

# 근저당권말소·손해배상(기)

[대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다112299,112305 판결]

## 【판시사항】

- [1] 교회가 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우, 교인 총회의 결의를 거치거나 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 하는지 여부(적극)
- [2] 총유물 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 채무부담행위가 [민법 제275조](#) 등에서 말하는 총유물의 관리·처분에 해당하는지 여부(소극)
- [3] 무효행위 또는 무권대리 행위의 추인이 묵시적으로 가능한지 여부(적극) 및 묵시적 추인을 인정하기 위한 요건

## 【판결요지】

- [1] 총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 [민법 제265조](#)의 규정이 적용될 수 없고, [민법 제276조 제1항](#)의 규정에 따른 사원총회의 결의를 거치거나 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 하므로, 법인 아닌 사단인 교회가 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 교인 총회의 결의를 거치거나 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 한다.
- [2] [민법 제275조, 제276조 제1항](#)은 총유물의 관리 및 처분에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 의하되 정관이나 규약에서 정한 바가 없으면 사원총회의 결의에 의하도록 규정하고 있으므로, 이러한 절차를 거치지 아니한 총유물의 관리·처분행위는 무효라 할 것이고, 이 법리는 [민법 제278조](#)에 의하여 소유권 이외의 재산권에 대하여 준용되고 있다. 그런데 위 법조에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하므로 총유물 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 채무부담행위는 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없다.
- [3] 무효행위 또는 무권대리 행위의 추인은 무효행위 등이 있음을 알고 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 묵시적인 방법으로도 할 수 있지만, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이다.

## 【참조조문】

- [1] [민법 제265조, 제276조 제1항](#)
- [2] [민법 제275조, 제276조 제1항, 제278조](#)
- [3] [민법 제130조, 제139조](#)

## 【참조판례】

- [1] [대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다17062 판결](#) / [2] [대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결](#)(공2007상, 693), [대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다19522 판결](#) / [3] [대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결](#)(공2009하, 1747), [대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다83199, 83205 판결](#)(공2011상, 565)

## 【전문】

【원고(반소피고), 상고인 겸 피상고인】

대한예수교장로회 영신교회 (소송대리인 법무법인 세양 담당변호사 박병휴 외 1인)

【피고(반소원고), 피상고인 겸 상고인】

동서울농업협동조합 (소송대리인 법무법인 민주 담당변호사 윤재식 외 2인)

【피고, 피상고인】

주식회사 미래저축은행 (소송대리인 법무법인(유한) 한결 담당변호사 이혁 외 1인)

【원심판결】

서울고법 2012. 10. 31. 선고 2011나97272, 97289 판결

【주 문】

상고를 모두 기각한다. 상고비용 중 원고(반소피고)와 피고(반소원고) 동서울농업협동조합 사이에서 생긴 부분은 각자가 부담하고, 원고(반소피고)와 피고 주식회사 미래저축은행 사이에서 생긴 부분은 원고가 부담한다.

【이 유】

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과된 후에 제출된 상고이유보충서 등의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라고만 한다.)의 상고이유에 관한 판단

가. 피고 주식회사 미래저축은행에 대한 상고이유에 관하여

총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 민법 제276조 제1항의 규정에 따른 사원총회의 결의를 거치거나 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 하므로, 법인 아닌 사단인 교회가 그 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 교인 총회의 결의를 거치거나 그 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 한다([대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다17062 판결](#)참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고 교회의 2010. 2. 28.자 당회 결의는 이 사건 제1 근저당권설정등기에 대한 말소청구소송을 하기로 하는 결의에 불과하고, 이 사건 제2, 3 근저당권설정등기의 말소청구소송을 하기로 하는 결의로 볼 수 없으므로, 이 사건 제2 근저당권설정등기의 말소를 구하는 소 및 이 사건 제3 근저당권설정등기가 임의경매로 말소되었다는 이유로 부당이득의 반환을 구하는 소는 원고 교회 규칙에 따른 당회의 결의를 거치지 않아 부적법하다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 심리를 미진하게 하거나, 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

또한, 기록에 의하면 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고만 한다.) 동서울농업협동조합은 이 사건 소제기를 위한 원고 교회의 적법한 당회 결의가 없었다는 취지의 본안전 항변을 하였고, 피고 주식회사 미래저축은행은 피고 동서울농업협동조합의 본안전 항변을 모두 원용한 사실을 알 수 있으므로, 원심의 위 부분 판단에 변론주의 위반 또는 석명권 불행사의 위법이 있다고 볼 수도 없다.

나. 피고 동서울농업협동조합에 대한 상고이유에 관하여

민법 제275조, 제276조 제1항은 총유물의 관리 및 처분에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 의하되 정관이나 규약에서 정한 바가 없으면 사원총회의 결의에 의하도록 규정하고 있으므로, 이러한 절차를 거치지 아니한 총유물의 관리·처분행위는 무효라 할 것이고, 이 법리는 민법 제278조에 의하여 소유권 이외의

재산권에 대하여 준용되고 있다. 그런데 위 법조에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하므로 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 채무부담행위는 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다19522 판결, [대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결](#) 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 대출계약이 이 사건 제1 근저당권설정계약과 같은 기회에 체결되기는 하였지만 이 사건 제1 근저당권설정계약과는 별개의 법률행위로서 그 효력 유무는 별도로 검토되어야 하고, 이 사건 대출계약은 총유물 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 원고 교회의 총회 결의가 필요한 [민법 제276조 제1항](#)에서 정하는 총유물의 관리·처분이라고 할 수 없으며, 원고 교회의 규약이 정한 당회의 의결사항에도 해당되지 아니하므로, 소외인이 이 사건 대출계약을 체결하면서 총유물의 관리 및 처분에 관한 원고 교회 규칙을 지키지 않았다고 하여 그 법률행위를 무효라고 할 수 없다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 총유물의 관리·처분에 관한 법리를 오해하거나, 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 없다.

## 2. 피고 동서울농업협동조합의 상고이유에 관한 판단

### 가. 상고이유 제1점에 대하여

원심이 이 사건 제1 근저당권설정계약에 대하여 [민법 제126조](#)에 따른 원고의 표현대리 책임이 성립한다는 피고 동서울농업협동조합의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 [민법 제126조](#)의 표현대리책임에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

### 나. 상고이유 제2점에 대하여

무효행위 또는 무권대리 행위의 추인은 무효행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 묵시적인 방법으로도 할 수 있지만, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이다([대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결](#), 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다83199, 83205 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 원고가 사후적으로 이 사건 제1 근저당권설정계약의 전부 또는 일부를 추인하였다는 피고 동서울농업협동조합의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 근저당권설정계약의 추인에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 3. 결론

원고와 피고 동서울농업협동조합의 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 원고와 피고 동서울농업협동조합 사이에서 생긴 부분은 각자가 부담하고, 원고와 피고 주식회사 미래저축은행 사이에서 생긴 부분은 원고가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.