라 실질적인 생활의 근거를 두고 있는 장소의 개념으로 파악되어야 한다. 따라서 원고의 M의 범위는 임시총회 소집통지 당시를 기준으로 i) A의 일족인지 여부와 ii) 지랑부락에 실제 거주하고 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 다만 원고 M의 주민등록법상의 주소지는 실제 거주지 판단의 자료로써 활용될 수 있을 것이다.

나) 소집통지절차의 적법 여부

먼저 원고가 2014. 7. 20. 개최한 임시총회 소집통지의 발신인과 수신인 목록은 아래 표 기재와 같다.

발신인 목록	참석여부	수신인 목록	참석여부
--------	------	--------	------

발신인 목록	참석여부	수신인 목록	참석여부
K	o	G	x
신OO	o	P	x
신OO	o	신OO	o (배우자 장OO 참석)
L	o	신OO	o
신OO	o	신OO	x
신OO	o	신OO	x
O	o	신OO	o
R	o	신OO	x
신OO	o	신OO	o
신OO	o	신OO	x
신OO	o	신OO	x
신OO	o	신OO	x
신OO	o	신OO	x
신OO	o	신OO	x
신OO	o	신OO	x
신OO	o	이OO	x
N	o	박OO	x (신OO의 어머니)
신OO	o	김OO	x (신OO의 어머니)
신OO	o		

이하에서는 피고 협동조합이 이 사건 임시총회 소집통지에 관해 문제삼고 있는 부분을 중심으로 위 소집통지절차의 적법 여부를 살펴본다.

■ 소집통지가 누락되었다고 다투어지는 사람들

○ 피고 협동조합은 원고의 1987년경부터 1989년경 작성된 임시총회 회의록이나 2007. 8. 7.경 작성된 토지 매각대금 배당명세서, 2011. 6.경 작성된 회원명부 등에 원고의 M으로 기재되어 있는 신OO, 신OO, 한OO, 신OO, 신OO, 신OO, 신O(신OO의 손자이다)의 자녀들의 소재를 파악하여 이 사건 임시총회의 소집통보를 하였어야 한다고 주장한다.

살피건대, 아래에서 보는 바와 같이 원고는 신OO의 자녀인 신OO에게는

소집통지를 하였다. 또한 앞서 본 총유물의 보존을 위한 소송의 적법요건에 관한 법리에 비추어 볼 때, 소송요건으로서 갖추어야 하는 총회의 소집통지는 '국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 구성원'에게 이루어지면 족하다고 볼 것이고, 갑 제20, 26호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 협동조합이 주장하는 위 사람들의 자녀들은 현재 그 소재가 파악되지 않고 지금까지 원고의 M으로서 권리를 행사한 사실이 없는 점을 인정할 수 있으므로, 원고가 위 사람들에게 이 사건 임시총회 소집통지를 하지 않았다고 하여 그 소집통지절차에 하자가 있다고 보기 어렵다.

○ 신OO : 갑 제22, 23호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고의 M인 신OO와 정OO의 장남인 신OO은 원고의 M인 신OO으로부터 전화통화를 통해 2014. 7. 20.자 임시총회 소집통지를 받은 사실을 인정할 수 있다.

○ 신OO : 갑 제24호증, 을나 제14, 15, 25호증의 각 기재에 의하면, 다음과 같은 사정이 인정된다. i) 신OO는 과거 원고의 재산을 매각한 돈을 분배받은 사실이 있으나 원고의 정식 M들이 지급받은 돈에 비해 현저히 적은 돈만을 지급받았을 뿐이어서 원고의 M들과 친인척 관계를 인정받아 도의적인 차원에서 돈을 분배받았을 가능성이 높아 보인다. ii) 신OO는 2011. 1. 30. 원고의 임시총회에서 그의 원고 M으로서의 자격이 논의되어 '준회원으로 M으로서의 의결권은 없으나, 재산의 권리를 부여하기로 한다'는 내용의 의결이 이루어졌으므로, 원고의 총유재산 보존을 위해 개최된 이 사건 임시총회에 반드시 신윤오에 대하여 소집통지를 할 필요가 없었다고 보인다. iii) 신OO는 "50여년 전 지랑부락에 이사온 후 현재까지 거주하고 있으나 A 구성원인 18세 진 할아버지 후손이 아니어서 원고의 M 자격을 취득한 사실이 없다"는 취지의 사실확인서를 작성하였고, 위 사실확인서가 이 법원에 제출되었다. 위 사정들을 종합하여 보

면, 원고가 신OO에게 이 사건 임시총회 소집통지를 하지 않았다고 하여 그 소집통지 절차에 하자가 있다고 보기 어렵다.

○ 신OO : 을나 제20, 21호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 신OO 은 원고 M인 신원찬의 아들로써 1992. 3. 6. 지랑부락에서 태어나 다른 지역으로 전입한 사실이 없는 점이 인정된다.

그러나 한편, 신OO 은 이 사건 임시총회 개최 당시 22세에 불과하여 다른 M들에 비해 매우 어린 나이인 점, 신OO 은 현재까지 원고의 M 확정 문제를 두고 분쟁이 발생했을 때 원고의 M으로 거론된 사실이 없는 점, 원고는 이 사건 임시총회절차의 적법여부에 관한 다툼을 방지하기 위한 목적에서 원고의 M인지 여부가 다투어지는 사람들에게도 소집통지를 하였는바, 만일 신OO 을 M으로 파악하였다면 신OO 에 대한 소집통지를 누락할만한 사정이 엿보이지 않는 점, 결국 객관적으로 원고의 M이라고 인정되는 사람들 중 소집통지가 누락된 사람은 신OO 한 사람 뿐인 점 등에 비추어 볼 때, 원고는 이 사건 임시총회 개최 당시 그 때까지 파악된 M들을 대상으로 소집통지를 마친 것으로서 원고가 M들을 찾기 위한 노력을 게을리한 것으로 보이지 않는다.

따라서 원고가 신OO 에게 이 사건 임시총회 소집통지를 하지 않았다고 하여 그 소집통지절차에 하자가 있다고 보기 어렵다.

○ 한편 피고 협동조합은 Q의 장남 신OO 이 원고의 M이라고 주장하나, 이를 인정할만한 증거가 없다.

■ 소집통지를 받은 사람들 중 원고의 M이 아니라고 다투어지는 사람들

○ 피고 협동조합은 이 사건 임시총회의 소집통지 대상 중 신OO , 신OO ,

신OO , 신OO 이 원고의 M이 아니므로 소집통지절차에 하자가 있다고 주장한다. 그러므로 살펴건대, i) 신OO 은 피고 G가 위조하여 작성한 2013. 1. 28.자 원고의 회칙(갑 제13호증) 말미에 원고의 M으로 기재되어 있어 이 사건 임시총회 소집절차에 관한 원고 M들 사이의 오해를 피하기 위한 목적으로 소집통지를 한 것으로 보인다. ii) 갑 제 25호증의 11의 기재에 의하면, 신OO 은 이 사건 임시총회 개최 이전인 2014. 5. 8. 울산 울주군 삼동면 아까지실길로 전입하였고, 원고의 M인 정OO 의 아들로써 M으로서의 의결권을 위임받았다고도 볼 수 있다. iii) 신OO 은 원고의 M인 신OO 와 정OO 의 장남으로서 그들로부터 의결권을 위임받은 것으로 볼 수 있다. iv) 신OO 은 원고의 M인 김OO 의 아들로써 M으로서의 의결권을 위임받은 것으로 볼 수 있다.

○ 갑 제22호증의 기재에 의하면, 신OO 의 주소지가 지랑부락으로 되어 있지 않은 사실이 인정되나, 변론 전체의 취지에 의하면 신OO 의 아버지인 망 신OO 의 집이 지랑부락에 그대로 남아 있어 신OO 에게도 소집통지를 한 것으로 보인다. 또한 피고 G의 아들인 신OO 에 대하여 소집통지를 한 것은 이 사건 임시총회가 원고 M들 중 특정 세력에 의해 소집되었다는 오해를 피하기 위한 것으로 보이고, 신OO 가 소집통지를 받고도 이 사건 임시총회에 참석하지 않은 사실은 앞서 본 바와 같다.

위와 같이 원고의 M인지 여부가 다투어지는 몇몇의 사람들에게도 임시총회 소집통지를 한 것은 처음부터 위 임시총회절차의 적법 여부에 관한 다툼을 방지하기 위한 목적에서였던 것으로 보이므로, 이로써 이 사건 임시총회 소집통지절차에 하자가 있다고 보기는 어렵다.

#### ■ 주소지의 착오

○ 김OO : 피고 협동조합은, 원고가 김OO 에 대한 임시총회 소집통지를

김OO의 주소지인 '울산 울주군 삼동면 참샘길'가 아닌 '같은 면 참샘길'에 착오로 잘못 통지하였다고 주장하나, 갑 제48, 49호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 김OO의 주민등록표상 주소지가 '같은 면 참샘길'로 잘못 기재되어 있다가 2015. 5. 4. 김OO의 실제 주소지인 '같은 면 참샘길'로 변경된 것에 불과하고, 원고의 이 사건 임시총회 소집통지는 김OO의 실제 주소지로 착오 없이 이루어진 사실을 인정할 수 있다.

○ 신OO : 피고 협동조합은 신OO의 주소지가 '울산 울주군 삼동면 아까지실길'임에도 원고의 임시총회 소집통지가 '같은 면 참샘길'로 송달되어 절차상 하자가 있다고 주장하나, 갑 제50, 51, 53, 54호증의 각 기재 및 영상에 의하면, 신OO의 실제 주거지는 위 참샘길이고, 원고의 이 사건 임시총회 소집통지는 2014. 7. 10. 신OO에게 배달되었으나 수취거절로 반송된 사실을 인정할 수 있다.

#### 다) 소결

이 사건 임시총회는 원고의 1986. 3. 1.자 문중규약에 따라 그 범위가 정해진 원고 M들에 대해 사실상 가능한 범위 내에서 소집절차가 이루어졌고, 소집통지를 받은 M들 중 22인이 참석한 가운데 만장일치로써 L에게 이 사건 부동산에 관한 소송행위를 위임하고 이미 진행되고 있던 이 사건에서의 소송행위를 모두 추인하는 내용의 결의를 하였는바, 이로써 부적법하게 제기되었던 이 사건 소송은 소급하여 유효하게 되었다고 봄이 상당하다.

### 3. 본안에 대한 판단

#### 가. 당사자들의 주장

원고는 이 사건 매매계약은 무효인 2013. 1. 28.자 임시총회 결의를 바탕으로 이루어진 것이어서 무효이고, 이 사건 매매계약이 유효함을 전제로 하여 이루어진 피고들의 등기는 모두 무효이므로 말소되어야 한다고 주장한다.

이에 대하여 피고 협동조합은 i) 2013. 1. 28.자 임시총회 결의가 무효라고 하더라도 민법 제138조에 따라 원고의 이사회 결의로 전용될 수 있고, ii) 2013. 1. 28. 이전에도 수회에 걸쳐 원고의 이사회 등에서 이 사건 부동산 매도에 관한 결의가 있었음에도, 원고가 이 사건 소를 제기하여 2013. 1. 28.자 임시총회결의가 무효라고 주장하면서 위 매매계약의 효력을 다투는 것은 신의칙에 반한다고 주장한다.

## 나. 판단

### 1) 이 사건 매매계약의 효력

#### 가) 관련법리

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, 그러한 절차를 거치지 아니한 채 이루어진 부동산 처분행위는 무효이다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다22881 판결 등 참조).

#### 나) 판단

갑 제2, 6호증, 을나 제10, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, i) 원고의 문중규약 제8조는 문중 재산의 취득 및 처분을 이사회의 결의사항으로 규정하고 있는 사실, ii) 원고는 2007. 11.경과 같은 해 12.경 신OO 을 포함한 7명의 이사들이 모두 참석한 가운데 이사회를 개최하여 이 사건 부동산을 매각하기로 하는

내용의 결의한 사실, iii) 원고의 2013. 1. 28. 임시총회 회의록에는 원고의 대표자 O를 해임하고, 새로운 대표자로 피고 G를 선임하여 이 사건 부동산을 피고 B에게 19억 2,000만 원에 매각하기로 하는 내용의 결의가 이루어진 것으로 기재되어 있는 사실이 인정된다.

그러나 한편 앞서 든 증거들 및 갑 제9, 13, 14, 21호증의 각 기재에 의하면 다음과 같은 사정을 인정할 수 있다.

① 2007. 11.경 및 같은 해 12.경 개최된 원고의 이사회는 이 사건 매매계약 체결일인 2013. 3. 21.로부터 약 5년 4개월 전에 이루어진 것이고, 그 매수인 및 매매대금 등에 관한 결의가 이루어지지 않아 위 이사회 결의를 이 사건 매매계약에 관한 결의로 보기는 어렵다. 또한 위 무렵 이후 원고의 이사회에서 이 사건 매매계약에 관한 별도의 결의를 하였다는 사실을 인정할만한 증거가 없다.

② 피고 G는 원고의 M에 불과하여 원고의 임시총회를 소집할 권한이 없었고, 2013. 1. 28. 임시총회와 관련하여 M들에게 소집통지절차를 밟은 사실이 없다.

③ 위 임시총회 결의 당시 작성된 2013. 1. 28.자 원고의 문중규약에 도장을 날인한 것으로 기재되어 있는 O, L, K, N, 신OO, 박OO, 김OO, 신OO은 위 임시총회 소집통지를 받거나 위 총회에 참석한 사실이 없고 위 개정 문중규약에 도장을 날인한 사실이 없다고 진술하였다. 또한 위 원고 문중규약 말미에 신OO이라는 사람이 도장을 날인한 것으로 기재되어 있는데, 원고의 M 가운데 그러한 이름을 가진 사람은 없다.

④ 원고의 이사 정OO은 2013. 1. 28. 임시총회 회의에 참석하여 회의록에 날인한 것으로 기재되어 있고, 작성일이 2013. 2. 14.로 기재된 이 사건 부동산 내에

있는 묘지 이장동의서에 첨부된 정OO 명의의 인감증명서의 발급일은 2013. 2. 5.인데, 정OO 은 위 임시총회 일자로부터 겨우 10일이 지난 2013. 2. 7. 사망하였다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 매매계약에 관하여 원고의 이사회 결의가 이루어진 사실이 없고, 원고의 2013. 1. 28. 임시총회의 결의는 실제로 개최되지 않았음에도 불구하고 피고 G에 의하여 개최된 것처럼 회의록이 위조되었거나 원고 M들에게 적법한 소집통지 없이 피고 G 측의 M들에게만 통지되어 개최된 것으로서 부존재하거나 무효라고 보는 것이 타당하다. 결국 이 사건 매매계약은 원고 문중규약에 따른 이사회 또는 총회의 결의 없이 체결된 것으로서 무효이다.

## 2) 이사회 결의로의 전환 가능 여부

이에 대하여 피고 협동조합은 원고의 2013. 1. 28. 임시총회가 무효라고 하더라도, 당시 원고의 대표자였던 P, 이사였던 신OO 등이 모두 참가하여 이 사건 매매계약에 관한 결의를 하였으므로, 민법 제138조에 의해 무효인 임시총회결의가 적법한 이사회 결의로 전환될 수 있다고 주장한다.

갑 제2호증의 기재에 의하면, 원고의 2013. 1. 28. 임시총회 회의록에 참석하여 이 사건 매매계약에 관한 결의를 하였다고 기재된 원고의 이사는 피고 G, 신OO , 신OO , 이OO 및 정OO 인 사실을 인정할 수 있다.

앞서 본 사실 및 을나 제4호증의 4의 기재에 의하면, 2011년경 원고의 임시총회에서 원고의 이사로 피고 G, 신OO , P이 선출되었고, 원고의 2011. 6. 26. 임시총회에서 원고의 이사로서 R을 포함한 5인이 선출되었으나 위 임시총회결의는 적법한 소집권한 없는 자에 의해 소집된 임시총회에서 결의된 것으로서 효력이 없는 것으로 판단되는 등 이 사건에 제출된 증거만으로는 2013. 1. 28. 당시 원고의 이사진의 구성을

확정하기 어렵다. 또한 위 회의록 작성 당시의 원고 이사들 모두에게 소집통지가 이루어져 원고 이사들의 자유로운 의사로써 이 사건 매매계약에 관한 결의가 이루어졌다는 사실에 관하여는 이를 인정할만한 증거가 없다.

따라서 피고 협동조합의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

### 3) 신의칙 주장에 대한 판단

피고 협동조합은 원고가 2013. 1. 28. 이전에 수회에 걸쳐 이 사건 부동산 매도에 관한 결의를 하여 왔는데 피고 G가 부동산 매매대금을 횡령하여 잠적함으로써 원고 M들에게 매매대금의 분배가 이루어지지 않자 이 사건 소를 제기하여 이 사건 매매계약의 효력을 다투는 것은 신의칙에 반한다고 주장한다.

살피건대, 민법상 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였다거나, 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하는 것이다(대법원 2001. 5. 15. 선고 99다53490 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 원고의 2013. 1. 28.자 회의록을 허위로 작성하는 등의 방법으로 이 사건 부동산을 매도한 사람은 원고를 적법하게 대표할 자격이 없었던 피고 G인 점, 원고가 이전에 이 사건 부동산을 매도하기 위한 결의를 한 사실이 있더라도 위와 같은 의사를 피고 B이나 피고 협동조합 등의 이해관계인들에게 표시하였다는 사실을 인정할만한 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 원고가 적법한 대표권한의 위임 없

이 매도된 이 사건 부동산의 소유권을 되찾기 위해 이 사건 소송을 하는 것이 신의칙에 위반된다고 보기는 어렵다.

#### 4) 소결

이 사건 매매계약이 무효인 이상, 이 사건 부동산에 관하여 위 매매계약을 등기원인으로 하여 마쳐진 피고 B의 소유권이전등기는 무효이다.

또한 부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이므로(대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결 등 참조), 무효인 피고 B의 소유권이전등기에 터잡아 마쳐진 피고 G의 근저당권, 피고 협동조합의 근저당권 및 지상권설정등기, 피고 C 주식회사의 소유권이전등기 및 피고 H의 근저당권설정등기는 모두 무효이다.

따라서 원고에게, 피고 B, C은 각 소유권이전등기, 피고 협동조합은 근저당권설정등기 및 지상권설정등기, 피고 G, H은 각 근저당권설정등기의 말소절차를 이행할 의무가 있고, 피고 울산광역시 I는 피고 G의 근저당권설정등기 말소에 관한 승낙의 의사 표시를 할 의무가 있다.

#### 4. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 있어 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장      판사      전연숙

              판사      강주리

              판사      권순범